REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Marzo-Abril • Núm. 796

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIX • Marzo-Abril 2023 • Núm. 796

REVISTA BIMESTRAL

FECYT-177/2022
Fecha de certificación: **4ª Convocatoria (2014)**
Válido hasta: **22 de julio de 2023**

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

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

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

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

María Emilia Adán García
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Francisco Javier Gómez Gálligo
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

José Poveda Díaz
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Alfonso Candau Pérez
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Gonzalo Aguilera Anegón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Juana Pulgar Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español» / *A critical view on the forced heirship system in the Spanish Civil Code*..... 725

NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen: «La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos» / *The new directive europe on civil liability for defective products and its application to fully automated or autonomous vehicles*..... 801

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el "abuso de la prescripción", la inexistencia de *"causa retinendi"* y el "realismo jurídico" (Primera parte)» / *The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the "limitation objection abuse", the absence of "causa retinendi" and "legal realism" (First part)*..... 853

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

MANZANO FERNÁNDEZ, Mª del Mar: «Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)» / *The garnishment of the assets of a non-debtor*

spouse for debts contracted by their partner (Reasons for why it is not possible to assign private property to an execution procedure in which the injured party has not been a party) 921

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 953

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar» / *Pets beings with sensitivity and quasi-family members. Its importance after the family breakup,* por Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1019

1.2. Derecho de familia:

— «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias. En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria» / *The legal regime of the right of visits, communication and stays. Especially, in cases of gender-based violence and vicarious violence,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 1039

1.3. Derechos reales:

— «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021» / *The right to use the family home as a registerable right: missed opportunity in Law 8/2021*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1153

Págs.

1.5. Obligaciones

— «Restitución íntegra de cantidades acordada de oficio tras la nulidad de la cláusula abusiva: la STJUE de 17 de mayo de 2022» / *Full restitution of amounts agreed ex officio after the annulment of the abusive clause: the STJUE of May 17, 2022* por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 1172

1.6. Responsabilidad civil:

— «Las acciones por *wrongful birth* en el Derecho español: un supuesto problemático de responsabilidad médica» / *Wrongful birth actions in Spanish Law: a problematic case of medical liabililty,* por Ángel JUÁREZ TORREJÓN 1190

1.7. Concursal:

— «El nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad del Real Decreto Ley 19/2022» / *The new Code of Good Practices for mortgage debtors at risk of vulnerability of the Royal Decree Law 19/2022,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 1215

2. MERCANTIL:

— «Crónica sobre la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación» / *Chronicle on the contradictory doctrine of the Provincial Courts in the application of article 160 f LSC as a prelude to an appeal,* por Francisco REDONDO TRIGO 1235

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

— «Emplazamiento de interesados en el proceso contencioso-administrativo y Registro de la Propiedad a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid» / *Summoned of interested parties in the contentious-administrative proceedings*

and Land Registry in the light of the recent case law by the European Court of Human Rights and of the High Court of Justice of Madrid, por Vicente LASO BAEZA 1251

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Estudio Procesal», de Sonia CALAZA LÓPEZ, por Fátima YÁÑEZ VIVERO..... 1267

«Compliance y contrato de seguro privado», de Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, por Juan Carlos VELASCO-PERDIGONES..... 1269

ESTUDIOS

Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español

A critical view on the forced heirship system in the Spanish Civil Code

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor titular de Derecho civil UCM
Director of Counsel en UNIVE Abogados

RESUMEN: A pesar de que las legítimas representan una de las más emblemáticas y trascendentales instituciones de nuestro sistema sucesorio, a lo largo de la Historia han resultado periódicamente cuestionadas. Tras muchos siglos de imperio de la libertad testamentaria en Roma, la figura de la legítima se cimentó sobre el tránsito del *officium pietatis* desde el ámbito moral al jurídico en una época tardía del Derecho Romano. Desde entonces nos ha acompañado, si bien con un cariz marcadamente más restrictivo de la autonomía de la voluntad testamentaria que la tradición recibida de las fuentes romanas, hasta su cristalización en nuestro Código Civil. Aunque la discusión en torno a la idoneidad del sistema legitimario y a la conveniencia de la libertad de testar es realmente antigua, se ha repetido cíclica e infructuosamente en relación con nuestro Código. En realidad, la controversia nunca ha cesado. No obstante, las colosales e irreversibles mutaciones socioeconómicas experimentadas en las últimas décadas han propiciado que el debate se haya reabierto con una formidable pujanza: ¿gozan todavía de sentido las vetustas legítimas en el s. XXI, tal y como se configuraron en nuestro Código Civil? En este trabajo prestamos especial atención a las mencionadas transformaciones, y exponemos ciertas situaciones insostenibles

que el actual régimen frecuentemente provoca en las sucesiones familiares. Ha llegado, en definitiva, el momento de abordar una profunda revisión del sistema de sucesión forzosa contemplado en nuestro Código, y es una labor que no admite procrastinación.

ABSTRACT: Despite the forced portion is one of the most emblematic and transcendental institutions of our inheritance system, throughout history it has been periodically questioned. After many centuries of testamentary freedom rule in Rome, the forced portion was founded on the officium pietatis' transition from the moral to the legal sphere in a late period of Roman Law. Since then, it has accompanied us until its crystallization in our Civil Code, albeit with a clearly more restrictive complexion of the testamentary freedom than the tradition received from Roman sources. Although the discussion regarding the forced heirship's suitability and the testamentary freedom's convenience is really old, it has been cyclically and unsuccessfully repeated in relation to our Code. In fact, the controversy has never ceased. However, the colossal and irreversible socioeconomic transformations experienced in recent decades have led to renewed burgeoning debate on this subject: does the ancient forced portion still make sense in the 21st century as developed in our Civil Code? In this article we pay special attention to the aforementioned transformations and present some untenable situations often caused in family successions by the current legislation. In short, the time has arrived to undertake a deep review of the forced heirship system in our Civil Code, and this is a task that cannot afford further procrastination.

PALABRAS CLAVE: Legítimas. Legitimarios. Herencia. Libertad de testar. Voluntad del testador. Testamento. Reforma de las legítimas. Deber de alimentos. Protección de la familia. Transformaciones sociales.

KEY WORDS: Forced Portion/Forced Heirship/Reserved portion of the inheritance/Legitima portio/Portio debita. Forced heirs. Inheritance. Testamentary freedom. Testator's will. Testament/Will. Reform of the forced portion/Amendment of the forced portion. Maintenance obligation. Family protection. Social transformations.

SUMARIO: I. REFLEXIONES PRELIMINARES.—II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA: 1. Introducción. 2. Principales hitos en el diseño del sistema legitimario dibujado en el Código Civil español.—III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS: 1. La protección de la familia. 2. Perspectiva crítica con la

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO SUSTENTO DE LA LEGÍTIMA. 3. CONCLUSIÓN PERSONAL.—IV. DESCONEXIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CON LAS COORDENADAS ACTUALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MUTACIÓN DEL ESCENARIO SOCIOECONÓMICO Y FAMILIAR.—V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LA NECESARIA RESPUESTA ANTE DETERMINADOS ESCENARIOS. 2. EL DERECHO COMO ALGO VIVO Y LA RUPTURA CON LA TRADICIÓN. 3. BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN LAS SUCESIONES FAMILIARES. 4. ABANDONO DE LA PERCEPCIÓN DEL TESTADOR COMO PERSONA «INCAPAZ». 5. LA RELATIVIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA POR EL PROPIO LEGISLADOR.—VI. LÍNEAS MAESTRAS DE UNA PROPUESTA DE REFORMA: 1. DERECHO SUCESORIO CON NATURALEZA ASISTENCIAL A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES: *A) ¿Una opción realmente compleja? B) La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como* tertium genus. 2. EL CÓNYUGE VIUDO. 3. ¿DEBE SUPRIMIRSE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIOS DE LOS ASCENDIENTES?—VII. COLOFÓN.—VIII. CONCLUSIONES.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

Uno de los pilares elementales del Derecho Privado radica en la autonomía privada de la voluntad, y a su consagración se han destinado enormes esfuerzos doctrinales y legislativos durante siglos, si bien, lógicamente, la dimensión y los confines de esa «Autonomie des Willens» —que Immanuel KANT identificaba como principio supremo de la Moral[1]— difieren de unas a otras construcciones. La noción misma de «autonomía», como facultad de las personas para tomar decisiones por sí mismas, se hallaba íntimamente ligada a la idea aristotélica de «libertad». Una libertad que, en palabras de René DESCARTES, consiste solamente en poder hacer una cosa, o no hacerla (es decir, afirmar o negar, perseguir o huir), o, más bien, en actuar de tal modo que no sintamos que ninguna fuerza externa nos constriñe a hacerlo, al afirmar o negar, o bien al perseguir o huir de las cosas que nos propone el entendimiento[2].

A esta falta de sumisión a un agente externo hace alusión, en cierto modo, Jean-Jacques ROUSSEAU, al aseverar que la libertad consiste no tanto en hacer uno su propia voluntad, como en no hallarse sometido a la de otro; no obstante, también implica no subordinar la voluntad de otro a la nuestra[3].

Konrad HESSE, magnífico catedrático y magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, sostuvo —según recordó mi admirado y añorado Maestro, D. Mariano ALONSO PÉREZ[4]— que la autonomía privada resulta inherente al Derecho civil, como algo permanente e irrenunciable. El lógico trasunto de la misma en el ámbito sucesorio parece, en una pri-

mera aproximación a la cuestión, la autonomía testamentaria, cristalizada fundamentalmente en la libertad de testar[5].

Sin profundizar en exceso en estas disquisiciones en torno a la libertad, lo que sí podemos afirmar es que, sea cual fuere la verdadera intensidad de su reconocimiento en nuestro ordenamiento sucesorio, aquella se modula, efectivamente, en torno al testamento, como instrumento donde la autonomía se materializa. Suele aseverarse, de modo grandilocuente, que la voluntad testamentaria coadyuva a la realización de la dignidad y del desarrollo de la personalidad. Sin embargo, tal sentencia se cohonesta mal con lo que acontece en España, pues en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que sucede en algún ordenamiento foral, la realidad evidencia que la voluntad del testador, su autonomía privada, resulta inexorablemente acotada en el marco de unos estrechos confines. Así pues, quizás resulte un tanto optimista, ingenuo o desfigurado aseverar que uno de los principios generales imperantes en el Código Civil español es la autonomía testamentaria.

Ante este planteamiento, emergen de manera espontánea y natural, los siguientes interrogantes: ¿se entienden la dignidad y el desarrollo de la personalidad de distinta manera en el ordenamiento común que en los ordenamientos forales donde las legítimas son mucho más reducidas o, incluso, carecen de contenido material? ¿acaso unos ciudadanos merecen en mayor medida tales atributos que los demás[6]?

No son escasas, precisamente, las restricciones al testador legalmente consagradas en nuestro texto codificado (cfr., v.gr., arts. 781, 785, 811, 812 y 968 CC). De entre estas limitaciones sobresale, de manera implacable, una figura que nos acompaña desde hace demasiados siglos, cuya formulación definitiva obedeció a un proceso de decantación de diversas aportaciones a lo largo de la Historia, y que se reflejó en nuestro Código Civil de 1889: la legítima, que constituye la más sustancial y vetusta restricción normativa a la autonomía testamentaria en el *Civil Law*, y sobre la que nuestro Alto Tribunal concluye que es «de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad» [STS de 31 de mayo de 1981 (1980\2724)][7]. Esta materia ha experimentado ciertas modificaciones desde entonces, si bien su esqueleto y principios rectores se han mantenido esencialmente incólumes.

A comienzos de la Edad Moderna, el egregio humanista Erasmo de Roterdam sentenció: «Moriré libre porque he vivido solo. Moriré solo porque he vivido libre». Cabría discutir si, realmente, puede afirmarse con rotundidad que una persona ha sido «libre» a lo largo de su vida (incluso, cuando haya vivido sola), pero no es tal circunstancia la que a esta investigación interesa. A nuestro modo de ver, resulta incontestable que cuando ese sujeto tiene ciertos familiares cercanos, aun cuando haya podido desenvolver deliberadamente su vida en la más absoluta de las soledades, podrá llegar a morir solo, pero no libre. Esa ilusoria idea de «libertad» se verá

contradicha y truncada, precisamente, al exhalar su último aliento de vida, y comprobar que si verdaderamente ejerció su libertad de determinar a su antojo el destino de su patrimonio *mortis causa*, tal previsión únicamente será cumplida si se ajusta a los estrictos y angostos cauces inapelablemente impuestos en abstracto por el legislador, sin tomar en consideración las circunstancias subjetivas del verdadero protagonista de la sucesión.

No deja de parecer incoherente cercenar la libertad de testar, e imponer el destino del patrimonio de la misma persona a la que, por otra parte, se trata de dotar del mayor abanico posible de libertades personales[8]. Nos hallamos, actualmente, inmersos en unas coordenadas donde prácticamente todas las ideologías imperantes proclaman la necesaria libertad de las personas, si bien resulta patente que las concepciones de tan noble y alto concepto varían interesada y radicalmente de unas a otras, y muchos parecen no respetar la libertad de quienes opinan de modo diverso. Quizás sea este frágil o paradójico concepto de «libertad», que nominalmente concede al ser humano la autonomía de decidir, pero que en verdad le impone qué ha de decidir, el que justifica la pervivencia de una figura como la legítima, tan contrapuesta al concepto mismo de «libertad», y cuyas raíces profundizan en épocas extraordinariamente pretéritas.

Sin embargo, parece palmario que el escenario está mutando en los últimos tiempos[9], si bien hemos de resaltar que el debate no es en absoluto nuevo. Por ejemplo, ya en la época del *ius commune* se discutió con cierta intensidad sobre las legítimas (v.gr., en el s. XVI, en la conocida como «Escuela de Salamanca», Antonio GÓMEZ, Diego DE COVARRUBIAS o Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA)[10]. Asimismo, en el marco de las elevadas discusiones inherentes al proceso de la Codificación, determinado sector doctrinal (GINER DE LOS RÍOS[11], DURÁN Y BAS, Joaquín COSTA[12] y SÁNCHEZ ROMÁN[13], entre otros) propugnó la libertad de testar, con el consabido triunfo de la decisión de ALONSO MARTÍNEZ, quien era un firme y vehemente partidario de la legítima tradicional castellana[14]. De modo sintético, cabría sostener —tal y como apunta VALLADARES— que, en el momento de promulgarse nuestro Código Civil, tanto para los partidarios de la libertad de testar como para los defensores de las legítimas, la cuestión residía «en determinar cuál de los dos sistemas es el más adecuado para conservar la fortuna familiar *productiva*»[15].

No obstante, es cierto que la polémica sobre una institución tan controvertida se ha intensificado en los últimos años, y se plantean cuestiones de capital relevancia: ¿debemos reformar el sistema de legítimas del Código Civil? ¿son las legítimas una reliquia del pasado —como ha afirmado algún autor[16]— de la que debemos prescindir?

Quizás nos hallemos frente a una discusión cíclica, pero es evidente que el caldo de cultivo actual, con las profundas transformaciones experimentadas

en los últimos 130 años, resulta propicio para un hondo replanteamiento de esta materia.

En España parece que las voces se alzan de manera cada vez más profusa y decidida en contra del vigente sistema legitimario, y se propugna una reforma que se presenta ya como inevitable a corto o medio plazo. De hecho, las legítimas parecen abocadas de modo ineluctable a su transformación, como consecuencia de una inquietud doctrinal que progresivamente va alcanzando una mayor pujanza y envergadura, y que desembocó en la *«Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar»*, emitida por quien era la Ministra de Justicia en dicho momento.

A nuestro modo de ver, a la Comisión General de Codificación no le restan apenas «refugios» donde guarecerse para no afrontar estas reivindicaciones. Especialmente, si tomamos en su debida consideración que las reformas en relación con esta materia han sido muy numerosas en otros ordenamientos tanto extranjeros como españoles —este último dato constituye la circunstancia que más presión ejerce sobre la antedicha Comisión—, y que en los últimos más de 130 años las alteraciones experimentadas por el Código Civil en este ámbito han sido muy reducidas.

II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

1. Introducción

Un argumento pretendidamente sólido al que recurrentemente acude un sector considerable de la doctrina civilista, en aras a rechazar las propuestas de eliminación de las legítimas en nuestro Código Civil, es el de nuestro acervo jurídico: la libertad absoluta de testar colisiona contra la tradición secular de nuestro ordenamiento. Por este motivo, aun sin ánimo de hacer un estudio serio y concienzudo de la evolución histórica de las legítimas en nuestro Derecho, entiendo que ningún acercamiento a la discusión en torno a la dicotomía «legítimas-libertad de testar» puede perder de vista los antecedentes jurídicos de nuestro Código Civil. Resulta suficiente ofrecer unas pinceladas generales, sin mayores pretensiones, que identifiquen los orígenes de nuestro todavía vigente sistema legitimario, y que nos permitan comprobar si nuestra tradición jurídica fue siempre la misma, o si otro régimen fue posible. Decía doctamente ALONSO PÉREZ que la «Historia siempre actúa de maestra para bien o para mal», y en nuestro caso, «nos ilustra con sabiduría de siglos»[17].

Cosa distinta, según nuestra personal percepción, es sentirse perenne e irremediablemente atados, aferrados y vinculados a las razones y soluciones

que prudente y sabiamente se han configurado durante toda esa Historia, aun cuando las coordenadas socioeconómicas hayan experimentado una drástica transformación.

Tanto o más nocivo resulta mantener una regulación trasnochada y que no responde a las profundamente evolucionadas necesidades y circunstancias de la sociedad, como modificar radicalmente un régimen, pese a que el escenario apenas ha variado y la realidad no demanda un embate reformista de semejante calado. Las mismas soluciones que resultaron idóneas en un momento histórico concreto, y cuyo vigoroso reinado ha mostrado no solo su pertinencia, sino también sus bondades a lo largo de muchos siglos, pueden revelarse inadecuadas y desconectadas con las cambiantes exigencias y particularidades que circundan la sociedad más de 130 años después (en realidad, en relación con las legítimas, demasiados siglos después).

Efectivamente, no debemos permitirnos a nosotros mismos olvidar el pasado, pero tampoco podemos obviar los perniciosos y graves efectos inherentes a un ordenamiento esencialmente despegado de la realidad y de las necesidades que está destinado a atender. El Derecho Romano nos mostró el camino, y nos enseñó que las normas pueden cambiar: mal haríamos si nos encastilláramos tras la trinchera del dogmatismo, y eludiéramos el análisis crítico en torno a la adecuación de las instituciones jurídicas civiles a la veleidosa realidad en cuyo marco han de desplegar su eficacia.

La transformación del ordenamiento jurídico, en definitiva, se presenta como ineludible. A nuestro modo de ver, resultan especialmente brillantes y certeras las palabras en torno a la investigación con las que, en el siglo XIX, nos obsequió el escritor bostoniano Edgar Allan POE, y que consideramos plenamente vigentes por cuanto a la evolución normativa en general se refiere: «These ancient ideas confined investigation to crawling; and I need not suggest to you that crawling, among varieties of locomotion, is a very capital thing of its kind, but because the tortoise is sure of foot, for this reason must we clip the wings of the eagles?» (especialmente elocuente nos parece su última reflexión: dado que la tortuga tiene los pies seguros, ¿por esta razón debemos cortar las alas de las águilas?)[18].

2. Principales hitos en el diseño del sistema legitimario dibujado en el Código Civil español

De manera primigenia, y a lo largo de numerosos siglos, el Derecho Romano[19] se caracterizó por una absoluta libertad de testar *(«uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto»)*[20]. Como consecuencia —principalmente— del influjo del Cristianismo, de modo paulatino se dio entrada

a la necesidad de contemplar una cuota legitimaria en concepto de deber familiar del finado, a modo de deber de piedad.

Fue en la etapa final de la República romana cuando se robusteció la atribución legitimaria en el marco del concepto de *officium pietatis* a favor de los familiares más cercanos y necesitados, tanto vinculados por relación de sangre como agnados; en este sentido, la *pietas* constituía un deber de respeto tanto a los dioses como a la familia. El cambio en las concepciones éticas de la sociedad romana se hizo patente a partir del s. I a.C., con la influencia de la filosofía estoica (cfr., entre otros, CICERÓN y SÉNECA)[21]. En este escenario, la *querella inofficiosi testamenti* sirvió para impugnar, como injustos, los testamentos donde, pese a no haber motivo aparentemente bastante que fundamentara la desheredación, no se dejaran bienes a los hijos que deberían suceder abintestato[22]. Precisó MARCIANO, en el s. III d.C.: «Se deduce la querella de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieron en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente haya testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento»[23].

No obstante lo anterior, hasta el s. VI d.C. las legítimas resultaron bastante restringidas en el ámbito del Derecho Romano. Fue el Emperador bizantino JUSTINIANO quien, estimulado por su fe cristiana —«considerando siempre a Dios, y para parecerle gratos, y hacer alguna cosa digna de los beneficios que nos dispensa»[24]—, impulsó el régimen legitimario, y dibujó esta institución con unos contornos cuyas líneas maestras llegaron, tras un proceso de depuración histórica que se prolongó más de doce siglos, a la etapa de la Codificación.

Según explica MAGARIÑOS, ese *officium pietatis* se hallaba posiblemente impregnado de un componente ético, pues los hijos se veían afectados por el deber de reverencia al padre, de quien dependían en la realización de todos los actos de sus vidas. Al margen de dicha dependencia, al hallarse bajo la potestad del padre, debían aportar su trabajo y sus ganancias al patrimonio de la familia, cuya administración y titularidad correspondía a dicho progenitor. Como consecuencia de todo ello, como apunta el último autor citado, el régimen legitimario respondía a «un trasfondo jurídico de justicia»[25]. Parece, pues, que constituía una suerte de compensación por su precaria situación y su contribución durante la vida del padre. Evidentemente, hoy no hay tal reverencia, sumisión o dependencia, ni el deber incondicional de aportación de los ingresos al patrimonio familiar.

El sistema restrictivo de legítimas se consolidó en la Edad Media, de tal modo que se culminó entonces el tránsito que ya se había materializado en la última etapa del Derecho Romano, desde un régimen de absoluta libertad

testamentaria hasta un sistema con amplias limitaciones. De hecho, en esta época se va más allá, y se abraza el extremo opuesto, pues en el genéricamente designado como *sistema germánico* aparece como una excepción la facultad del causante de disponer de una parte reducida de su haber[26]. El punto de partida estaba constituido por una situación de comunidad familiar, donde los bienes no eran propiedad del jefe de la familia, sino de todos sus miembros. Fue en este contexto donde emergieron las celebérrimas máximas germánicas *«los herederos nacen y no se hacen»*, y *«solo Dios puede hacer heredero, y no el hombre»*.

Como consecuencia de lo anterior, únicamente podía disponerse de una parte exigua de los bienes *(«propria portio»)*, mediante legados para sufragios y obras piadosas: legados *pro anima*. Esta posibilidad obedeció a la doctrina eclesiástica (de manera destacada, San Ambrosio, San Jerónimo y San Agustín), y constituyó, en definitiva, el germen de la actual parte de libre disposición.

En nuestro país, según explica LACRUZ, parece lógico sostener que el Derecho Romano vulgar imperante durante el tiempo de las invasiones se hallaba caracterizado por una amplia libertad de testar. Por otra parte, si bien de manera originaria los visigodos habían practicado un sistema de «comunidad doméstica», la intensa interacción y el contacto con el Imperio Romano hicieron que hubieran ya asimilado instituciones jurídicas romanas (como el testamento y la donación) antes de su incursión en la Península Ibérica. Como consecuencia de ello, el ordenamiento visigodo no se ciñó al sistema de la propiedad familiar, sino que plasmó una interesante transacción entre las líneas maestras romanas y las germánicas[27]. En este marco, ocupa un lugar trascendental la Ley visigoda *Lex dum inlicita*, de CHINDASVINTO (a mediados del s. VII). En ella se estableció, en relación con los hijos, que existía una porción de legítima rigurosamente indisponible, si bien se configuró otra parte de «mejora», caracterizada por cierta libertad para su distribución entre los hijos (1/10 parte, que posteriormente fue elevada a 1/3 por ERVIGIO en el año 681). El designio de esta novedosa figura se hallaba en el interés y la necesidad de mantener indiviso el patrimonio inmobiliario familiar ya desde el comienzo de la Edad Media[28]. Es el Derecho visigodo, pues, donde hallamos el origen de la peculiar institución de la mejora, que fue recogida tanto en el Fuero Real como en las Leyes de Toro[29], y ha llegado a nuestros días, tras pasar por el tamiz de la Codificación[30].

En definitiva, la corriente medieval de fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en Europa, y pervive hoy después de resistir la obra sistemática de la Codificación, si bien con distintas intensidades. A pesar de gozar de una raíz y tradición jurídica común, cada legislador ha seguido su propio camino en materia de legítimas. En el caso de España, el sistema del Código Civil resulta señaladamente taxativo, y se halla entre los orde-

namientos donde en menor medida se respeta la libertad testamentaria, al contemplar un estricto y casi omnímodo sistema de legítimas. En último término, sus trazos generales proceden de la evolución que, de modo sucinto, hemos expuesto en los párrafos anteriores; por lo tanto, a su construcción han coadyuvado, principalmente, el influjo del Derecho Romano justinianeo, de la tradición germánica, de la doctrina eclesiástica y, finalmente, del Derecho visigodo. De tal forma que, salvo en determinadas cuestiones y matizaciones verificadas en épocas más recientes, el régimen legitimario vigente en pleno s. XXI obedece, en esencia, a una evolución histórica plasmada en el s. VII.

En contraste con esta última apreciación, en varios ordenamientos extranjeros y forales se advierte una relevante nota o característica: son numerosas las legislaciones que han experimentado reformas de considerable calado en torno a la legítima en los últimos años.

III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

1. La protección de la familia

Se ha discutido con intensidad sobre el carácter constitucional de las legítimas[31], como instituto inserto en el mandato de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE. Sin embargo, a estas alturas, incluso gran parte de quienes patrocinan la conservación de las legítimas elude la tentación de imponer su persistencia con cimiento en el estricto cumplimiento de una eventual orden de nuestra Carta Magna. De hecho, *«la protección social, económica y jurídica de la familia»* no constituye más que el característico texto programático de nuestra Constitución carente de un contenido concreto. ¿Se traduce o materializa forzosamente, acaso, esta genérica previsión constitucional en la necesidad de contemplar las legítimas? En nuestra opinión, no, tal y como evidencian los regímenes sucesorios del Derecho navarro y del Fuero de Ayala[32].

Tampoco hallarían su soporte constitucional las legítimas en el artículo 33.1 CE, donde se reconoce el «derecho a la herencia», que —como advierte DELGADO ECHEVERRÍA[33]— no lleva inherente el derecho de nadie a heredar a cierto causante; simplemente, se establece la capacidad de suceder en las herencias a las que estemos llamados de acuerdo con el ordenamiento jurídico, del mismo modo que el «derecho a la propiedad privada» contemplado en ese mismo precepto únicamente alude a la capacidad de ser propietario, y no al derecho al acceso a la propiedad privada (esto es, a ser propietario de unos determinados bienes). Así pues, lo constitucionalmente reconocido es el propio fenómeno de la sucesión —y

el de la propiedad—, como modo de «garantizar que la propiedad privada se perpetúe más allá de la vida de sus actuales titulares», no el derecho a heredar a alguien en concreto.

Suele identificarse la protección de la familia como fundamento esencial de las legítimas. En este sentido, ALONSO PÉREZ[34] sostiene que «el principio de *solidaridad* entre vínculos inmediatos de sangre o afecto, de *comunidad familiar* más allá de la ruptura física de la muerte, obligan a una protección legitimaria exigida, incluso, por el mismo principio cada día más universal de «lo razonable» (*reasonableness),* próximo a la equidad (art. 3:12 BW neerlandés)»; tanto la razonabilidad como la equidad se hallan fundados —prosigue— en el *bonum et aequum* propio de la jurisprudencia romana. A su modo de ver, la diligencia razonable —la *recta ratio*— impone la legítima como vía idónea para no desatender la solidaridad familiar.

Pero, ¿resultan atentatorios contra tal «razonabilidad» ordenamientos como el navarro o el Fuero de Ayala (además de los anglosajones, por ejemplo, si bien con el matiz de la *family provision*[35]), donde se contempla con favor la libertad de testar?

Varias de las reformas verificadas en ordenamientos extranjeros o forales en los últimos años han configurado la legítima como un derecho de crédito (y no como un derecho a los bienes y derechos *in natura* del causante), han posibilitado la subsistencia de donaciones frente a su inoficiosidad, han aumentado los supuestos de desheredación, han tutelado en mayor medida los intereses del cónyuge viudo, han excluido a los ascendientes de la categoría de los legitimarios, etc.

Estas modificaciones constituyen avances, indudablemente, mas quizás tímidos[36]. Como limitados (aunque valiosos) resultan los esfuerzos interpretativos de nuestra jurisprudencia sobre las causas de desheredación —especialmente, a partir de 2014—[37], así como los términos de la regulación de las legítimas contenida en la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[38]. Sin ningún género de duda, estas iniciativas se presentan como enormemente útiles, tal y como se halla el escenario normativo de nuestro Código Civil, si bien nos parecen todavía insatisfactorias con la realidad social del s. XXI. Compartimos la reflexión ofrecida por Concepción ARENAL (celebérrima pensadora del s. XIX y catalogada como exponente del Catolicismo social) ya en 1880, cuando rotundamente afirmó: «Se ha limitado el número de estos herederos [se refiere a los forzosos o legitimarios]; pero si el mal tiene menores proporciones, no deja de existir por eso»[39]. En esta misma senda, pero en tiempos muy recientes, VERDERA ha observado que en el caso de reducir el alcance de las legítimas, lo único que se logrará será la restricción de algunos de sus «inconvenientes», si bien no se obtendrá una justificación de su razón de ser y de su cometido. En su opinión, no nos enfrentamos a una cuestión de flexibilización de la figura

de las legítimas, sino a «un problema de la propia institución», que no se remediará «con retoques cosméticos o ajustes parciales»[40].

A tenor de la visión patrocinada por el Tribunal Constitucional alemán *(Bundesverfassungsgericht)* en su sentencia de 19 de abril de 2005[41], la legítima (la *portio debita* o *Pflichtteilsrecht*) se halla íntimamente relacionada con la tutela de la relación entre el testador y sus hijos, garantizada por el artículo 6.1 de la Constitución alemana *(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)*[42]. A su modo de ver, los rasgos estructurales de la participación de los hijos en la herencia constituyen una expresión de la solidaridad familiar *(Familiensolidarität)* presente de modo fundamentalmente indisoluble entre el testador y sus hijos. El antedicho precepto protege dicha relación entre el testador y sus hijos como una comunidad para toda la vida, donde no solo tienen el derecho, sino también el deber, de asumir la responsabilidad tanto material como personal los unos de los otros. Del mismo modo que acontece en el derecho de alimentos, la legítima se vincula a las relaciones de Derecho de Familia entre el testador y sus hijos, y traslada al ámbito del Derecho de Sucesiones la referida solidaridad entre generaciones, que se cimienta regularmente en la descendencia y se sustenta mayoritariamente en la convivencia familiar. Por consiguiente, sostiene el BVerfG que la libertad de testar se halla constitucionalmente constreñida por los vínculos del Derecho de Familia fundamentados en la filiación. El deber de cuidado integral mutuo justifica que se asegure al hijo una participación económica en el patrimonio del progenitor fallecido, incluso tras el óbito del causante. Como consecuencia de todo ello, la legítima satisface la función de posibilitar la continuación del vínculo ideal y económico entre el patrimonio y la familia una vez fallecido el propietario —con independencia de una eventual necesidad específica del hijo—[43]. Este razonamiento resulta plenamente coherente con la configuración que del patrimonio hace el propio BverfG en ese mismo apartado, al contemplarlo como integrado por bienes adquiridos, conservados y utilizados conjuntamente de algún modo por el testador y sus hijos[44].

3. Perspectiva crítica con la protección de la familia como sustento de la legítima

Tal argumentación del Tribunal Constitucional alemán, trasladada al Código Civil español, propicia que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿por qué acudimos a esa solidaridad familiar únicamente al morir un pariente, y no se conmina a tener una atención especial tanto material como espiritual hacia la familia durante la vida, más allá de las situaciones de necesidad? En cambio, aunque no se presente un escenario de escasez o

insuficiencia de recursos, nos vemos compelidos a «atender» a la familia y a «responsabilizarnos» de ella una vez hemos fallecido, aunque nuestra voluntad sea otra bien distinta, y pese a que quizás no hayamos tenido contacto desde hace décadas con esos beneficiarios accidentales o, incluso, sintamos verdadera repulsión hacia ellos.

Suele aseverarse que esta solidaridad familiar tiene un fundamento «moral»[45]. Mas, ¿nos hallamos frente a una concepción moral que transita en un único sentido y que vincula exclusivamente al testador[46]? En relación con esta cuestión, parece que los más firmes defensores de las legítimas eluden cualquier recurso a esa pretendida «moral» cuando se trata de analizar la conducta de los legitimarios hacia el causante.

Aunque las legítimas puedan responder en abstracto a esa aludida «solidaridad» familiar, en la práctica constituyen una vía sencilla de enriquecimiento sin más mérito ni razón que los lazos de sangre, que se producirá *ex lege*, aun contra la voluntad del propietario del patrimonio vinculado, y sin requerir ningún merecimiento ni situación de necesidad. Según apuntamos con anterioridad, ALONSO PÉREZ hacía alusión, como germen de las legítimas, al criterio de la razonabilidad y a la necesaria satisfacción del principio de solidaridad entre vínculos inmediatos de sangre o afecto. Si dicho afecto se hallara, realmente, en la base de la requerida solidaridad, serían también legitimarios otros familiares que, si bien se hallan más alejados en el grado de parentesco, son más próximos por cuanto al apego del causante se refiere. A nuestro juicio, las legítimas no parecen sustentadas, en absoluto, en el puramente subjetivo afecto, sino en los fríos y objetivos vínculos jurídicos.

Tal circunstancia puede llegar a favorecer una visión «cuasi confiscatoria» a favor de determinados familiares, que patrimonializa sin pudor las relaciones familiares, y que las aleja enormemente de la noción de «familia» delineada por las concepciones éticas o morales que propiciaron el nacimiento de la legítima y que la han sustentado a lo largo de los siglos[47]. Compartimos el parecer de PANTALEÓN, cuando apunta que no encuentra ninguna razón de justicia ni de eficiencia que fundamente el derecho de un sujeto a recibir parte del patrimonio de otro por el simple hecho de ser su familiar próximo, pese a no hallarse en situación de necesidad y ser tal atribución contraria a la voluntad del causante[48].

Con frecuencia, se enarbola la bandera de la «familia» como institución intocable que ha de ser tutelada a través de la legítima, cuando, al mismo tiempo, el legislador vuelve la mirada hacia otro lado en relación con las familias descompuestas donde no hay relación desde hace años, o en las que —incluso— imperan la enemistad y los enfrentamientos irreconciliables. En nuestra opinión, esta actitud no protege la familia, sino únicamente el *nomen* o lo formal; esto es, el continente. En definitiva, no preserva el con-

tenido, lo sustancial, lo que verdaderamente resulta esencial en la familia y que la hace acreedora de tutela por el ordenamiento: el cariño, el afecto, el apoyo y auxilio tanto físico como espiritual, y el respeto mutuos. Es decir, su concepción como grupo más o menos cohesionado y unido. Las legítimas, tal y como son concebidas en nuestro Código Civil, convierten la vida familiar —según advierte SÁNCHEZ ROMÁN— en un «título para heredar bienes», donde se obvia el amor y el cariño por el que la familia se constituye. En palabras del último autor citado, el sistema legitimario rebaja la dignidad de la familia, al mezclar la noción de los deberes cimentados en el afecto con «mezquinos intereses», que posibilitan —en expresión de LAVELEYE recordada por SÁNCHEZ ROMÁN— la conversión de la familia en una «sociedad mercantil, en una *organización para la sucesión*»[49].

Por otro lado, lo que cabría eventualmente predicar del sistema de legítimas sería su designio protector de un tipo concreto de familia, no de «la» familia. En el actual estado de la sociedad, la romanista LÓPEZ PEDREIRA manifiesta sus dudas sobre la conveniencia de mantener el sistema legitimario, al no existir en la familia aquella *pietas*, es decir, los vínculos éticos que cimentaron su establecimiento[50].

Lamentablemente, en la práctica no son infrecuentes los casos donde algunos legitimarios muestran durante años una completa indiferencia hacia el causante (sin llegar a incurrir en causa de desheredación), y, pese a no hallarse en situación de precisar asistencia, aparecen puntual y lacerantemente en el momento de sucederlo, para recibir lo que por cortesía del legislador les corresponde, aun contra la fundada y lógica voluntad del causante[51]. Nos encontramos, pues, con familias carentes de toda suerte de lazo afectivo, cuya unión es concebida por sus protagonistas como meramente formal, legal, accidental y no buscada; en contraposición con los vínculos materiales, espirituales y de apego y afinidad que les unen con otras personas que, a diferencia de lo que acontece con sus familiares, aquellos han ido escogiendo libremente a lo largo de sus vidas.

A nuestro modo de ver, estas hipótesis han de empujarnos a reflexionar en torno a la razón de ser de este escenario: ¿cuál es el verdadero motivo que induce al legislador a defender mecánica e inexorablemente los intereses de quienes han actuado con absoluta indiferencia y olvido frente al causante[52]? La razón debería ser de una considerable entidad, pues la legítima representa una enorme limitación de las facultades del titular de bienes y derechos, y hemos de recordar que el dominio es el derecho patrimonial de mayor relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que sus limitaciones deben ser de interpretación estricta[53]. En la práctica, hay ocasiones donde una sensación de extraordinaria injusticia invade al testador, al ser consciente de que nada puede hacer para impedir que una parte formidable de su patrimonio, posiblemente forjado con su denodado y sufrido esfuerzo

durante toda una vida, vaya a parar a las manos de algún familiar con quien no mantiene relación alguna —lo que CARRASCO denomina «divorcio emocional libremente consentido» entre parientes[54]—, o, incluso, con quien se halla enemistado. No parece razonable que el ordenamiento jurídico, bajo ningún concepto, permita consagrar este escenario, tal y como sucede en nuestro Código Civil[55].

A nuestro juicio, dista de ser cierto que se alcance la preservación de la familia a través del reconocimiento del derecho a recibir la legítima a todos los inmediatos descendientes —o ascendientes, en su caso—, con independencia de su conducta hacia el testador. Asimismo, la *portio debita* no favorece la reconciliación de los hijos que estaban unidos afectivamente a su padre, a quien apoyaron y ayudaron siempre material y espiritualmente, con el hijo que abandonó la familia bien por enemistad con ese progenitor, bien por simple dejación o desinterés, o bien porque su cónyuge propició su apartamiento absoluto de su familia. Son muy numerosos los ejemplos que podemos encontrar en la realidad familiar actual donde se evidencia que las legítimas no coadyuvan, en absoluto, a un restablecimiento de los lazos afectivos[56]. Ni siquiera a la recuperación del mero contacto entre aquellos hijos.

En algunas ocasiones, el hecho de recibir todos los hijos (u otros descendientes o ascendientes)[57] su legítima por imperativo legal, como consecuencia de la existencia de unos vínculos familiares formales o legales, hace emerger un sentimiento de agudo desasosiego en términos de justicia material, con el simple parangón de las conductas de unos y otros hacia el causante. En estas hipótesis, resulta paradójico aducir la anteriormente mencionada «solidaridad familiar» como cimiento de la legítima, de tal modo que, según nuestro criterio, es el momento de plantearnos si la previsión legal que desemboca en tal escenario debe ser replanteada o, incluso, erradicada.

4. Conclusión personal

Compartimos, en esencia, el análisis brindado por VAQUER, quien concibe la noción de la solidaridad familiar en «sentido bilateral» o recíproco, de tal modo que, en el estado actual de nuestro Código Civil, no podrían cimentarse en ella las legítimas. El texto legal y su interpretación jurisprudencial [aun con los encomiables intentos de flexibilización, como el de la STS de 3 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3900)] no permiten desheredar a un legitimario por ausencia de solidaridad familiar, ya que no toda transgresión de la misma lleva indefectiblemente inherente el maltrato contemplado en el artículo 853.2.º del Código Civil. Por consiguiente, tal y como señala el mencionado autor, nuestro ordenamiento concibe la legítima como «un deber unilateral del causante, del que apenas cabe librarse por el comportamiento

más grave y ofensivo del legitimario». En suma, se ha dibujado como un derecho virtualmente inviolable de los familiares próximos, aun cuando no hayan satisfecho en vida los deberes consustanciales a la solidaridad en relación con el causante, y que únicamente «de modo muy excepcional puede ser arrebatado»; es decir, se ha consagrado como un derecho legalmente modelado en interés de ciertos parientes, y no como una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional[58].

No son infrecuentes las hipótesis donde las relaciones de los legitimarios con el causante propician que tratar de sustentar las legítimas en el concepto de «solidaridad familiar» o «intergeneracional» sea, cuanto menos, paradójico. En ocasiones, aparecen determinadas circunstancias que lo hacen, incluso, lacerante.

De hecho, en directa relación con el tema que abordamos, nuestra jurisprudencia ha acogido un criterio hermenéutico flexible en materia de derecho de alimentos, que se muestra permeable a la superación de la estricta interpretación literal de un precepto, en aras a dar respuesta a estos contextos. Como quiera que en el artículo 152.4.º del Código Civil se dispone que la obligación de dar alimentos cesará si *«el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación»*, en una primera aproximación a la cuestión, la falta de relación de los hijos mayores de edad con su progenitor no parece gozar de virtualidad suficiente para fundar la extinción del deber de alimentos establecido en una sentencia de separación o divorcio [a diferencia de lo que sí se contempla en los artículos 237-13-e) y 451-17-e) del Código catalán]. Sin embargo, en la STS de 19 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 497), con apoyo en la realidad social, el signo cultural y los valores actuales, se proclama la conveniencia de efectuar una exégesis «flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia […], porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad». Ese sustento en la solidaridad familiar [anteriormente evidenciado, asimismo, en las SSTS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562) y 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4443)] lleva a nuestro Alto Tribunal, en la referida resolución de 2019, a extrapolar en materia de alimentos al ordenamiento civil común un razonamiento jurisprudencial vertido en torno a la aplicación del previsor Código catalán: no es razonable ni equitativo que un hijo resulte beneficiado por un instituto jurídico cimentado en los vínculos parentales, cuando previamente ha renunciado a las relaciones familiares y a todo el apoyo y la ayuda a ellas inherentes [cfr. STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1596)]. No obstante, «admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia», el Tribunal Supremo deja sentado que será «de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y

prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo» [siguen esta misma línea jurisprudencial, entre otras, las realmente interesantes SAP de Navarra (Sección 3.ª) de 27 de octubre de 2020 *(AC* 2020, 1782) y SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 220648)].

A pesar de que el fundamento de las legítimas, en teoría, también descansa en la referida solidaridad, nuestra jurisprudencia todavía no se ha atrevido a dar el paso de trasladar al ámbito legitimario la esencia de esta construcción erigida en torno a la extinción de los alimentos judicialmente establecidos a favor de los hijos mayores de edad. Tal circunstancia no deja de resultar inaudita, pues el propio Tribunal Supremo, según hemos transcrito literalmente, reconoce que admite la extinción de la pensión alimenticia si la falta de relación con el progenitor alimentante es imputable, de manera principal y relevante, al hijo mayor de edad, «por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación» (a las que remite el artículo 152.4.º CC). De tal forma que, si bien esta «interpretación flexible» de unas causas aplicables *per relationem* —por una remisión legal— resulta idónea para extinguir los alimentos fijados en sede judicial, no es admitida, por el contrario, en el ámbito objetivo natural de tales causas; esto es, en la privación de las legítimas. Así pues, esta paradoja jurisprudencial propiciará un desconcertante y contradictorio resultado: las hijas mayores de edad a quienes, en la anteriormente referida resolución de Santa Cruz de Tenerife, se privó de la pensión alimenticia en vida de su progenitor alimentante, al hacer el juzgador «una interpretación flexible de las causas de desheredación», gozarán de sus derechos como legitimarias cuando aquel fallezca, aun en el previsible caso de no haber recompuesto sus relaciones con él.

Enormemente reveladora de las coordenadas en las que se mueve todavía la legítima en nuestro Código Civil resulta la reciente STS de 24 de mayo de 2022 *(JUR* 2022, 194665). A nuestro juicio, en esta resolución se dibujan perfectamente los contornos del irracional escenario denunciado en párrafos anteriores, en cuya virtud los lazos y la solidaridad familiares constituyen conceptos a los que interesadamente se acude en un único sentido, en aras a limitar el derecho de propiedad y la libertad testamentaria. Por el contrario, tales vínculos y solidaridad son completamente obviados por cuanto se refiere al desenvolvimiento de las recíprocas relaciones durante la vida de los mismos protagonistas, en tanto no se haya presentado un escenario de necesidad. Si durante la vida de una persona su «solidaridad familiar» lo vincula únicamente en supuestos de carencia de, por ejemplo, sus descendientes mayores de edad, ¿por qué se amplía irremediablemente tal solidaridad en el momento de su muerte, sin importar si dichos descendientes se hallan en situación de necesidad, y en una medida que supera

con creces *«lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica»* (cfr. art. 142 CC) mientras se prolongue la citada necesidad?

Tal y como expone PARRA LUCÁN —catedrática de Derecho civil y magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo—, como ponente de la última sentencia aludida, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, es «preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.ª del Código Civil». Es decir, que el mero hecho de no existir —en absoluto— relación afectiva o trato familiar no permite, por sí mismo, entender que nos hallamos frente a una de las «causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador»[59].

En el caso juzgado en dicha resolución, no quedó acreditado ni maltrato de obra ni menoscabo psicológico producido por el comportamiento de las descendientes desheredadas (nietas), si bien resultó evidenciada la total ausencia de relación familiar y afecto. De hecho, esta ruptura familiar se produjo después de numerosos «desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este». En el marco de ese irreconciliable deterioro familiar, la testadora, después de la separación conyugal de su hijo, había desahuciado judicialmente a sus nietas y a la madre de estas, de tal modo que hubieron de abandonar la vivienda que venían ocupando desde su nacimiento. Es decir, en vida de la causante, la etérea —pero, al parecer, ineludible— noción de «solidaridad familiar» no pudo remediar el desahucio de las nietas por su abuela[60]. Sin embargo, la solución se transformó radicalmente al morir la causante, cuya voluntad de desheredar a sus nietas fue declarada nula, con fundamento en las legítimas (esto es, en la referida solidaridad). Así pues, la ayuda que no tuvieron derecho a recibir en vida de su abuela sí pueden exigirla a su fallecimiento, aunque parece evidente que la causante prefería que su patrimonio lo recibiera cualquier persona, salvo sus nietas.

Si analizamos los hechos narrados desde la perspectiva de las nietas, no sería extraño que, en un ejercicio de síntesis, la situación pareciera reducida a una triste cuestión de paciencia; debían aguardar al óbito de la abuela para, aunque ella se opusiera, recibir una parte importante de su patrimonio, pese a que mientras vivía instó —con éxito— su desahucio judicial.

Como agudamente puso de relieve Concepción ARENAL, la expresión «herederos forzosos»[61], que emplea nuestro Código Civil para referirse a los legitimarios, es un «modo de decir significativo, que expresa perfectamente un hecho contra derecho». Ciertamente, resulta paradójica e, incluso, un contrasentido la solución que nuestro ordenamiento jurídico otorga en el caso descrito, tras haber triunfado el desahucio en vida de la causante.

En el lado opuesto de la doctrina, especialmente contundente en su censura a la visión crítica de las legítimas se muestra DÍEZ-PICAZO[62], al entender que todavía hoy constituyen una plausible «rampa de lanzamiento» de los descendientes. A su modo de ver, esta función económica de la legítima, donde no tienen trascendencia ni el afecto, ni los criterios de merecimiento y necesidad, ha de limitar indudablemente el derecho de propiedad. De hecho, este autor reconoce que, pese a que en la mayor parte de las ocasiones los patrimonios han sido generados y conservados «por el arte y la pericia del causante», tal circunstancia no justifica que sus titulares hayan de tener la facultad de disponer de ellos «libremente». Parece, pues, superar la simple perspectiva de la *Familiensolidarität*, para adentrarnos en la contemplación de las relaciones familiares como una vía de forzosa y gratuita financiación al emprendimiento, sin tomar en consideración si los legitimarios precisan tal auxilio o inyección económica. En cualquier caso, nos parece ciertamente cuestionable erigir una draconiana limitación del derecho de propiedad amparada en el deber de soportar económicamente el emprendimiento de ciertos parientes.

Si aceptamos la solidaridad familiar como fundamento para arrebatar a las personas su poder de disposición, y consideramos que el hecho de haber creado un patrimonio no nos da derecho a disponer libremente del mismo, ¿en qué nos apoyamos para no forzar a esos sujetos a hacer cuantiosas donaciones a sus familiares en vida, aunque no lo precisen, con cimiento en esa misma suerte de solidaridad? La donación y la sucesión comparten la naturaleza de actos jurídicos gratuitos, pero, como bien apuntó Concepción ARENAL, «para la donación (…) se necesita la voluntad del donante, y para la herencia [en alusión a la herencia *forzosa*] no»[63]. Esta diferencia cronológica en cuanto a su eficacia (en vida o tras su muerte), ¿justifica, realmente, que para una liberalidad *inter vivos* se exija el consentimiento del propietario de lo donado, mientras que la liberalidad *mortis causa* se perpetra, incluso, contra su voluntad? Aunque sean negocios jurídicos disímiles, en ambos subyace la gratuidad y se hallan estrechamente conectados, de tal manera que resulta difícil justificar tamaña divergencia.

IV DESCONEXIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CON LAS COORDENADAS ACTUALES

1. Introducción

La cuestión no radica, a nuestro modo de ver, en efectuar una aproximación meramente conceptual a la institución de la legítima, e impregnar la discusión de reduccionismo, al limitarse a efectuar una reflexión abstracta y

maniquea sobre la misma: legítima sí, o legítima no. Parece más lógico que el juicio de valor se focalice en el sentido, la necesidad, la justicia y la utilidad de esta figura en la España del s. XXI. No debería centrarse el debate en dilucidar si la *portio debita* ha sido positiva ni en analizar si su imposición durante siglos ha resultado atinada y justificada, y ha satisfecho necesidades dignas de atención[64]. Tal y como certeramente advierte VALLET, la conveniencia o inconveniencia de las normas únicamente puede ser juzgada «con relación al clima moral y social a que se aplica», de tal modo que lo relevante es la reacción que una ley propicia «en el organismo social» al que vincula, y no tanto el juicio teórico que tal norma merece[65]. Y hemos de partir de una premisa inconcusa: el referido clima moral y social es, en esencia, cambiante.

Muchos siglos han transcurrido de riguroso imperio de la legítima en nuestro ordenamiento (no solo los más de 130 años de vigor del Código Civil). Seguramente, resultaba una institución loable y adecuada para la satisfacción de necesidades dignas de tutela hace siglos o, incluso, décadas. Aunque no conviene obviar que, hasta su última época, resultó rechazada en el Derecho Romano, y que en determinados Derechos forales de nuestro país no se instaura tal instituto. Es más, ya nos hemos referido al cuestionamiento doctrinal de la legítima en nuestro país, tanto en el remoto s. XVI como en la época de la Codificación.

Pero, aun si entendiéramos que la legítima gozó del atributo de la oportunidad y que satisfizo necesidades existentes dignas de tutela al ser instaurada en nuestro ordenamiento, es el momento de reflexionar sobre el particular, y preguntarnos hasta qué punto sigue dando cumplida respuesta a las finalidades para las que fue configurada[66]. Como nos recuerda el excelso jurista, historiador y filósofo del Derecho Helmut COING, la propia Historia del Derecho es conocedora de que los conceptos, sentencias y reglas jurídicas se han construido en aras a solventar concretos «problemas de organización»; así pues, han de comprenderse siempre los orígenes, «y además cuestionar permanentemente si los conceptos tratados son usados en el mismo campo de problemas o si las condiciones de su aplicación práctica y de su función en el ordenamiento total han cambiado». De ello se infiere, según el citado autor, que no cabe preterir o relegar el «significado funcional de la regla»[67]. Hemos de preguntarnos, en definitiva, si como consecuencia de su casi completa falta de modificación, han sufrido las legítimas un proceso de desfiguración, de tal modo que en nada obedece ya su existencia a tan altos propósitos, sino a otros distintos (recordemos que DÍEZ-PICAZO esgrimió su vigente relevancia como «rampa de lanzamiento» para los emprendedores). En íntima relación con esta reflexión, podemos recordar que ALONSO MARTÍNEZ llegó a patrocinar la imposición del régimen de legítimas como barrera frente al socialismo[68].

En el caso de responder actualmente a otros anhelos, sería razonable deliberar sobre si realmente merecen ser atendidos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de continuar cercenando, con una excepción tan amplia, tanto la autonomía de la voluntad del testador en torno al destino de su patrimonio como la vocación de libertad del derecho de propiedad. Hemos de recordar que se trata de dos de los más relevantes principios generales de nuestro Derecho de Sucesiones y del Derecho Patrimonial.

Según expuso PORTALIS en su discurso preliminar del primer proyecto de *Code Civil*, toda ley nace de un abuso («Toute loi naît d'un abus»)[69]. Por tal motivo, en nuestra opinión, carece de sentido sacralizar el contenido de una norma, y forzar su perenne e irreflexiva pervivencia en el tiempo. En este caso, la legítima germinó para evitar el «abuso» que suponía el olvido de ciertos parientes en una sucesión en aquella época (y así se siguió percibiendo durante numerosos siglos en la mayor parte de nuestro país). Pero el escenario que dio lugar al nacimiento de esta institución se ha transmutado de manera trascendental, especialmente, durante el último medio siglo. Según nuestro criterio, parece una verdad incontrovertible que el Derecho debe servir a la sociedad, y no al contrario.

En este sentido, por ejemplo, la *dos* romana —recibida históricamente en nuestro país como «dote»— respondía a unas necesidades presentes durante decenas de largos siglos. Sin embargo, las circunstancias socioeconómicas, políticas, jurídicas y familiares experimentaron una ineludible y colosal transformación en el último cuarto del s. XX, y al legislador le resultó imposible obviar el nuevo escenario. De tal manera que una figura tan enraizada en nuestro ordenamiento desde tiempos inmemoriales sufrió un lógico e inevitable —pero brusco— destierro, sin añoranzas ni ceremonias.

Estamos absolutamente de acuerdo con GONZÁLEZ PORRAS, cuando asevera que el mundo del Derecho debe ser el mundo de lo útil[70]. De hecho, el ordenamiento jurídico no puede presentarse como un conjunto de normas inamovible, pues son muchas las ocasiones en las que el Derecho transita por detrás de la realidad, y una regulación que no da respuesta a las necesidades de la sociedad que debe regirse por ella no es sino una anomalía que ha de solventarse. Hemos de bosquejar, llegados a este punto, los principales trazos de las coordenadas sociales, familiares y económicas del s. XXI.

2. Mutación del escenario socioeconómico y familiar

Incidir en que nuestra sociedad y, en concreto, las relaciones familiares han cambiado drásticamente desde que se introdujeron las legítimas a finales de la República romana, resulta de todo punto innecesario. Tal sentencia

merece, asimismo, tratar de establecer cualquier suerte de parangón con la sociedad visigoda del s. VII[71].

En realidad, resulta de mayor utilidad, a los efectos de nuestro estudio, volver la mirada a la evolución de la sociedad española de los últimos tiempos[72]. En el marco de esta labor, la fotografía que nos ofrece la Estadística puede resultar especialmente elocuente.

De una primera aproximación al tema se desprende, como apunta MAGARIÑOS[73], que tanto la casa como las fincas rústicas han perdido gran parte de su valor simbólico como referencia de una familia. Prácticamente, se han extinguido los oficios artesanales y cualificados que se transmitían en el seno de la familia, cimentados en un prolongado y minucioso aprendizaje. En la actualidad, no es común la dedicación laboral o empresarial al taller u oficio de los padres, «de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias». Es una realidad palpable que los progenitores no obtienen la ayuda que en épocas anteriores les brindaban sus hijos en su profesión o empresa. El panorama consolidado hoy resulta diametralmente opuesto: lo habitual es que una porción considerable de los recursos de una persona se destine a la dotación a sus hijos de una «formación independiente y según sus preferencias». Como tangible resultado de lo anterior, en 2017, el 29% de los españoles se situaron por encima de sus padres en la escala social, y más del 45% en relación con sus abuelos[74].

Si analizamos el contexto inherente al s. XXI, podremos concluir que, lejos de aportar recursos a la economía familiar, lo común es que los hijos no contribuyan en absoluto al «enriquecimiento» de sus progenitores, sino que suponen una carga económica para ellos durante un tiempo considerable. Es verdaderamente frecuente encontrar personas en cuyos hogares aún viven sus hijos mayores de 30 años, a quienes no solo se ha sostenido durante su minoría de edad, sino que también se les ha costeado —directa o indirectamente— su carrera profesional o sus estudios; estos hijos viven en el hogar familiar, donde se les proporciona un alojamiento, comida, limpieza y todos los suministros, sin que cooperen en la satisfacción de la cuota de la comunidad de propietarios o el alquiler, la devolución del préstamo hipotecario, los impuestos inherentes al inmueble, el coste de las reparaciones y obras, la cuantía pagada por los suministros, etc.

Hemos de poner el foco, asimismo, en la relación personal entre parientes, donde también se han verificado sustanciales cambios. La proximidad que ha caracterizado la familia históricamente parece haber dado lugar a otro modelo, en el que la lejanía física y afectiva ha devenido predominante. En ocasiones, estas circunstancias propician la soledad y el abandono de los progenitores de edad avanzada, al contemplarlos como una «carga», o un ingreso en una residencia geriátrica, donde, en lugar de estar integrados afectiva y económicamente con sus parientes más jóvenes, pueden llegar a

verse abocados a un involuntario aislamiento familiar y social[75]. En relación con este aspecto, hemos de observar que el número de personas con una edad superior a 65 años ingresadas en una residencia de mayores se vio incrementado casi en un 25% en un período de tiempo muy corto: desde 2011 a 2019[76].

Por otra parte, frente a un modelo de familia reconocido y reconocible a lo largo de los siglos, que era el fundado en el matrimonio canónico indisoluble entre hombre y mujer, y en la autoridad y papel preponderante del progenitor varón, hallamos ahora un paisaje profundamente remodelado, donde no cabe hablar de «la familia», sino de un «mosaico de familias» [así se reconoce, entre otras muchas, en la STS de 12 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3280); cfr., asimismo, la importantísima STC (Pleno) 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 222)][77]. La admisión del divorcio en 1981 ha propiciado la existencia, cada vez mayor, de un considerable número de relaciones familiares recompuestas caracterizadas por segundas o sucesivas nupcias, con el consiguiente distanciamiento de los propios descendientes. Mientras que en 1996 los cónyuges que contraían segundas o posteriores nupcias supuso cerca del 6%, en 2019 esta cifra ascendió casi hasta el 20%[78]. Por cuanto se refiere a la custodia de los hijos menores en el caso de divorcio, en el año 2013 las custodias compartidas no llegaron al 18%, mientras que en 2020 superaron el 41%, y en 2021 esta cifra se ha elevado hasta superar el 43% (hemos de recordar que la consagración legislativa de esta modalidad de custodia se verificó con la modificación del artículo 92 del Código Civil en 2005, y los datos han evidenciado que la tendencia es claramente ascendente).

En otro orden de cosas, la incorporación de la mujer al mundo laboral en los últimos 50 años ha sido extraordinaria (solo en los últimos 20 años podemos ver cómo a comienzos de 2002 menos del 38% de la población ocupada estaba formada por mujeres, mientras que a principios de 2022 dicha tasa superaba el 46%; en 1976, suponía un exiguo 28%)[79].

Además, la celebración de matrimonios ha descendido enormemente en los últimos años (entre 1975 y 2019, se ha reducido prácticamente un 39%), y el matrimonio en forma religiosa ha pasado a ocupar un lugar verdaderamente minoritario (de casi el 71% en el año 2002, a poco más del 16% en 2021)[80]. A ello hay que añadir que se ha retrasado considerablemente la edad a la que se contrae el primer matrimonio (entre 1976 y 2020, se ha retrasado más de 10 años: a los 25 años en 1976, y a los 36 en 2020)[81]; coherentemente con lo anterior, se ha producido un gran retraso en la emancipación de los jóvenes en nuestro país (el porcentaje de jóvenes de entre 16 y 34 años que no está emancipado ha aumentado del 58,1% en 2008 al 65,1% en 2018 —una gran diferencia en solo 10 años[82]—, y en 2020 la edad media de emancipación de los jóvenes en España se retrasó

hasta alrededor de los 30 años)[83]. Asimismo, ello ha desembocado en la postergación del momento en el que se tiene el primer hijo, que en 2021 se situó en los 31 años[84]. De hecho, ha descendido drásticamente el número de hijos que tiene cada española a lo largo de su vida (de los 3,01 de 1964, a 1,24 en 2019)[85].

Finalmente, no podemos olvidar un aspecto de trascendental relevancia a los efectos de nuestra investigación: la esperanza de vida. En el año 1900 (11 años después de la promulgación del Código Civil), la esperanza de vida al nacer en el hombre en España era de 33,85 años, y de 35,7 años en la mujer[86]. En 2019, estas cifras aumentan hasta los 80,86 años en los hombres, y los 86,22 años en las mujeres[87]. De hecho, en 2020, más del 19% de la población es mayor de 65 años, y supondrá el 26,5% del total en el año 2035, según las previsiones del INE[88].

Estadísticamente, la riqueza neta va aumentando sostenidamente hasta la jubilación, momento a partir del cual su incremento comienza a ser menor para, pocos años más tarde, comenzar su retroceso[89]. De la combinación de este dato económico con el aumento de la esperanza de vida se desprende, como consecuencia evidente, que al producirse el fallecimiento de una persona, sus hijos deberían hallarse en una posición económica bastante favorable u holgada. En la práctica, son muy frecuentes los casos en los que los hijos se hallan en mejor situación económica que sus progenitores octogenarios jubilados desde hace casi dos décadas. Este panorama lleva a VALLADARES a aseverar que, lejos de servir de modo de transmisión de los medios de sustento familiar de progenitores a descendientes, la herencia representa un mero «bienvenido complemento a la jubilación»[90]. Tal circunstancia se ve favorecida, asimismo, por una realidad sobre la que ya hemos llamado la atención con anterioridad: aproximadamente un tercio de los españoles logra superar a sus progenitores en la escala social.

Tal y como agudamente advierte VAQUER[91], las transformaciones sociales, económicas y familiares han dado lugar a un escenario paradójico, donde la legítima suele ser percibida en la etapa de mayor riqueza del beneficiado. Esta circunstancia lo lleva a plantear los siguientes interrogantes: «¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional? ¿O, por el contrario, si realmente la solidaridad intergeneracional es el fundamento de las legítimas, debe modificarse el sistema legitimario para adecuarlo a dicha finalidad?».

Todas estas transformaciones, unidas a otras en las que no nos hemos detenido en el ámbito económico, social, político y científico, han propiciado —según GOMÁ— la transmutación de la propia familia, que ha dejado atrás su concepción como «remedio de la necesidad», y representa ahora un «ámbito de libertad» donde priman los intereses y anhelos individuales[92].

V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

1. La necesaria respuesta ante determinados escenarios

Desde hace tiempo, los notarios llaman la atención sobre la sensación de injusticia y desamparo que embarga a muchos testadores cuando acuden a sus Notarías con el propósito de otorgar testamento, al ser cumplidamente informados de que el Código Civil les arrebata «a su muerte» el poder de disposición sobre su propio patrimonio del que creían gozar «en vida». Esos testadores, en contra de lo que suponen, tampoco disfrutan de autonomía para disponer de sus bienes y derechos durante sus vidas, ya que las donaciones que libremente hayan ordenado *inter vivos* pueden verse reducidas tras su fallecimiento, por atentar contra las legítimas[93]. Por consiguiente, patrocinar la libertad de testar lleva inherente, indirectamente, preservar la libertad de donar. Hemos de observar que la mayor parte de los donantes y donatarios desconocen, en la práctica, que tal liberalidad pueda llegar eventualmente a ser objeto de reducción.

Así lo evidencia, entre otros, MAGARIÑOS[94], cuando afirma que en su experiencia como notario ha percibido que lo más habitual es que los cónyuges acudan a la testamentifacción con la quimérica intención de dejar todo su patrimonio (normalmente, compuesto por la vivienda, mobiliario, algún vehículo y dinero en cuenta corriente) a su cónyuge. Esto es, a aquella persona con la que estableció, en su día, una comunidad de vida con vocación de permanencia, con cuyas compañía y ayuda ha transitado por su vida, y ha logrado construir el referido patrimonio. Tal ilusión se hace más patente, si cabe, en el habitual caso de encontrarse sus hijos ya emancipados, con su propia pareja e hijos, y con una situación económica más desahogada, incluso, que la del testador. Suele presuponer el causante que nada —o poco— ha de dejar a quien nada precisa.

Es también frecuente, según relata el referido notario, que el causante quiera dejar su patrimonio a aquel de sus hijos que realmente está pendiente de él y «lo cuida», pues los demás descendientes, «ya situados, lo visitan protocolariamente de vez en cuando». Asimismo, se plantean casos en los que no hay hijos en el matrimonio, y uno de los cónyuges quiere dejar a su consorte íntegramente su patrimonio, donde se incluye parte de la vivienda y del negocio erigido conjuntamente por ambos, si bien, al tener ascendientes, el Código Civil constituye un muro infranqueable.

En ocasiones, el testador convive notablemente más con los hijos de un segundo cónyuge que con los suyos propios, y, de hecho, el trato personal con los primeros se acomoda más a la típica relación paterno-filial que con los segundos, que ningún afecto guardan hacia él. Ante este escenario, el

causante suele pretender dejar mayoritariamente su patrimonio a quienes lo han tratado como a un verdadero progenitor durante un tiempo considerable, pese a no serlo, al haber convivido prolongadamente como familia. En estas hipótesis, el actual sistema legitimario del Código Civil únicamente le permitirá atribuirles un tercio del patrimonio, mientras que los restantes dos tercios habrán de ir, forzosamente, a sus hijos, con quienes apenas ha tenido contacto.

También desde el ámbito notarial, GUTIÉRREZ-ALVIZ[95] alerta sobre una posibilidad generada por el propio legislador, al permitir que la esposa, a través de técnicas de inseminación artificial con material genético del marido, dé a luz a un hijo del testador veintiún meses después de su fallecimiento (un año que permite el ordenamiento —*ex* artículo 9.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida—, más los nueve meses de gestación). Tal y como está configurado el sistema legitimario en el Código español, ese hijo tendrá su derecho de legítima sobre el patrimonio de su padre fallecido casi dos años antes de su nacimiento. Al aproximarnos a esta posibilidad legalmente amparada, brotan inmediatamente matices que provocan que hayamos de cuestionarnos si es razonable conceder al recién nacido la condición de legitimario del padre premuerto, cuando se presentan determinadas circunstancias: ¿resulta lógico hacerlo si la madre ha rehecho su vida de pareja, incluso antes de proceder a la inseminación, al ser el nuevo compañero sentimental de la madre quien tratará y criará a ese bebé como a un hijo? ¿qué vínculo indeleble le une con su padre fallecido veintiún meses antes de su nacimiento, más allá del puramente biológico? Desde un punto de vista estrictamente fáctico y objetivo —no jurídico, en el estado actual de nuestro ordenamiento—, cabría considerar que la intervención de su padre resultó en cierto modo parangonable a la del simple donante de material reproductor, de tal forma que en este supuesto resulta muy cuestionable que el fundamento de la legítima se ubique en la celebérrima «solidaridad familiar».

La casuística es bastante más rica, y nos ofrece numerosas hipótesis en las que el Código Civil impone su inclemente y severa regulación en contra de los anhelos del causante, sin importar su voluntad ni si tiene motivos razonables para pretender que su sucesión se estructure de un modo diverso.

En definitiva, frecuentemente resulta una muy ardua labor explicar a un lego en Derecho que no puede decidir el destino del patrimonio que ha generado, con tanto esfuerzo, durante toda su vida. La «enseñanza» que cabe extraer de un sistema legal que impone tales restricciones resulta tan natural, básica y evidente, como exaltadora del individualismo: si alguien tiene motivos para desear que su patrimonio no sea recibido por sus legitimarios, habrá de procurar agotar todo lo posible del mismo en vida. En relación con gran parte de lo que no haya consumido carecerá de libertad

de disposición. No obstante, hemos de tener en cuenta que habrá de gastarlo a título oneroso en bienes consumibles y en servicios, pues las adquisiciones de bienes no consumibles y las donaciones efectuadas en vida revertirán finalmente, en parte, en aquellos parientes a quienes no tiene intención de beneficiar.

Esta derrochadora conducta resulta hoy más factible que nunca, dada la virtual erradicación de la milenaria institución de la «prodigalidad»[96] por la Ley 8/2021, de 2 de junio (cfr. el apartado III de su preámbulo); en este sentido, entendemos que se cohonesta mal la referida supresión de la prodigalidad con el pertinaz mantenimiento de las legítimas.

Este escenario resulta desalentador para quien quiera crear un patrimonio importante con su iniciativa y esfuerzo denodado, pues carece de aliciente personal, salvo en el deseable caso de tener una buena relación con los parientes cercanos a quienes dejará un patrimonio importante a su muerte. Sin embargo, ese estímulo familiar también existe en el caso de tener libertad absoluta para testar. En cambio, si no tiene un trato fluido con sus familiares y existen las legítimas, desaparece tal acicate «familiar» (es más, operaría en sentido contrario), y el único «atractivo personal» radicaría en generar riquezas para consumirlas compulsiva e irreflexivamente, de tal modo que consagraría su vida al más crudo egoísmo[97]. Entendemos que tiene razón ROCA TRÍAS[98] cuando afirma que nuestro Derecho de Sucesiones obvia la realidad familiar y social, e incentiva soluciones que obstaculizan la toma de «decisiones económicas racionales».

2. El derecho como algo vivo y la ruptura con la tradición

La intangible y etérea fuerza de la tradición se halla decisivamente presente en el mantenimiento de la regulación de las legítimas en nuestro Código Civil, y parece una pesada losa inquebrantable e inamovible, debido al fuerte valor simbólico que a la regulación de las legítimas atribuye parte de la doctrina. Como advierte VERDERA, en la justificación de la persistencia de las legítimas no se percibe una *ratio*, «sino una historia», que constituye un fundamento jurídicamente inconsistente[99]. A nuestro modo de ver, en realidad, representan un inequívoco símbolo de unas coordenadas socioeconómicas, de una familia y de una concepción de las relaciones familiares absolutamente diversas de las actuales.

Así lo han percibido otros legisladores, al reformar las legítimas y restarles —en mayor o menor medida— relevancia. En nuestro país, tal ha acontecido en ordenamientos sustentados, precisamente, en la «tradición». En este sentido, el legislador catalán ha evidenciado aquello que hemos tratado de plasmar con datos estadísticos: *«la sociedad catalana, como otras*

del entorno, ha evolucionado y […] las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación inmediatamente anterior» (preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Este mismo legislador (en el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) cimienta la reducción de los derechos de los legitimarios en *«la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores»*.

Al tiempo que otros legisladores (incluso, de nuestro país) han comenzado hace algunos años a cuestionar que la tradición se ajuste a las profundamente alteradas características de la sociedad actual, nuestro Código Civil permanece fosilizado en esta materia, más conectado con la sociedad visigoda que con la España del s. XXI[100].

La tradición no puede constituir un argumento sólido para evitar la modificación de un ordenamiento jurídico; podría ser, a lo más, una razón secundaria o accesoria. De lo contrario, el Poder Legislativo carecería de función, y seguiríamos rigiéndonos por las XII Tablas (que, por cierto, recordemos que contemplaban la libertad absoluta de testar). Una cosa es conocer, respetar y ponderar la tradición, y otra muy distinta es aferrarnos a ella en un tema, además, tan cambiante como la familia. Ciertamente, la familia es «la única institución social que, de una u otra forma, ha existido y subsistido siempre en la Historia»[101], pero es un instituto cuya regulación se ha caracterizado por su volatilidad e inestabilidad; fundamentalmente, desde la Codificación. Es un ámbito del ordenamiento especialmente sensible a la evolución, y —en palabras de CARBONNIER— a la superestructura ética o moral y a la infraestructura social[102]. Baste recordar, por ejemplo, la milenaria institución de la dote, la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital, la admisión del divorcio, la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el reconocimiento de ciertos derechos a las parejas de hecho, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

Sin embargo, si bien el Derecho de Familia constituye, sin ningún género de duda, uno de los sectores de nuestro ordenamiento que mayor evolución ha soportado, el régimen legitimario ha permanecido esencialmente inalterado, con el confesado pretexto de la protección de la familia. Una familia que poco —o nada— se parece a la existente hace más de un siglo[103].

Con carácter general, ROCA TRÍAS pone de relieve que las instituciones sucesorias resultaron «pensadas para y por las instituciones familiares»[104]. En concordancia con esta apreciación, no debemos obviar que, pese a ser una figura sucesoria, el fundamento de la legítima lo ubican sus partidarios

en el ámbito familiar[105]; en concreto, en la *Familiensolidarität* intergeneracional, que resulta pésimamente concebida si sirve de insalvable grillete para cercenar la libertad de testar. Del mismo modo que en Roma no había legítimas hasta que se introdujeron en su última época (en el marco del *«officium pietatis»*), cabría ahora recorrer sin temor el camino inverso[106].

El Derecho ha constituido tradicionalmente un instrumento de capital utilidad, que ha servido fielmente a la sociedad, al contribuir a asentar y posibilitar sus transformaciones. En cambio, las reticencias en esta materia son, a nuestro modo de ver, exageradas, y se sostienen sin mirar a los ojos a la sociedad actual, con el pretexto de conservar una tradición ya obsoleta e inadaptada al panorama perfilado en el s. XXI. Una sociedad, por otra parte, caracterizada por una imparable heterogeneidad cultural, como directa consecuencia de la creciente inmigración en las últimas décadas, que ha propiciado que en nuestro país tengan su residencia habitual millones de extranjeros y de ciudadanos con doble nacionalidad. Al margen de las transformaciones que, sin ningún género de duda, estas personas han favorecido en nuestra cultura, no podemos obviar el trascendental rol que el *Reglamento Sucesorio Europeo* [«Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo»] confiere a la residencia habitual en un Estado, a la hora de determinar el ordenamiento aplicable a una sucesión. De este modo, el peso de la secular tradición sucesoria puede ver menguada su relevancia, al tiempo que aumentan progresivamente los casos en los que nuestra legislación se aplica a personas con orígenes culturales diversos.

La impresión última que puede dar la actitud recelosa y reacia al cambio es la de configurar las legítimas, sin reconocerlo expresamente, como una institución de Derecho Natural, con cierta proximidad a la concepción patrocinada por un sector doctrinal del Derecho Común (BARTOLO, SOCINO, FULGOSIO, entre otros[107]), y en concordancia con determinadas alusiones efectuadas en las Partidas de Alfonso X[108].

La inercia no debería ser una opción en relación con las legítimas, cuando el sustrato social que las fundamentaba se ha desvanecido. Como apuntamos con anterioridad, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reconocen explícitamente que ha desaparecido el concepto unívoco de «familia»; por consiguiente, podemos concluir que el sistema legitimario de nuestro Código Civil se funda en una noción trasnochada de la misma, donde se obvian los diversos escenarios afectivos, familiares y económicos que pueden envolver a las personas. Resultaría pernicioso dejarnos guiar por algo tan intangible como el arraigo de la institución, obviar las injusticias

a las que da lugar la legítima, e ignorar las cada vez más numerosas voces que reclaman la libertad de testar. Por otro lado, ese arraigo seguramente sea más doctrinal que social, pues en no pocas ocasiones nos vemos los civilistas empujados a explicar el concepto de legítima a las personas ajenas al mundo de lo jurídico, quienes, a lo sumo, entienden errónea e ingenuamente que pueden desheredar a alguien a su arbitrio, sin alegar motivo alguno[109].

3. Búsqueda de la justicia en las sucesiones familiares

Tras tantos siglos de imperio de las legítimas, estimamos que ha llegado el momento de consentir que las personas decidan libremente el destino de su patrimonio, salvo cuando su fallecimiento provoque un importante descenso en el nivel de vida del cónyuge supérstite, o en los casos de necesidad por parte de determinados parientes (v.gr., el menor de edad, la persona con discapacidad), mientras persista tal situación[110]. No obstante, si dichas necesidades están cubiertas de otro modo, parece lógico que el testador pueda conservar su libertad de testar también en estos casos (v.gr., a través de un patrimonio protegido constituido por el propio testador o, incluso, por un tercero)[111]. Por otra parte, quizás uno de los hijos se halle en una situación económica poco holgada y de gran carestía, mientras que el contexto económico del otro se caracterice por la opulencia; en tal caso, lo más ajustado a aquellas pretendidas «moral» y «solidaridad familiar» sería, probablemente, dejar la práctica totalidad del patrimonio —o, incluso, en su integridad— al descendiente afectado por una economía familiar maltrecha, y no al otro. En aras a valorar esta suerte de realidades, así como las conductas de cada uno de sus componentes en relación con la familia como grupo, quien está en mejor posición es, precisamente, el testador[112].

Con el todavía vigente sistema legitimario no se protege al testador, sino a sus parientes, sin importar si el único interés de estos en relación con sus familiares radica, única y exclusivamente, en su patrimonio. El legislador fraguó el caldo de cultivo idóneo para que los sujetos reciban la mayor parte de los bienes de sus progenitores por el mero hecho de ser sus hijos, pese a no haberse comportado como tales durante la vida de aquellos. En el conflicto de intereses entre el testador y sus parientes más cercanos del que habla ZUBERO al abordar las legítimas[113], esto es, entre el *dominus* y quienes no lo son, nos resulta llamativo que nuestro legislador todavía hoy se decante ciegamente por estos últimos.

Se acude aún a la noción de la familia como parapeto insalvable tras el que se cobijan seguras las legítimas, pese a que la vida arroja muchos ejemplos donde el empleo del vocablo «familia» constituye un puro tecnicismo sin verdadera consistencia humana ni contenido afectivo o meramente

relacional, y donde las legítimas representan, precisamente, el último y único rescoldo familiar. En relación con esta cuestión, resulta especialmente certera la terminante frase del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que ya hicimos alusión en un apartado anterior: «No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales»[114].

Por fortuna, desde un punto de vista estadístico, seguramente las relaciones familiares cordiales, sustentadas en un enorme afecto y cariño, sean las más habituales. En esos casos, rara vez el testador no dejará a sus hijos más, incluso, de lo que les corresponde por legítima[115], pues, tal y como sentenció PLATÓN, «donde reina el amor, sobran las leyes». Ciertamente, tiene razón CARRASCO cuando afirma que mayoritariamente se cumple la —por él denominada— «ley de la naturaleza», de tal modo que los progenitores suelen dejar su patrimonio a sus hijos, con independencia de la existencia de la legítima de los descendientes[116]. Mas no podemos obviar que los casos de desatención y desinterés por los ascendientes se presentan, lamentablemente, cada vez con una mayor frecuencia[117]. Como directa consecuencia de tal circunstancia, nuestro Alto Tribunal se ha visto forzado a hacer una interpretación extensiva de las causas de desheredación (si bien niega hacerlo, dados los importantes problemas de técnica jurídica que ello plantea), por una evidente razón de justicia material, que se puede encontrar más veces de las deseables[118]. Asimismo, en el marco de la pandemia declarada en marzo del año 2020, se multiplicaron los intentos —exitosos o no— de desheredación, como directa consecuencia del abandono que miles de personas mayores han padecido por parte de sus familiares[119].

Preservar las legítimas supone desamparar al testador, quien se ve abocado a un reparto patrimonial que potencialmente difiere de su voluntad real, que por lo general no ha resultado captada ni intoxicada, sino que responde inequívocamente a sus concretas circunstancias, que pueden ser penosas. En realidad, el sistema de legítimas únicamente tutela a sus hijos (o ascendientes, en el caso de no tener descendientes), y desdeña por completo al causante.

A pesar de ello, aseveraba ALONSO MARTÍNEZ, de modo lapidario, que la *[sic]* «naturaleza ha hecho esencialmente iguales á los hermanos, y la hace violencia la ley que les otorga derechos diferentes»[120]. A nuestro juicio, la aplicación indiscriminada de esta solución resulta inicua, ya que coincidimos con la reflexión ofrecida por Joaquín COSTA[121], cuando denunció que obligar a dejar la misma cuantía a todos sus hijos no es sino una *[sic]* «igualdad mecánica, algebráica, abstracta, enteramente ilusoria», que vulnera el trato equitativo a aquellos.

Suele proclamarse que lo justo no es dispensar a todas las personas el mismo trato, sino hacerlo con quienes se hallen en las mismas condiciones. Porque otorgar idéntico trato a sujetos que están en situaciones disímiles constituye una enorme injusticia. En suma, es lo que propicia el sistema de legítimas, pues el mismo derecho confiere a un hijo único que cuida y atiende a sus progenitores, que a uno que no conserva relación ni lazo afectivo alguno con ellos (siempre que no llegue al extremo de incurrir en una de las difícilmente alcanzables causas de desheredación). La solución no puede radicar en la institución visigoda de la mejora, que autoriza mostrarse más «generoso» con los descendientes más queridos, ya que, aunque reduce en cierta medida la injusticia, no evita que resulten beneficiados descendientes que quizás nada merezcan; y, como vimos que señalaba Concepción ARENAL en relación con la disminución del número de legitimarios, si bien ello redunda en la reducción de las proporciones del mal, no lo erradica. Por otra parte, obviamente, la figura de la mejora no entrará en juego cuando exista un solo descendiente, así como en el caso de ser legitimarios los ascendientes.

El Código Civil no diferencia escenarios, ni permite al testador distinguirlos, al «petrificar» y convertir absurdamente en idéntico y permanente un deber que la conciencia dibuja como relativo y variable, según explica GINER DE LOS RÍOS[122]. En este inquebrantable marco, la realidad reiteradamente nos muestra innumerables casos de concesión de legítimas estrictas, donde el testador no ha desheredado al legitimario porque, pese a su reprobable actitud, no ha incurrido en una de las rigurosas (y de rígida interpretación) causas de desheredación. Según explica VALLET, el Derecho navarro y el Fuero de Ayala consagran la libertad de testar porque en ellos se presupone que si un progenitor no «deja el caserío» a uno de sus hijos «será por razones muy evidentes o graves»[123]. Compartimos la reflexión del último autor citado, cuando advierte que cuando un progenitor no defiere sus bienes *mortis causa* a sus hijos, habitualmente se debe a la existencia de una «patología en la *pietas familiar*, que no debe ser ficticiamente restaurada por el Derecho»[124].

4. Abandono de la percepción del testador como persona «incapaz»

Uno de los argumentos que con mayor éxito esgrimen los partidarios de las legítimas es su caracterización como mecanismo infranqueable, en la práctica, frente a la captación de la voluntad de los testadores de edad avanzada[125]. A nuestro modo de ver, tratar al causante como a una persona virtualmente incapacitada con carácter general, supone un atropello conceptual y jurídico. Además, se cohonesta realmente mal con la actual

tendencia a la erradicación de la incapacitación en nuestra legislación, a raíz del Convenio de Nueva York de 2006 y, especialmente, de la Ley 8/2021.

Según nuestra opinión, no parece razonable permitir a las personas celebrar contratos potencialmente poco rentables o perjudiciales, o que carecen de sentido, y, por otra parte, limitar «por su propia seguridad» su libertad de testar (en realidad, por la seguridad de sus legitimarios). En este sentido, por ejemplo, un nonagenario sin carnet de conducir tiene capacidad y poder de disposición bastantes para comprar —quizás con medidas de apoyo— un vehículo deportivo por 120.000 €, cuyo valor disminuirá desde el mismo día en el que sale del concesionario, aun cuando su propia percepción de la vida pueda encontrarse distorsionada. Por el contrario, se priva con carácter general a toda persona de cualquier edad, aun con sus facultades intelectuales intactas, de la facultad de decidir el destino de su patrimonio tras su fallecimiento, con el pretexto de protegerla frente a una eventual captación de su voluntad. Este panorama carece por completo de sentido, especialmente, si tomamos en consideración que mientras que los negocios jurídicos *inter vivos* pueden irrogar un enorme perjuicio a este individuo, su testamento, por definición, jamás podrá menoscabar sus intereses, sino los de sus legitimarios. Gozar de plena libertad para decidir en vida a título oneroso sobre el destino de su patrimonio[126], y verse amarrado por los rígidos límites delineados por las legítimas parece paradójico, así como una incongruente extensión sobre todos los testadores de un virtual manto de presunción general *iuris et de iure* de falta de capacidad.

Dado que algunas personas pueden ser víctimas de la captación de su voluntad, parece que la solución adoptada consiste en arrebatar la libertad a todos los testadores, pese a que el problema radica en los casos patológicos, que afortunadamente son minoría. Si pretendiéramos ser coherentes con esta desatinada medida de política legislativa, debería también vedarse con carácter general el *ius connubii*, puesto que algunas personas pueden resultar engañadas para contraer matrimonio, cuando el otro contrayente únicamente presenta un interés patrimonial y falta todo afecto conyugal; al menos, a partir de cierta etapa de la vida, o cuando la diferencia de edad entre ambos consortes sea considerable. En definitiva, se propagaría la sombra de la sospecha sobre todos los titulares de cualquier derecho, de tal modo que, en aras a evitar riesgos, la medida escogida sería arrebatar o restringir férreamente el ejercicio de los derechos mismos con carácter general. Tal y como opuso GINER DE LOS RÍOS a los partidarios de las legítimas, vedar la libertad de las personas por temor a la posibilidad de que el testador perpetre abusos «equivale a sustituir una injusticia posible con otra segura»[127]. Lo mismo cabría oponer, según nuestro parecer, frente a quienes patrocinan el mantenimiento de las legítimas con el propósito de impedir la captación de la voluntad del testador.

En realidad, como atinadamente observa MAGARIÑOS[128], el riesgo de «influencias afectivas» está presente en cualquier ámbito de la vida, de tal manera que en el ámbito testamentario el legislador trata de solventar esta cuestión «con la aplicación generalizada de un instrumento jurídico excesivo e inadecuado», a pesar de que el ordenamiento jurídico contempla «medios equilibrados y apropiados para ello»: v.gr., la indispensable función notarial de asesoramiento y control en la testamentifacción, así como el cauce judicial. En suma, no nos enfrentamos más que a problemas de capacidad y de voluntad viciada, como puede acontecer en cualquier otro tipo de negocio jurídico. Cabría plantear, no obstante, la instauración de un refuerzo del control previo que permitiera asegurar, con mayor certeza, que en el testamento se manifiesta una voluntad libre de todo vicio, si bien únicamente cuando se tratara de personas en situación de vulnerabilidad. El propio ordenamiento jurídico ha ofrecido soluciones *ad hoc* en otros ámbitos, cuya esencia radica, en último término, en situaciones de riesgo parangonables a aquellas sobre las que hemos disertado en los últimos párrafos (v.gr., en materia de adquisición de productos financieros por consumidores).

En definitiva, la legislación debería responder a la contemplación y tutela de los deseos, intereses y necesidades de la mayor parte de los ciudadanos, sin perjuicio de configurar mecanismos singulares y extraordinarios que solventen los supuestos excepcionales[129].

5. La relativización de la legítima por el propio legislador

En nuestro Código Civil, el causante resulta prácticamente indiferente, y es reducido a la condición de mero instrumento al servicio de la familia. En este sentido, parece que el vigente régimen legitimario supone la exacerbada plasmación en el ámbito sucesorio de la reflexión que el Emperador romano MARCO AURELIO ofreció en el s. II d.C.: «lo que no es útil para la colmena, no es útil para la abeja». En gran medida, el patrimonio de las personas resulta configurado como familiar por nuestro Código, y no como personal[130].

A pesar de ello, dentro de las contadas reformas que el sistema de legítimas ha experimentado desde la promulgación del Código Civil, destaca la que permite al testador excluir la atribución de la legítima cuando existan hijos con cierto grado de discapacidad. Así pues, se atenúa la necesidad de dejar a alguien la legítima por el mero hecho del parentesco, y ello puede suponer la apertura de una espita para eliminar la propia legítima *ab radice*. Si se admite obviar la legítima del resto de parientes para atender a los hijos con discapacidad, seguramente quepa dar un paso

más, y prescindir de las legítimas, si bien con su instauración —o de un derecho de alimentos— únicamente cuando existan parientes próximos que las necesiten. Se ha transitado ya la primera parte del camino, que es la trascendental a nivel conceptual y sistemático de política legislativa, y contemplamos una sucesión donde una concreta situación ajena a la conducta del legitimario consiente soslayar su derecho. El peldaño más espinoso ya ha sido ascendido.

Recordemos que en 1981 se introdujo el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, si bien había de ser cimentado en unos concretos motivos legalmente tasados. Pocos años después, en el año 2005, recorrimos legislativamente la senda que separa el divorcio causal de la disolución casi inmediata del vínculo conyugal sin causa. No conviene olvidar nuestra tradición matrimonial y el secular carácter indisoluble de la unión conyugal en nuestro país, que seguramente gozó de un similar o, incluso, mayor y más sólido arraigo que las legítimas[131]. Si nuestro legislador hubiera observado en materia matrimonial la misma conducta que evidencia en relación con las legítimas, el matrimonio seguiría siendo forzosamente canónico, y su indisolubilidad en vida de los consortes constituiría una de sus esenciales características. Las reformas en materia de divorcio hacen patente que el ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible frente a las transformaciones sociales, y, una vez admitido que puede obviarse la legítima cuando existan hijos con determinado grado de discapacidad (para beneficiarlos, *ex* art. 808, párr. 4.º CC), no vemos ningún inconveniente insalvable en culminar la evolución legislativa, y admitir que no haya de aducirse una concreta causa para desheredar a un legitimario. No es, en absoluto, un sendero ignoto, pues son varios los ordenamientos donde existe libertad testamentaria, incluso, dentro de nuestro país, y no parece que haya dado lugar a los perniciosos escenarios que presagian los más firmes partidarios del mantenimiento del vigente régimen legitimario.

VI. LÍNEAS MAESTRAS DE UNA PROPUESTA DE REFORMA

Procedemos, a continuación, a esbozar de modo sucinto los trazos fundamentales de un posible sistema que, a nuestro modo de ver, se ajustaría en mayor medida al contexto y a las necesidades actuales. Asumimos que son numerosas las cuestiones que quedarían por concretar, y lo exponemos con el único ánimo de suscitar una más profunda y minuciosa reflexión que nos guíe, en cualquier caso, a la intensa reforma del actual régimen legitimario.

El punto de partida, desde una perspectiva puramente subjetiva, se hallaría en el reconocimiento de derechos sucesorios a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes.

1. Derecho sucesorio con naturaleza asistencial a favor de los descendientes

A) ¿Una opción realmente compleja?

Con independencia de concebir las legítimas con naturaleza asistencial o alimentaria, en caso de necesidad (a favor de menores, personas con discapacidad, parientes próximos en situación de solicitar alimentos)[132], si lo que se anhela es proteger las propiedades procedentes de una familia desde tiempos inmemoriales, una posibilidad consistiría en ampliar los supuestos legales de reservas. No obstante, entendemos que, si bien técnicamente sería compatible con la libertad de testar, resultaría sistemáticamente más lógico no incrementar dichas reservas[133], pues la *ratio* de una eventual reforma habría de estar presidida y guiada por el faro de la autonomía testamentaria.

Como consecuencia de todas las razones hasta ahora expuestas, estimamos que sería deseable bien erradicar las legítimas de los descendientes e introducir un derecho sucesorio de alimentos[134], o bien, directamente, transformar la propia esencia y naturaleza de la legítima de los descendientes, y dotarla de una naturaleza puramente asistencial o alimentaria[135].

No falta, no obstante, quien entiende que el sistema de las legítimas previstas para el caso de necesidad, como derecho de alimentos, resulta complejo y puede dar lugar a numerosos pleitos. Efectivamente, esta suerte de régimen exigiría —como atinadamente advierte VAQUER[136]— determinar el momento en el que habría de apreciarse el contexto de necesidad (si al fallecer el causante, o después de cierto tiempo), llevaría inherentes mayores costes de transacción, al propiciar un incremento en las consultas a abogados especialistas, así como una mayor litigiosidad familiar, y forzaría a suministrar pruebas referidas a «detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados».

Hemos de observar que, si bien este sistema implicaría ciertas actuaciones, comprobaciones y cálculos que ahora resultan en parte ajenos al ámbito sucesorio[137], no constituyen labores distintas de las que procede actualmente desenvolver en materia de derecho de alimentos (como se evidencia, por ejemplo, en los artículos 1368 a 1376 —en especial, en el artículo 1372— del Código Civil Federal de México, donde se contempla un deber de alimentos *post mortem*[138], en lugar de legítimas) y en los harto frecuentes supuestos de crisis conyugal[139]. Por consiguiente, a nuestro modo de ver, se trata de tareas con las que estamos familiarizados y perfectamente asumibles, de tal forma que no encontramos en ellas razones decisivas para dejarnos caer en la tentación de la simplicidad, con el evidente riesgo de perpetrar y consolidar injusticias.

El sistema actual no se caracteriza, precisamente, por su sencillez, dada la existencia de diversos aspectos que pueden propiciar una con-

siderable complejidad. Procedemos, a continuación, a aludir únicamente a una pequeña muestra de ellos: en primer término, el artículo 818 del Código Civil impone hacer un cálculo con delicadas actualizaciones de valor, como base de todo el sistema legitimario (el celebérrimo *relictum* más *donatum*, que obliga a computar contablemente todas las donaciones hechas a lo largo de la vida del causante a cualquier persona, con el evidente riesgo de obviar algunas de ellas por falta de documentación); no es extraño que, como consecuencia de varias sucesiones forzosas encadenadas en la misma familia, la pequeña y mediana propiedad —las más habituales— se resientan con los nada desdeñables inconvenientes propiciados por un progresivo mayor fraccionamiento del dominio sobre las mismas cosas, que se pueden traducir en malestar, divisiones, gastos, deudas, liquidaciones y ventas que las «enervan y destruyen»[140]; es posible que haya un usufructo vitalicio —en el caso de estar casado el causante—, que frecuentemente constituye un foco de conflictos[141]; hay diversas facultades de conmutar, que exigen cálculos, valoraciones y acuerdos; puede imponerse una sustitución fideicomisaria de residuo, *ex* artículo 808 del Código Civil, si algún legitimario se halla en situación de determinado grado de discapacidad, con los notables inconvenientes prácticos que de tal figura derivan; también en el caso de la discapacidad, habrá de valorarse la necesidad de quien se halle en tal situación y sea conviviente del fallecido, en aras a conferirle un derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la hipótesis contemplada en el párrafo segundo del artículo 822 del Código Civil; resulta imprescindible efectuar la siempre problemática imputación de liberalidades (cfr. arts. 825 y 828 CC); es necesario llevar a cabo la colación, que se presenta como realmente ardua en el caso de donaciones enormemente alejadas en el tiempo, no solo por la insegura actualización de su valor, sino también por la propia demostración de tales liberalidades; será ineludible determinar cuáles son colacionables, y cuáles son meras liberalidades de uso, según las específicas circunstancias económicas de cada familia; las legítimas pueden dar lugar a la reducción de donaciones por inoficiosas, con la dificultad que ello entraña (especialmente, por cuanto atañe a las donaciones realizadas hace muchos años); asimismo, pueden originar la reducción de legados; son frecuentes las cláusulas testamentarias donde se contiene la célebre «cautela socini», u otras que vulneran la intangibilidad cualitativa de la legítima, y, en ocasiones, nuestra jurisprudencia aprecia cierta coacción[142]; en los últimos años, como sabemos, se ha intensificado la confusa interpretación laxa de las causas de desheredación, de tal forma que se ha impregnado el sistema de inseguridad[143]; puede presentarse el espinoso problema de determinar si la preterición de alguno de los legitimarios es o no intencional, para concretar sus efectos[144]; etc.

Como cabe apreciar, el todavía vigente sistema legitimario de nuestro Código Civil presenta innumerables e intrincadas dificultades de orden tanto teórico como práctico. No en vano, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO —así como O'CALLAGHAN, entre otros— reconocen que en torno a casi todos los aspectos de la figura de la legítima, tal y como se halla configurada en el referido texto legal, impera el desacuerdo, la polémica y la diversidad doctrinal[145]. De hecho, es probable que la adopción de un régimen legitimario asistencial coadyuvara a la decisiva simplificación del actual sistema, que se halla colmado de farragosas y embrolladas cuestiones de capital trascendencia[146], y que hacen que sea una de las materias más litigiosas del Derecho de Sucesiones. En cualquier caso, si es la sencillez lo anhelado, conviene recordar que el genio jurídico desarrollado durante milenios no ha sido aún capaz de concebir un modelo más simple que el reconocimiento de la absoluta libertad de testar, sin siquiera reconocer la legítima en caso de necesidad. Obviamente, esta última solución traería consigo resultados indeseables, como dejar desamparados a los hijos menores de edad o en situación de discapacidad severa.

B) La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como tertium genus

En opinión de VAQUER, la concepción de las legítimas para escenarios de necesidad constituye «un choque excesivo con la tradición judicial española en la materia»[147]. Sin embargo, ya hemos hecho referencia a las enormes transformaciones experimentadas en nuestro ordenamiento en materias atinentes a lo más íntimo, a la familia, que se plasmaron pese a que supusieron una ruptura radical con siglos de tradición jurídica (v.gr., la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital; la supresión de la *dos* romana, que estuvo en vigor durante largo tiempo en el seno de nuestro Código; la admisión del divorcio; la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el reconocimiento de derechos a las uniones de hecho; la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; la fecundación y consiguiente paternidad *post mortem*; etc).

Se trata, pues, de una mera cuestión de prioridades, esto es, de política legislativa: ¿quién es merecedor de mayor tutela: la persona que ha generado el patrimonio durante su vida, o la que ha aprovechado esos bienes sin contribuir a su crecimiento? El deber de asistencia o solidaridad familiar, ¿se extiende más allá del óbito de las personas, incluso cuando sus familiares no precisen tal auxilio?

En primer término, hemos de establecer como premisa que la antítesis del sistema legitimario del Código Civil no es la concesión de un derecho

de alimentos a los parientes que lo precisen, sino la adopción categórica e incondicional de la libertad de testar. A nuestro modo de ver, resulta más prudente la visión aristotélica de la libertad, concebida como algo no absoluto o ilimitado, que propicia que el ser humano no pueda escoger, sin matices, lo que le plazca (en cierto modo, esta misma idea subyace en ROUSSEAU, cuando asevera: «Quand chacun fait ce qu'il lui plaît, on fait souvent ce qui déplaît à d'autres, et cela ne s'appelle pas un État libre»)[148]. La cuestión radica, naturalmente, en ubicar la frontera infranqueable por la libertad del causante. El egregio filósofo heleno, con carácter general, entendía que los sujetos no pueden tomar decisiones que contravengan lo dispuesto por las leyes de la Naturaleza, ni aquellas que sean nocivas para otros individuos. Mas, según nuestro criterio, concordante en este punto con el manifestado en la Edad Media por el Abad PANORMITANO y por MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat) a mediados del s. XVIII[149], las legítimas no vienen impuestas por tales leyes naturales, sino por las normas civiles. ¿Acaso se conducen *contra natura* en los diversos territorios —incluso españoles— donde no existen las legítimas? No parece que quepa ofrecer una respuesta afirmativa a tal interrogante, sino que nos hallamos, simplemente, frente a una cuestión de contingente política legislativa.

El reconocimiento de la libertad de decidir el destino del patrimonio propio, pero convenientemente restringida en los casos donde los parientes cercanos precisen auxilio económico en forma de derecho de alimentos, no solo constituye una incontestable plasmación de la tan manida «solidaridad intergeneracional» [cfr., v.gr., STS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562)][150], sino también una tercera vía intermedia, un *tertium genus*, que conjuga los dos antitéticos conceptos de «libertad» y «legítimas»[151].

Lo más oportuno es, generalmente, aproximarse al justo término medio, donde ARISTÓTELES identificaba la virtud («Virtus est medium vitiorum utrimque reductum», expresó ulteriormente HORACIO en sus *Epístolas*). Determinar dónde se halla ese «justo» término medio constituye una tarea de capital relevancia, y a ella hemos de entregar nuestros esfuerzos (establecer el momento para apreciar la necesidad, el grupo de parientes favorecido, el concepto de «necesidad», la duración de los alimentos, la conducta exigible a quien los percibe, etc). En definitiva, como hemos apuntado en párrafos anteriores, ha de desenvolverse la misma labor que se ha desarrollado en otros ámbitos, como puede resultar el del Derecho de Familia (en concreto, en los casos de crisis en matrimonios donde hay hijos menores). En suma, la solución de conferir este carácter asistencial a la legítima gozaría de la misma inspiración que el derecho de alimentos de los descendientes cuando sus progenitores se separan o divorcian: un derecho que perdura mientras sean personas en situación de discapacidad o menores de edad, que cabe

prolongar hasta que finalicen su formación y puedan ser independientes económicamente.

Como certeramente esgrime DÍEZ-PICAZO, la legítima «no ha tenido nunca por finalidad mantener al legitimario en el mismo nivel social o en el mismo estrato en que estuviera su familia de procedencia»[152]. Ya expusimos con anterioridad que se cimentó en el *officium pietatis* y, en definitiva, en la indeterminada noción de la «solidaridad familiar». Según observa BARRIO, el deber de alimentos —que hace siglos recorrió el camino que media entre el deber moral y el jurídico— halla sus cimientos en el cariño y en la caridad en el seno familiar, y su génesis y fundamento no dista demasiado de lo que constituyó la legítima. Esto es, no difería mucho del *officium pietatis*, al que resultaba consustancial un concepto «híbrido» entre deber y piedad, y entre responsabilidad y caridad. De hecho, según pusimos de relieve en un apartado anterior de este trabajo, en nuestro país se ha invocado el principio de solidaridad familiar e intergeneracional como fundamento jurisprudencialmente reconocido del deber de alimentos [cfr., entre otras, SSTS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562), 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4443) y 19 de febrero de 2019 *(RJ* 2019, 497)]. El último autor citado apunta que, pese al actual deslinde conceptual entre la legítima y el derecho de alimentos, al compartir antecedentes históricos, cabe admitir «trasvases conceptuales» entre sendas instituciones y plantear, incluso, una futura fusión fructífera entre las mismas[153]. En esta misma línea, MANRESA puso también de relieve los íntimos lazos entre el derecho de alimentos y la legítima, al aseverar que ambas instituciones representan *[sic]* «dos formas distintas de un solo é idéntico deber: el de la *mutua asistencia* entre padres é hijos». Dado que dicho deber de asistencia se satisface con sendas figuras, este último autor no ve dificultad en sustituir la legítima por un derecho de alimentos durante un tiempo determinado: «¿por qué se ha de privar al legislador de la libertad de combinarlas [las instituciones de la legítima y del derecho de alimentos] como mejor le parezca?»[154].

A lo largo de este trabajo hemos expuesto nuestro firme convencimiento en torno a la radical transformación de las coordenadas en las que despliega su eficacia una institución que, en nuestro ordenamiento, resultó conceptualmente configurada hace aproximadamente catorce siglos. Dado que realidades más antiguas y con mayor arraigo en la intimidad personal, como pueden ser las relaciones familiares, sentimentales o de pareja, han experimentado intensas mutaciones o evoluciones jurídicas a lo largo de los milenios, como directa consecuencia de los formidables cambios sociales, económicos y culturales desenvueltos a través de la Historia, parece evidente que el mismo concepto de legítima —tan ligado, por cierto, a tales relaciones familiares— debe ser replanteado.

No alcanzamos a comprender la tenaz resistencia al desarrollo de una profunda revisión de una institución que, tal y como hemos apuntado, fue ya firmemente contestada en tiempos pretéritos. Especialmente, si tomamos en consideración que podemos hallar ordenamientos donde tradicionalmente no ha existido la legítima, incluso, dentro de nuestro país, de tal forma que resulta obvio que no se trata de una figura ni mucho menos inconcusa. Si hay legisladores en nuestro país que durante siglos han entendido que las legítimas no constituyen un elemento indispensable o idóneo en aras a alcanzar la solidaridad familiar, ¿qué razón impide transformar la esencia de la propia *portio debita*, para dotarla de una nueva configuración, y propiciar que resulte más útil y razonable para atender las necesidades presentes en el s. XXI? No proponemos, siquiera, su total erradicación, pese a que conceptualmente lo vemos posible, sino su honda transformación y el abandono de las señas de identidad de las que —como ponía de relieve DÍEZ-PICAZO— ha gozado invariablemente en nuestro ordenamiento.

Rechazar, *ab radice*, esta solución por su complejidad, y arrojarse a los brazos del continuismo —acaso con una reducción de las cuotas fijas legitimarias— supondría una burda oda y concesión a la comodidad, aun con el evidente riesgo de provocar una íntima sensación de injusticia no solo en el propio testador, sino también en algunos de sus legitimarios. Estos últimos pueden deducir que tienen los mismos derechos legalmente reconocidos que otros parientes que no lo necesitan, o bien no lo merecen por su conducta en relación con el causante[155].

A nuestro juicio, a diferencia de lo que propugna el *Bundesverfassungsgericht*, el concepto de *Familiensolidarität* únicamente debería franquear la frontera de la muerte y extenderse más allá de la vida del vinculado por aquel, cuando sus parientes se hallaran inmersos en un escenario de necesidad. Si no se verificaran estas circunstancias, parece más razonable la posición de Concepción ARENAL[156], quien incluye entre los deberes de los progenitores en relación con sus hijos —como algo altamente filosófico y equitativo— «alimentarlos, *enseñarlos, darles buen ejemplo y estado competente a su tiempo*», mas no «dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos».

Esta autora manifiesta que extrae expresamente tales ideas del catecismo de la Iglesia Católica, y entiende que dicho mandato resulta «claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a los hijos, sostener su cuerpo; darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu; darles estado, educar su inteligencia, y por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que puedan y quieran trabajar con fruto, y sean hombres honrados, dichosos cuanto es posible, y útiles a la sociedad». De todo ello infiere, como colofón, la siguiente sentencia: «Ningún hijo, en razón, puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto, podrá darle más porque *quiera*, no porque le *deba* ya cosa alguna». En parecidos términos se había manifestado,

durante la Ilustración, el jurista y filósofo galo MONTESQUIEU, en su celebérrima obra *«El espíritu de las leyes»*, al proclamar: «La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants; mais elle n'oblige pas de les faire héritiers»[157].

En relación con estas reflexiones de los mencionados pensadores, cabe advertir que el causante destina durante toda su vida, por la función social inherente a la propiedad, gran parte de sus recursos a la sociedad (a través de impuestos), así como a su familia (como consecuencia del deber de alimentos y del levantamiento de las cargas familiares). No parece razonable, pues, que lo poco —o mucho— que le reste después de cumplir pulcramente todos estos deberes como ciudadano y como perteneciente a un grupo familiar, se halle todavía vinculado, en su mayor parte, a un destino legalmente predeterminado. Ciertamente, los réditos de la actividad a la que un sujeto destina la mayor parte de su tiempo (trabajar) revierten principalmente en la Administración y en su propia familia, pues la persona media consume en el levantamiento de las cargas familiares gran parte de los recursos que le restan tras satisfacer cuantiosas tasas e impuestos. A pesar de ello, si pretende distribuir libremente *mortis causa* su patrimonio remanente, soporta el reproche de parte de la sociedad, que lo califica peyorativamente como «individualista» (así lo hace, entre otros, GIL Y ROBLES)[158]. En este sentido, MIQUEL valora a quienes desacreditan la legítima como «ultra liberales individualistas que promueven la acumulación de la riqueza»[159]. En cambio, según PANTALEÓN, los tradicionales argumentos empleados para sostener la libertad de testar resultan paradójicamente antiliberales, pues se ha sostenido que facilita que se conserven unidos los patrimonios familiares, y que vigoriza la autoridad paterna[160]. En este contradictorio contexto, brota espontáneamente un interrogante: ¿acaso son los navarros[161] y los vascos regidos por el Fuero de Ayala sujetos abominables y egoístas exacerbados, por el hecho de gozar de libertad de testar?

Si observamos con frialdad los deberes que a todo ciudadano afectan durante su vida en relación con su patrimonio, y lo unimos a las enormes limitaciones de disponer del mismo *mortis causa*, la tan proclamada presunción de libertad del derecho de propiedad, así como la facultad de disposición que tiene el propietario se nos presentan prácticamente como una entelequia; como un anhelo inalcanzable en nuestro vigente ordenamiento[162].

En otro orden de cosas, no conviene finalizar este apartado sin poner de relieve que, tal y como observa BARRIO[163], la contemplación de un derecho sucesorio de alimentos (o legítima asistencial) en lugar del vigente régimen legitimario no supondría una ruptura radical con nuestra propia tradición jurídica. En relación con esta advertencia, es cierto que en el antiguo artículo 845 del Código Civil[164] se disponía: *«Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales, solo tendrán derecho a los alimentos. La obligación del*

que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad» (resultó modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Este precepto no era, en absoluto, de nuevo cuño en la época de la Codificación, sino que se hallaba conectado con las Leyes de Toro[165].

2. El cónyuge viudo

Por cuanto al cónyuge se refiere, resulta llamativa la honda preocupación de la que hace gala el legislador en el Código Civil en relación con los consortes cuando la ruptura de su vínculo conyugal se verifica en vida, en contraste con su sobria mirada hacia ellos como viudos legitimarios[166]. Parecen ser concebidos como sucesores de inferior condición, al ser instituidos como usufructuarios de una porción variable, en lugar de como plenos propietarios; dicho usufructo, por otra parte, podría finalmente recaer sobre una parte escasamente fructífera de los bienes y derechos del finado[167]. Tal actitud habría de llevarnos a cuestionarnos si merece una mayor atención el cónyuge cuando deja de serlo en vida, como resultado de una situación patológica del matrimonio, que cuando el vínculo se extingue por la muerte de uno de ellos, y los consortes han mantenido su matrimonio como *consortium omnis vitae*, de tal forma que se han auxiliado y apoyado material y espiritualmente hasta el final de sus días. En otro orden de cosas, el usufructo del viudo puede llegar a ser de escasa entidad si el supérstite fallece poco después que su cónyuge.

Cabría pensar que si bien al legislador le preocupa la subsistencia del cónyuge con menos recursos si el matrimonio se rompe voluntariamente en vida, cuando este se extingue por la muerte de uno de los consortes, lo que le inquieta es que el viudo no se enriquezca y, sobre todo, que no lo hagan los sucesores del supérstite cuando este posteriormente fallezca.

En aras a aproximarnos a la coherencia sistemática, en los casos de fallecimiento de una persona casada, una posible solución radicaría en establecer una suerte de «pensión compensatoria», más que una legítima propiamente dicha, cuando esta muerte coloque al viudo en un nivel inferior al que mantenía en vida del finado. En definitiva, esta compensación trascendería del concepto de mero alimentista por razón de la necesidad (si bien tal escenario también debería ser atendido), pero no concedería un derecho patrimonial incondicional completamente ajeno a las circunstancias económicas tanto del matrimonio como del viudo[168]. De hecho, podemos identificar en nuestro país un ejemplo de este sistema de legítimas conyu-

gales: la *cuarta vidual* catalana (que, en cierta medida, tiene su fundamento en la Novela LIII-cap. VI de JUSTINIANO)[169].

A nuestro modo de ver, esta solución se compadece, desde el punto de vista lógico y sistemático, con las consecuencias patrimoniales de la ruptura del vínculo conyugal en vida, y con la compensación a la que potencialmente tienen derecho los miembros del disuelto matrimonio: se aproximarían las consecuencias de todas las hipótesis de ruptura del vínculo conyugal. Esta proposición, junto con la concepción de la legítima de los descendientes (y ascendientes) con carácter alimentario, nos llevan a pensar que quizás las respuestas más razonables o justas las ofrezca el Derecho de Familia[170]. Concretamente, las soluciones construidas en el marco de las consecuencias económicas de la separación y del divorcio. No conviene obviar que, a pesar del carácter sucesorio del derecho de legítima, se trata de un instituto jurídico sustentado en el voluble concepto de «familia», que se encuentra íntimamente sometido al impetuoso embate de las transformaciones sociales y culturales.

A nuestro juicio, esta solución tutelaría satisfactoriamente los intereses del cónyuge viudo, quien vería garantizado no descender el nivel de vida del que venía disfrutando durante la vigencia de su matrimonio. Por otra parte, se evitarían situaciones poco razonables, en las que el viudo recibiría «forzosamente» una parte del patrimonio de su cónyuge premuerto, a pesar de gozar de una situación económica considerablemente mejor que la de este.

No obstante, ROCA TRÍAS[171] se muestra contraria, incluso, a esta concepción de la legítima del viudo, pues entiende que este ya ha participado en vida en la riqueza generada constante matrimonio, de conformidad con las normas del régimen económico matrimonial que rigiera dicha unión conyugal, con independencia de si ha contribuido o no el supérstite en la generación de tal patrimonio. No solo en el caso de los regímenes de comunidad (v.gr., gananciales), sino también en las hipótesis de separación de bienes con compensación del trabajo doméstico (cfr. art. 235-5 CC catalán, que confiere dicho derecho, incluso, cuando la extinción del régimen se verifica por el fallecimiento de uno de los consortes). En todo caso, esta autora entiende que no es «moralmente explicable» que quien ha obtenido la mitad de lo adquirido durante un régimen de comunidad, tenga derecho como cónyuge viudo, además, «a una especie de pensión compensatoria en forma de legítima vidual» (solo lo admitiría, eventualmente, cuando la riqueza no tenga su origen en el trabajo de su consorte, sino en bienes ajenos a la comunidad de bienes conyugal, «porque en realidad el régimen de bienes no ha producido la participación del otro cónyuge»).

Por consiguiente, esta construcción erradica toda clase de derecho legitimario, sea cual fuere su configuración, a favor del cónyuge viudo. Si atendiéramos cumplidamente la fundamentación ofrecida por la mencionada autora, la congruencia impondría, paralelamente, la supresión total de la pensión compensa-

toria en las hipótesis de ruptura o relajación del vínculo matrimonial en vida (salvo si la riqueza no procedía del trabajo del otro esposo). No parece lógico negar todo derecho al viudo sobre el patrimonio de su cónyuge premuerto, por el mero hecho de haber recibido ya parte del mismo (común) al liquidarse el régimen matrimonial, mientras se le concede a un esposo una pensión compensatoria en el caso de una crisis conyugal, pese a haber recibido en igual medida parte del patrimonio de su consorte en la consiguiente liquidación. No sería razonable ni justo dispensar peor trato a quien involuntariamente ve roto su vínculo matrimonial por el fallecimiento de su consorte, que a la persona cuyo matrimonio se ha disuelto o relajado como consecuencia de una crisis conyugal que directamente ha hecho desaparecer la *affectio maritalis*. En definitiva, si excluimos la legítima del viudo concebida para evitar la disminución de su nivel de vida, debería también desterrarse la propia institución de la pensión compensatoria en las hipótesis de ruptura o relajación del vínculo matrimonial. Si bien es cierto que en nuestra práctica jurisprudencial son progresivamente más frecuentes los pronunciamientos donde la mencionada pensión resulta muy limitada cuantitativa y temporalmente, y, por lo tanto, la relevancia de tal institución ha decaído de modo sensible, el artículo 97 de nuestro Código Civil supone todavía una barrera infranqueable para su abolición.

En tanto dicho precepto continúe vigente, entendemos que la congruencia no autoriza la eliminación de la legítima vidual, si bien sí consiente su disposición con los referidos tintes compensatorios. En cualquier caso, nada hace presagiar que esta configuración supondría en la práctica un perjuicio para los cónyuges, ya que entendemos que no alteraría la tradicional tendencia en materia testamentaria, en cuya virtud lo habitual es que los consortes anhelen atribuirse recíprocamente lo máximo posible *mortis causa*. En este sentido, el testamento más frecuente actualmente, según pone de relieve el propio Consejo General del Notariado, es el vulgarmente conocido como: «Del uno para el otro, y después para los hijos»[172].

La transformación de la legítima del viudo en una eventual «pensión compensatoria» no provocaría que los causantes casados obviaran a sus cónyuges en sus testamentos, sino que aquellos continuarían la línea secularmente seguida, y tratarían de dejar lo máximo posible a su consorte. En realidad, si concibiéramos la legítima de los descendientes y ascendientes con carácter alimentario en caso de necesidad, «lo máximo posible» aumentaría de manera sobresaliente[173].

3. ¿Debe suprimirse la condición de legitimarios de los ascendientes?

Por cuanto a los ascendientes del finado se refiere, resulta notorio que la mayor parte de la doctrina propugna su exclusión del grupo de legitimarios.

Incluso, muchos de los defensores de la propia institución de la legítima, pese a mostrarse tenazmente renuentes a la honda modificación de nuestras normas atinentes a la sucesión forzosa, acceden a la supresión de su cualidad de legitimarios[174]. Por consiguiente, a tenor de este criterio mayoritariamente defendido, los ascendientes resultarían excluidos del régimen de legítimas, si bien ello no sería óbice para que conservaran el derecho de reversión reconocido en el vigente artículo 812 del Código Civil y, eventualmente, su condición de reservatarios a tenor del artículo 811 del mismo cuerpo legal.

Esta opción de política legislativa no parece incoherente en el marco de las posturas restrictivas o, incluso, supresoras de las legítimas. A pesar de adscribirnos con convicción a dicha línea doctrinal, entendemos que los datos estadísticos que expusimos en un apartado anterior de este trabajo invitan, al menos, a efectuar una reflexión en torno a la razonabilidad y conveniencia de prescindir de los ascendientes en el elenco de legitimarios. En este sentido, según apuntamos, la Estadística evidencia que, lejos de beneficiarse del trabajo y de la contribución económica de sus descendientes, es muy habitual que los progenitores sostengan y costeen los estudios y la carrera profesional de sus hijos más allá de los treinta años. Así pues, el esfuerzo de los progenitores supera con enorme amplitud la barrera de la mayoría de edad de sus hijos.

Tal circunstancia provoca que nos cuestionemos si la completa supresión de los ascendientes del sistema legitimario resulta razonable, incluso, cuando se hallan en situación de necesidad. A nuestro modo de ver, el referido sacrificio por procurar formación a los hijos (en palabras del legislador catalán en el preámbulo de la Ley 10/2008 transcritas en un apartado anterior) y por sostenerlos mucho más tiempo del legalmente exigible, se compadece mal con su exclusión como titulares de un derecho en la sucesión de sus descendientes cuando se encuentran en situación de necesidad. Por consiguiente, entendemos que habría de configurarse una legítima similar a la que proponemos para los descendientes, es decir, con naturaleza asistencial.

No obstante, en nuestra opinión, este derecho de los ascendientes en la sucesión de un descendiente no debería gozar de virtualidad en el caso de haber otros alimentantes vivos (*ex* art. 143 CC) y con posibilidad económica de prestar alimentos. Por lo tanto, esta suerte de derecho sucesorio tendría carácter subsidiario. En la práctica, consideramos que, así configurada, la legítima de los ascendientes gozaría de poca trascendencia, pues debería agotarse primero la vía del derecho de alimentos *inter vivos* regulada en nuestro Código (cfr. arts. 142 y sigs. CC). Asimismo, si bien es cierto que no podemos (ni debemos) obviar los casos de situación económicamente angustiosa de algunas personas mayores, también es patente que resulta bastante habitual que las personas con edad avanzada hayan satisfecho ya por completo el precio de su vivienda, y sean beneficiarias del sistema de

previsión social, de tal forma que sus necesidades se encuentran satisfechas. De este modo, para que entrara en juego la legítima de los ascendientes que proponemos, habrían de concurrir las dos circunstancias: la situación de necesidad no cubierta por el sistema, y la inexistencia de alimentantes vivos y con posibilidad económica de prestar alimentos.

Por lo tanto, este tipo de legítima tendría una virtualidad práctica bastante limitada, sin necesidad de arrebatar la condición de legitimarios a los ascendientes, mientras que, por otra parte, no dejaría abandonados a su suerte en caso de necesidad a esos ascendientes que, a tenor de los datos estadísticos, seguramente habían destinado una parte muy importante de su esfuerzo al sostenimiento y formación del descendiente causante durante más años de los exigibles. El deber de alimentos se extingue, en virtud de lo preceptuado en el artículo 150 del Código Civil, *«con la muerte del obligado»*, de tal modo que un ascendiente que carezca de otros potenciales alimentantes, quedaría absolutamente desamparado si no le reconocemos un derecho de alimentos en la sucesión de su descendiente.

En el caso de concurrir con los descendientes y con el cónyuge viudo del causante, entendemos que lo más adecuado sería aplicar un sistema parcialmente inspirado en el trazado por nuestro legislador en el tercer párrafo del artículo 145 del Código Civil, en sede del deber de alimentos *(inter vivos)*, aunque con ciertas diferencias. No debería tratarse, por consiguiente, del exacto trasunto *post mortem* del derecho de alimentos *inter vivos* regulado en los artículos 142 y sigs. del Código Civil.

En primer término, según nuestra propuesta, si el patrimonio del causante resultara bastante, podrían exigir su legítima asistencial, al mismo tiempo, tanto los descendientes como los ascendientes que se encuentran en situación de necesidad, siempre que no gocen de otro modo de atender tales carencias. En esta misma línea, PANTALEÓN —firme partidario de las *legítimas de alimentos*— estima que estas deberían gozar del contenido y cuantía que se recogen en los artículos 142 y 146 del Código Civil, y que la de los descendientes no excluiría forzosamente el derecho alimentario de los ascendientes[175]. Incluso, si el caudal relicto todavía lo permitiera, también debería poder solicitar el cónyuge viudo la compensación *mortis causa* que hemos propuesto en el apartado anterior. Es decir, nos parece más lógico atender, en primer término, las situaciones de penuria de los descendientes y ascendientes, si el patrimonio del causante no admitiera la plena satisfacción de las mismas y de la eventual compensación al consorte supérstite. Pero, ¿qué ocurriría si el cónyuge viudo se hallase, asimismo, inmerso en un escenario de severa insuficiencia patrimonial, y no en un mero descenso de su nivel de vida anterior? A nuestro modo de ver, si carece de otra vía para solventar tal situación, debería también poder exigir su derecho sucesorio asistencial, con preferencia, en todo caso, sobre los ascendientes del

causante. En las hipótesis de coincidencia de la situación de necesidad del viudo y de los descendientes, entendemos que lo razonable sería dar preeminencia, con carácter general, al cónyuge; si bien, en similares términos a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 145 del Código Civil, si la necesidad del viudo concurre con la de un hijo sujeto a la patria potestad o —añadimos— en una situación de discapacidad considerable, debería considerarse preferente el derecho de este último.

En suma, si el patrimonio puede atender tanto la situación de necesidad de los descendientes y de los ascendientes que no pueda ser resuelta por otra vía (v.gr., por el derecho de alimentos de los arts. 142 y sigs. CC), como la compensación del cónyuge que ha empeorado en su nivel económico como consecuencia de haber enviudado, debería afrontarlo. En el caso de no haber suficiente caudal relicto para cubrir dichos derechos, únicamente habrían de cubrirse los estados de necesidad, y, solamente si hubiera un excedente, satisfacer en lo posible la compensación a la que pudiera eventualmente tener derecho el viudo. En relación con los contextos de estricta precariedad e insuficiencia, hemos precisado que lo razonable sería que se trataran de cubrir, con carácter prioritario, las necesidades de los hijos sometidos a la patria potestad o que se hallen en una situación de discapacidad importante. A continuación, habrían de ser atendidas las del consorte viudo; posteriormente, las del resto de descendientes, y, en último lugar, las de los ascendientes. En cada uno de estos dos últimos casos, habrían de gozar de primacía los de grado más próximo sobre aquellos cuyo parentesco sea más lejano.

VII. COLOFÓN

Pese a que, como hemos evidenciado, había voces autorizadas que cuestionaban la institución legitimaria ya en siglos anteriores, en el momento actual es realmente sencillo constatar lo obvio: las coordenadas han variado sustancialmente en nuestro país, y no lo han hecho en un sentido favorable a las legítimas. Incluso, los más firmes defensores de esta figura llegan a admitirlo, y un sector importante de ellos contempla la posibilidad de abordar la modificación de su regulación en el Código Civil, a imagen de lo que ha acontecido en otros ordenamientos. Hemos de recordar, una vez más, la libertad de testar que existe ya en algunos territorios españoles (Fuero de Ayala y Navarra), que nos enseñan que poco hay que temer.

Naturalmente, es posible no mostrarse satisfecho con los cambios experimentados en la sociedad y, como efecto directo de ello, en la familia; cabe apreciar, en esta línea, que son numerosas las personas que sienten cierta añoranza por algunas de las señas de identidad o circunstancias inherentes

tanto a la sociedad como a la familia de hace treinta o cuarenta años. Pero resulta de todo punto inconcebible negar tales transformaciones. Como consecuencia del nuevo escenario, tampoco parece tener sentido rehusar la necesidad de modificar el régimen de legítimas de nuestro Código Civil. Ni tan siquiera postergar su reforma.

Sin embargo, nuestro legislador sigue dando muestras de desidia y de una exasperante inercia, de tal forma que consiente la pervivencia de un régimen milenario desfasado y actualmente injusto, en un flagrante incumplimiento de la labor que se le ha confiado mediante lo que ROUSSEAU denominó el «contrato social»[176]. Sin ningún género de dudas, nos hallamos frente a un régimen obsoleto en nuestro Código Civil, cuyo vigor no descansa ya en una incontrovertible *opinio iuris*, sino que carece del respaldo social que debería precisar la «plena juridicidad sustantiva de una norma jurídica»[177]. No podemos desdeñar la concepción del Derecho como «el arte de lo justo» —o equitativo—, definido por CELSO (y asumido por ULPIANO; D. 1, 1, 1) como *«ars boni et aequi»*.

VIII. CONCLUSIONES

I. La autonomía privada de la voluntad constituye uno de los cimientos del Derecho Privado, como institución estrechamente vinculada a la propia idea de «libertad». Su plasmación en el ámbito sucesorio se halla representada por la autonomía testamentaria. No obstante, las restricciones al testador impuestas en el Código Civil español son numerosas y vigorosas, de tal modo que resulta quimérico hablar de autonomía testamentaria. Históricamente, las legítimas han representado la limitación más importante en el marco del *Civil Law*, mas, pese a su eventual idoneidad a lo largo de numerosos siglos, no parece coherente mantener tamaña restricción a la voluntad *mortis causa* en una época en la que se trata de dotar al individuo del mayor abanico posible de libertades personales.

II. La legítima no es un instituto de Derecho Natural, y ha sido fuertemente contestada a través de los siglos; por ejemplo, emergieron elevados debates en torno a esta figura en la época del *ius commune*, así como durante la Codificación. En los últimos tiempos se ha intensificado la polémica sobre esta controvertida figura, y hallamos el caldo de cultivo propicio para un profundo replanteamiento de esta materia. Incluso, a dicha labor se instó desde el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación en 2019.

III. La Historia actúa siempre de maestra, para bien o para mal, pero ello no debe hacernos sentir perennemente atados por las razones y soluciones sabiamente perfiladas hace siglos. De hecho, la legítima surgió en

una época tardía del Derecho Romano, sustentada en el *officium pietatis*, tras una tradición secular de libertad testamentaria. El sistema legitimario de nuestro Código Civil es el producto de un largo proceso de decantación de materiales jurídicos históricos de raigambre romana, germánica y canónica. Aunque ha habido lógicas y necesarias reformas posteriores, las líneas maestras de nuestro régimen de legítimas fueron culminadas por los visigodos en el s. VII.

IV. Las legítimas no tienen, en nuestro país, fundamento constitucional (ni en el artículo 33.1 ni en el artículo 39 CE). En caso contrario, el Derecho navarro y el Fuero de Ayala resultarían inconstitucionales, al consagrar la libertad de testar.

V. La mera reducción del número de sucesores forzosos o de la cuantía de las legítimas supondría un simple retoque cosmético, pues haría que el mal tuviera menores proporciones, pero seguiría presente.

VI. La protección de la familia, así como la solidaridad familiar e intergeneracional son tradicionalmente aducidas como fundamento de las legítimas. Sin embargo, sus patrocinadores parecen olvidar la ineludible exigencia de esos mismos cánones a los legitimarios en vida del causante. Obviar esta reciprocidad supone, en realidad, patrimonializar impúdicamente las relaciones familiares, y alejar la noción de «familia» de la delineada por las concepciones éticas o morales que coadyuvaron al nacimiento y mantenimiento de las propias legítimas. No hay razón de justicia ni de eficiencia que justifique que una persona tenga derecho a exigir parte de un patrimonio en contra de la voluntad de su titular, única y exclusivamente, por ser un pariente próximo, aun cuando no se halle en situación de necesidad. Las legítimas, tal y como están todavía configuradas, solamente defienden el *nomen* de la familia, pero no su sustancia y esencia, ni la *pietas* que las engendró. De tal manera que la familia queda reducida a un mero título para heredar bienes y derechos, como tristemente sucede con frecuencia en la práctica sucesoria.

VII. Nuestro Alto Tribunal admite la extinción de la pensión alimenticia (judicialmente fijada en un proceso matrimonial) como consecuencia de la ausencia de relación con el progenitor alimentante, cuando tal circunstancia es imputable principal y relevantemente al alimentista mayor de edad. Y lo lleva a cabo «por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación», a las que remite el artículo 152.4.º del Código Civil para fundar el cese de la obligación de dar alimentos. Sin embargo, la jurisprudencia no aplica esa misma elasticidad en el ámbito objetivo propio y natural de esas «causas de desheredación», y no consiente la privación de la legítima en un escenario idéntico: cuando la inexistencia de relación es atribuible al sucesor forzoso (a diferencia de lo que acontece en el Código catalán).

VIII. El debate no debe girar en torno a la propia noción abstracta de la *portio debita*, o a su idoneidad y oportunidad a lo largo de los siglos, sino en relación con el sentido, necesidad, justicia y utilidad de esta figura en la España del s. XXI. No cabe, pues, relegar lo que COING denomina el «significado funcional de la regla»; en nuestro caso, de las legítimas.

IX. La fotografía que brinda la Estadística es elocuente, y evidencia las drásticas mutaciones experimentadas en las últimas décadas. En este sentido, se constata que los hijos ya no contribuyen al enriquecimiento de sus progenitores, sino que suponen una carga económica durante un tiempo considerable. Asimismo, de la familia fundada en el matrimonio religioso indisoluble entre hombre y mujer, donde el papel preeminente correspondía al progenitor varón, se ha transitado a un «mosaico de familias». La evolución de la esperanza de vida al nacer y de la riqueza neta a lo largo de los años, así como el hecho de ser frecuente que los hijos superen a sus ascendientes en la escala social, propician que sea cuestionable que las legítimas sigan respondiendo a la solidaridad familiar o intergeneracional.

X. La práctica notarial refleja que los testadores frecuentemente se ven amarrados por las férreas cadenas de las legítimas, de tal forma que confeccionan un testamento que no se corresponde con su voluntad, pues se ven forzados a dejar una parte considerable de su patrimonio a parientes que no lo precisan, y con los que carecen por completo de relación o, directamente, la misma es pésima. Resulta imprescindible dar respuesta a determinados escenarios poco razonables.

XI. El estado actual de nuestra legislación constituye un desaliento al ahorro y a la actividad económica, así como una invitación al derroche y al egoísmo del testador, cuando la conducta de los legitimarios no les haga merecedores de sus derechos sucesorios.

XII. En la justificación habitual de la pervivencia de las legítimas no parece encontrarse una *ratio*, sino la tradición, que supone un fundamento jurídicamente fútil. Aunque la propia noción de familia y el Derecho de Familia han evolucionado decisivamente, el régimen legitimario ha experimentado pocas modificaciones, con el paradójico pretexto de tutelar la familia.

XIII. Cuando las relaciones familiares son correctas, es excepcional que el progenitor no deje a sus hijos más, incluso, de lo que le impone el ordenamiento (PLATÓN: «donde reina el amor, sobran las leyes»). Resulta injusto dispensar el mismo tratamiento legal a quienes no se hallan en la misma situación ni se han comportado de modo parangonable en relación con el causante.

XIV. Limitar la libertad testamentaria indiscriminadamente para proteger a los testadores cuya voluntad puede ser captada supone cercenar la libertad de todos como consecuencia de los minoritarios casos patológicos, que, por otra parte, no aparecen únicamente en materia testamentaria. No

debemos presumir *iuris et de iure* que todo testador es una persona débil y carente de capacidad.

XV. Ha llegado el momento de transformar las legítimas para dotarlas de un carácter asistencial en caso de necesidad, o bien de erradicar las legítimas e instaurar un derecho de alimentos *post mortem*. Entre el implacable régimen de legítimas vigente y la absoluta libertad de testar, parece que la opción más razonable podemos hallarla en este *tertium genus*, que supone un término medio. No podemos obviar que las legítimas y el derecho de alimentos comparten antecedentes históricos, y que sus fundamentaciones son muy próximas.

XVI. Las complejidades inherentes al sistema de concesión de la legítima en caso de necesidad no son desconocidas por nuestro ordenamiento, ya que los conceptos y las operaciones que han de llevarse a cabo resultan muy similares a las que podemos hallar en los frecuentes casos de crisis conyugal. El Derecho de Familia puede ofrecernos las soluciones más adecuadas. Por otra parte, el vigente régimen de legítimas se caracteriza, precisamente, por su elevada dificultad técnica y por los innumerables aspectos intrincados que lo rodean.

XVII. Durante toda su vida, el causante destina la mayor parte de sus recursos a la sociedad (v.gr., impuestos) y a su propia familia (v.gr., levantamiento de las cargas familiares). No parece razonable que la mayor parte de lo que le reste, tras cumplir escrupulosamente aquellos deberes, se halle vinculado a favor de ciertos parientes, aunque no lo necesiten ni hayan tenido un comportamiento correcto hacia el causante.

XVIII. El Derecho de Familia ofrece una solución que podría ser idónea en el caso del cónyuge viudo, de tal forma que se aproximarían las consecuencias de la ruptura del vínculo matrimonial en vida y por la muerte de uno de los consortes. Tal respuesta radicaría en la concesión de una suerte de «pensión compensatoria» si el cónyuge viudo se hallare en un nivel económico inferior al que mantenía en vida del causante. Esta solución es acogida en el Derecho catalán (la *cuarta vidual* que, en cierto modo, tiene su cimiento en JUSTINIANO).

XIX. Pese a que la mayor parte de la doctrina —incluso muchos de los defensores de la pervivencia de las legítimas— sostiene que los ascendientes no deberían gozar de la condición de legitimarios, a nuestro juicio, habrían de conservar tal posición, si bien como titulares de un eventual derecho sucesorio de naturaleza asistencial en caso de necesidad. Son razones de justicia y coherencia las que nos mueven a proponer tal medida de política legislativa, en una época en la que la Estadística hace patente que los progenitores, lejos de beneficiarse del trabajo y de la contribución económica de sus hijos, suelen sostenerlos y costear su formación más allá de los treinta años.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 31 de mayo de 1981 (1980, 2724)
- STC (Pleno) de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 222)
- STS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562)
- STC de Alemania *(Bundesverfassungsgericht)* 19 de abril de 2005
- STS de 12 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3280)
- STS de 21 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1635)
- STS de 3 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3900)
- STS de 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4443)
- STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 1596)
- STS de 19 de febrero de 2019 *(RJ* 2019, 497)
- SAP Navarra (Sección 3.ª) de 27 de octubre de 2020 *(AC* 2020, 1782)
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 17 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 220648)
- STS de 24 de mayo de 2022 *(JUR* 2022, 194665)

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MARTÍNEZ, M. (1884). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Establecimiento tipográfico de P. Núñez.

ALONSO PÉREZ (2001). El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo. En: E.M.ª Martínez Gallego (coord.), *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 11 a 30.

— (2015). Reseña bibliográfica a *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones*, de T.F. Torres García y M.ª P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015, Varia, 177 a 192.

ARENAL, C. (1895). La cuestión social. Vol. II (Cartas á un señor). En: *Obras completas de D.ª Concepción Arenal*, T. VIII. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Ed. Dykinson.

BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. de la 2.ª edic. alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. Lacruz Berdejo. Barcelona: Ed. Labor.

CADAFALCH Y BUGUÑÁ, J. (1862). *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid: Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos.

CAÑIZARES LASO, A. (2014). Legítimas y libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 245 a 269.

CARBONNIER, J. (1961). *Derecho Civil,* t. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares,* traducción de la 1.ª edición francesa por M. M.ª Zorrilla Ruiz. Barcelona: Ed. Bosch.

CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te 'ningunean' tus hijos? ¡Desherédalos! *AJA*, núm. 896/2014, Opinión [En línea], BIB 2014\4447, disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, vol. 2.º, 8.ª edic., revisada y puesta al día por J. Batista Montero-Ríos, J.M.ª Castán Vázquez y J.B. Vallet de Goytisolo. Madrid: Ed. Reus.

CICERÓN, M.T. (1849). In Verrem. En *Opera omnia*, T. III. Leipzig: Sumtibus et Typis Caroli Tauchnitii.

COING, H. (2019). *El sentido del Derecho y otros escritos*, edición al cuidado de C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca, trad. esp. por A. Merchán Álvarez. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

COSTA MARTÍNEZ, J. (1883). La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 11. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia. *RCDI*, vol. 734, noviembre-diciembre de 2012, 3149 a 3194.

DE AZCÁRATE GÓMEZ, G. (1883). Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa. T. III, Estado actual del derecho de propiedad en Europa. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 12. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2011). El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-303, 18 de julio de 2011 [En línea], disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkMzU1NzM7Wy1KLizPw8WyMDQ0MDcwNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOk4rjc1AAAAWKE#I33.

DESCARTES, R. (1904). Meditations et Principes. En: *Oeuvres de Descartes*, publiées par Charles Adam & Paul Tannery, traduction française, T. IX. París: Léopold Cerf, Imprimeur-Éditeur.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2015). Reseña bibliográfica a *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones*, de T.F. Torres García y M.ª P. García Rubio (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014). *ADC*, T. LXVIII, fasc. II, 555 a 562.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*. Madrid: Ed. Reus, Madrid.

FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima? En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 451 a 478.

FUNDACIÓN BBVA (2019). La emancipación de los jóvenes en España. *Esenciales Fundación BBVA-Ivie*, núm. 32/2019 [En línea], disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA_Esenciales_32.pdf.

FUNDACIÓN «LA CAIXA» (2021). Estado del bienestar, ciclo vital y demografía, Indicadores sobre economía intergeneracional. *El Observatorio Social*, Dossier 10, noviembre de 2021, 16 [En línea], disponible en https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10_CAST%20%283%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2.

GACTO FERNÁNDEZ, E. (1984). El marco jurídico de la familia castellana: Edad Moderna. *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 11, 37 a 66.

GAGO SIMARRO, C., y ANTUÑA GARCÍA, P. (2021). La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?. *RCDI*, vol. 784, marzo-abril de 2021, 1208 a 1240.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. II, Apéndice núm. 7. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial.

GIL Y ROBLES, E. (1902). *Tratado de Derecho Político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, T. II. Salamanca: Imp. Salmanticense, á cargo de B. de la Torre.

GINER DE LOS RÍOS, F., y CALDERÓN Y ARANA, A. (1926). Resumen de Filosofía del Derecho. Vol. II. En: *Obras completas de Don Francisco Giner de los Ríos*, T. XIV. Madrid: Imprenta de Julio Cosano.

GOERLICH GISBERT, F.J., y PINILLA PALLEJÀ, R. (2006). Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística. *Documentos de Trabajo*, 11, Fundación BBVA, 1 a 35.

GOMÁ LANZÓN, I. (2019). ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 61 a 76.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *RCDI*, vol. 775, septiembre-octubre de 2019, 2603 a 2624.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2002). Notas a BIONDI, B. *Las servidumbres*, trad. esp. de la 2.ª edic. y notas por J.M. González Porras. Granada: Ed. Comares.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P. (2009) La legítima no es intocable. *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 24, marzo-abril 2009, n. 3 [En línea], disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482.

KANT, I. (1785). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Sechste Auflage. Lepzig: Verlag von Felix Meiner [En línea], disponible en https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung_zur_Metaphysik_der_Sitten.pdf.

LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, 3.ª edic., ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por J. Vicente y Caravantes. Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores.

LÓPEZ PEDREIRA, A. (2015). Legítimas o libertad para testar: una reflexión desde el Derecho romano. En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dir.), M.ªM.

Heras Hernández (coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 981 a 996.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Defensa de la libertad de testar. En: *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, T. XXVIII, conferencia pronunciada el 12 de Junio de 2017 en el Acto de clausura del Curso Académico 2016/2017. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 235 a 256.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª (1911). *Comentarios al Código Civil español*, T. VI. 4.ª edic. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

MERLINO, M. (1626). *De legitima. Tractatus absolutissimus*, Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 5. Venecia: Haeredem Damiani Zenarij.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.ª (2014). Reflexiones sobre la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 983 a 1001.

MONTESQUIEU (1844). *Esprit des lois*, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan, etc. París: Librairie de Firmin Didot Frères.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). Comentario al artículo 814 del Código Civil. En: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.ª edic. Madrid: La Ley.

— (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, núm. 8592, Sección Columna, 29 de julio de 2015 (LA LEY 3814/2015).

PANTALEÓN PRIETO, F. (2003). Legítimas de alimentos. *Escritura Pública*, núm. 21, mayo-junio 2003, 13.

PARRA LUCÁN, M.ªÁ. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 481 a 554.

PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1131 a 1153.

POE, E.A. (1899). Eureka: an essay on the material and spiritual universe. En: *The Works of Edgar Allan Poe*, Standard Edition, Vol. III, Poems and Essays. Londres: John H. Ingram, A. & C. Black.

PORTALIS, J.E.M. (2004). *Discours préliminaire du premier Projet de Code civil*, discurso pronunciado el 21 de enero de 1801. Burdeos: Éditions Confluences.

ROCA TRÍAS, E. (2014). Una reflexión sobre la libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1245 a 1266.

— (2020). La libertad de testar: entre Constitución y familia. *AFDUAM*, núm. 24, 13 a 46.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho de Sucesiones*, T. II, 2.ª edic. Barcelona: Ed. Bosch.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E. (2016). Legítimas y libertad de disposición del causante. *Diario La Ley*, núm. 8865, Sección Doctrina, 17 de noviembre de 2016 (LA LEY 8637/2016).

ROUSSEAU, J.J. (1762). *Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey.

— (1764). *Lettres écrites de la montagne*, Vol. 2, Huitième Lettre. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey.

RUBIO GARRIDO, T. (2019). Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima. En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 141 a 161.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, Derecho de Sucesión («mortis causa»), 2.ª edic. Madrid: Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra».

SÉNECA, L.A. (54-55). *De clementia*, Lib. XIV, 1 [En línea], disponible en https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.clem.shtml.

SILLERO CROVETTO, B. (2021). Desheredados en tiempos de pandemia. *RCDI*, vol. 785, mayo-junio 2021, 1781 a 1814.

TORRES GARCÍA, T.F. (2006). Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema). En: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 173 a 227.

— (2017). La necesaria reforma del Derecho de Sucesiones. En: R.M.ª Moreno Flórez (dir.), *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico*. Madrid: Ed. Dykinson, 11 a 28.

TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). La legítima en el Código Civil (I). En: T.F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 21 a 86.

TORRES GARCÍA, T.F., y GARCÍA RUBIO, M.ªP. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

VALLADARES RASCÓN, E. (2004). Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 4893 a 4902.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1955). Apuntes de Derecho Sucesorio, III. Atribución de la legítima por actos intervivos (conclusión). *ADC*, Estudios Monográficos, vol. 8, núm. 2, 269 a 460.

— (1966). Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. *ADC*, vol. 19, núm. 1, 3 a 44.

— (1972). Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas. *ADC*, vol. 25, núm. 1, 3 a 151.

VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret* [En línea], 3/2007 julio de 2007, 1 a 25, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf.

— (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *InDret* [En línea], 4/2017 octubre 2017, 1 a 28, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf.
VÁZQUEZ LEMOS, A. (2019). *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
VELA SÁNCHEZ, A.J. (2022). La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes. *RDC*, vol IX, núm. 2, Estudios, abril-junio 2022, 227 a 264.
VERDERA SERVER, R. (2021). *Contra la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el día 22 de octubre de 2021, Cuaderno núm. 94. Valencia: Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.
ZUBERO QUINTANILLA, S. (2017). Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil. *RDC* [En línea], vol. IV, núm. 2, Estudios, abril-junio 2017, 55 a 81, disponible en https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/253.

NOTAS

[1] KANT, I. (1785). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Sechste Auflage. Lepzig: Verlag von Felix Meiner [En línea], 67, disponible en https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung_zur_Metaphysik_der_Sitten.pdf.

[2] DESCARTES, R. (1904). Meditations et Principes. En: *Oeuvres de Descartes*, publiées par Charles Adam & Paul Tannery, traduction française, T. IX. París: Léopold Cerf, Imprimeur-Éditeur., 46: «Car elle consiste seulement en ce que nous pouvons faire une chose, ou ne la faire pas (c'est-à-dire affirmer ou nier, poursuivre ou fuir), ou plutôt seulement en ce que, pour affirmer ou nier, poursuiure ou fuir les choses que l'entendement nous propose, nous agissons en telle sorte que nous ne sentons point qu'aucune force extérieure nous y contraigne».

[3] ROUSSEAU, J.J. (1764). *Lettres écrites de la montagne*, Vol. 2, Huitième Lettre. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey, 77.

[4] ALONSO PÉREZ, M. (2015). Reseña bibliográfica a La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones, de T.F. Torres García y M.ª P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). *Revista de Derecho Civil,* vol. II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015, Varia, 179.

[5] *Vid.,* entre otros, ALONSO PÉREZ (2015, 180), quien concibe la autonomía testamentaria como la «piedra angular» del Derecho de Sucesiones, si bien pone de relieve que la identificación de la libertad de testar como manifestación de la autonomía privada de la voluntad dista de ser pacífica; en este sentido, hay quien escinde —como categorías diferentes— la autonomía privada de la voluntad, concebida como libertad contractual, de la libertad de testar.

[6] GOMÁ pone de manifiesto una posible «discriminación legislativa» hacia los ciudadanos de Derecho común, pues da la impresión de que el legislador estatal estima poco atractivo abordar modificaciones de gran calado, pero que son comprometidas y poco vistosas; por el contrario, los legisladores forales han percibido la excelente oportunidad de evidenciar sus diferencias y su diversidad regional característica, «y obtener con ello cierta relevancia política». GOMÁ LANZÓN, I. (2019). ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 75.

[7] ROCA-SASTRE la define, asimismo, como «una institución de *Derecho necesario*». ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho de Sucesiones*, T. II, 2.ª edic. Barcelona: Ed. Bosch, 35.

[8] GOMÁ (2019, 74) también lo entiende de este modo, y ofrece ejemplos de nuevas libertades y derechos (matrimonio entre personas del mismo sexo, absoluta libertad de unión y de divorcio, etc).

[9] Como advierte TORRES GARCÍA, en los últimos años proliferan las reformas legislativas en materia de legítimas, y se ha intensificado el debate doctrinal en torno a las mismas en la doctrina tanto patria como extranjera. *Vid.* TORRES GARCÍA, T.F. (2017). La necesaria reforma del Derecho de Sucesiones. En: R.M.ª Moreno Flórez (dir.), *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico*. Madrid: Ed. Dykinson, 16.

[10] ALONSO PÉREZ (2015, 186).

[11] GINER DE LOS RÍOS, F., y CALDERÓN Y ARANA, A. (1926). Resumen de Filosofía del Derecho. Vol. II. En: *Obras completas de Don Francisco Giner de los Ríos*, T. XIV. Madrid: Imprenta de Julio Cosano, 27 a 29.

[12] COSTA MARTÍNEZ, J. (1883). La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 11. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 500 a 531. En la parte final de su discurso (1883, 530), sentencia *[sic]*: «…es preciso, dicen, que la familia deje de ser una cárcel para el espíritu y una pequeña inquisicion para el derecho, donde no le sea lícito al padre pensar acerca de sus deberes más de lo que el legislador ha pensado, so pena de que se le considere como ilegal y demente, írrita y menospreciada su última voluntad, y en más ó en ménos infamada su memoria; hay que secularizar el gobierno de la familia, como se ha secularizado el gobierno del municipio y de la nacion; hay que reintegrar al padre en la plenitud de su soberanía». Por su parte, Gumersindo DE AZCÁRATE se mostró también especialmente contundente en su rechazo de la institución legitimaria: *[sic]* «las legítimas limitan indebidamente el derecho del propietario, estorban el ejercicio de la pátria potestad, fomentan el egoismo de familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales á que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran á que la ley convierta estos de morales en jurídicos». DE AZCÁRATE GÓMEZ, G. (1883). Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa. T. III, Estado actual del derecho de propiedad en Europa. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 12. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 82.

[13] Muy interesante resulta la exposición de SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, Derecho de Sucesión («mortis causa»), 2.ª edic. Madrid: Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 719 a 752.

[14] ALONSO MARTÍNEZ, M. (1884). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Establecimiento tipográfico de P. Núñez, 50 a 60 y 105 a 117. Enormemente interesante resulta la lectura del resumen de los argumentos esgrimidos por unos y otros autores en el marco de la Codificación, en torno a la espinosa cuestión de las legítimas, ofrecido por VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1966). Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. *ADC*, vol. 19, núm. 1, 11 a 34.

[15] VALLADARES RASCÓN, E. (2004). Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 4895.

[16] V.gr., SONNEKUS, J.C. (2005). The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of aHybrid Legal System. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 84 [*cit.* por VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret* [En línea], 3/2007 julio 2007, 3, n. 2, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf].

[17] ALONSO PÉREZ (2015, 187).

[18] POE, E.A. (1899). Eureka: an essay on the material and spiritual universe. En: *The Works of Edgar Allan Poe*, Standard Edition, Vol. III, Poems and Essays. Londres: John H. Ingram, A. & C. Black 95.

[19] Sobre los principales aspectos de la institución de la legítima en el seno del Derecho Romano*, vid.* ALONSO PÉREZ (2015, 183, 185 y 186); asimismo, cfr. MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Defensa de la libertad de testar. En: *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, T. XXVIII, conferencia pronunciada el 12 de Junio de 2017 en el Acto de clausura del Curso Académico 2016/2017. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 238 a 240.

[20] Cfr. *Tabula V.3* de las XII Tablas (s. V a.C.). Si el *paterfamilias* disponía en torno a sus propios bienes y la tutela de sus cosas, «así sea derecho»; es decir, su voluntad gozaba de valor legal. No obstante, un importante sector doctrinal considera que las XII Tablas no consagraban la libertad de testar, sino que esta fue alcanzada a partir de los ss. IV-III a.C., al intensificarse el desarrollo económico comercial de Roma, que generó riqueza no necesariamente procedente del patrimonio familiar. *Vid.* LÓPEZ PEDREIRA, A. (2015). Legítimas o libertad para testar: una reflexión desde el Derecho romano. En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dir.), M.ªM. Heras Hernández (coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 986.

[21] Marco Tulio CICERÓN (1849). In Verrem. En *Opera omnia*, T. III. Leipzig: Sumtibus et Typis Caroli Tauchnitii Act. II. Lib. I, secciones 104 a 114. En el Cap. XLIV, sección 112 (p. 211) se aprecia esta creciente sensibilidad (si bien en relación con un asunto no atinente a las legítimas, sino a la vulneración por el pretor Verres, bajo el pretexto de la prohibición que afectaba a las mujeres en la Lex Voconia, de la voluntad testamentaria de un padre que nombraba heredera a su hija): «Atque ego non dubito, quin, ut mihi, cui filia maxime cordi est, sic uni cuique vestrum, qui simili sensu atque indulgentia filiarum commovemini, res haec acerba videatur atque indigna. Quid enim natura nobis iucundius, quid carius esse voluit? quid est dignius, in quo omnis nostra diligentia indulgentiaque consumatur?» (Y no tengo duda de que, como a mí, cuya hija está más en mi corazón, así a cada uno de ustedes, que están conmovidos por el mismo sentimiento y cariño de las hijas, esto puede parecer cruel e indigno. Porque ¿qué hay en la naturaleza más gozoso y precioso para nosotros? ¿Qué es más digno de recibir toda nuestra atención y bondad?). Otro ejemplo lo hallamos, poco después (a mediados del s. I d.C.), en el cordobés Lucio Anneo SÉNECA (54-55). *De clementia*, Lib. XIV, 1 [En línea], disponible en https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.clem.shtml: «Numquid aliquis sanus filium a prima offensa exheredat? nisi magnae et multae iniuriae patientiam evicerunt, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium stilum; multa ante temptat, quibus dubiam indolem et peiore iam loco positam revocet; simul deploratum est, ultima experitur. Nemo ad supplicia exigenda pervenit, nisi qui remedia consumpsit» (¿Acaso alguna persona cuerda deshereda a sus hijos a la primera afrenta? A no ser que hayan agotado su paciencia numerosos e importantes agravios, a no ser que sea más lo que teme que lo que condena, no recurre a la firma definitiva. Antes intenta muchas cosas para que reaccione ese carácter vacilante, ya colocado en mal lugar. En cuanto lo da por perdido, pone en práctica soluciones extremas. Nadie llega a exigir el castigo más que cuando ha agotado los remedios).

[22] Excede del objeto de nuestra investigación profundizar sobre materias relacionadas con esta *querella* en torno a las cuales no existe unanimidad en la doctrina, tales como las diferentes etapas evolutivas de esta institución. No obstante, nos parece interesante transcribir ciertos fragmentos romanos: a) MARCELO (D. 5, 2, 3): *«Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, quum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant, vel praetereunt»* (Decir que el testamento inoficioso es esto, alegar la razón por la que no haya debido desheredarse

o preterirse; lo que la mayoría de las veces acontece cuando los padres, instigados por alguna falsedad, desheredan, o no mencionan a sus hijos) ; b) GAYO (D. 5, 2, 4): *«Non este nim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti»* (Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de las madrastras).

[23] MARCIANO (D. 5, 2, 2): *«Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum».*

[24] *Vid.* Praefatio de la Novela XVIII de JUSTINIANO: *«Deum vero semper considerantes, et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adinvenire semper et naturae consequens, et quod possit priora corrigere».* En las Novelas se menciona la *debita portio* (vid., Novela CXII, Cap. III) para aludir a la *legitima portio*, cimentada en los vínculos familiares de sangre, y cuya transgresión propiciaba que los testamentos fueran declarados *inofficiosi*. Algunas directrices del sistema legitimario pergeñado por JUSTINIANO las podemos hallar, v.gr., en las Novelas XVIII (Caps. I y III), XLI (Cap. I), CXII (Caps. III, IV y V), y CXIII (Cap. I).

[25] MAGARIÑOS (2018, 239).

[26] En relación con la contraposición entre el Derecho Romano y el germánico, así como sobre su evolución, *vid.* BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. de la 2.ª edic. alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. Lacruz Berdejo. Barcelona: Ed. Labor, 289 y 290.

[27] LACRUZ BERDEJO, J.L., en las notas a BINDER (1953, 291).

[28] Cfr. VÁZQUEZ LEMOS, A. (2019). *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 219, 220, 560 a 562.

[29] *Vid.* el comentario a las Leyes 17 y 18 de las Leyes de Toro ofrecido por LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, 3.ª edic., ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por J. Vicente y Caravantes. Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, 317 a 346. En la antedicha Ley 18 se contempla explícitamente la facultad de mejorar a los nietos —y descendientes sucesivos—, aunque vivan todavía sus progenitores, que, a su vez, son hijos del testador y, por consiguiente, legitimarios. Llama la atención que en torno a este aspecto surgieran dudas en relación con nuestro vigente Código Civil, y que un sector doctrinal sostuviera que un abuelo no puede mejorar a su nieto si su progenitor (hijo del causante) todavía vive, mientras que en las Leyes de Toro el régimen era literalmente más flexible; afortunadamente, hoy no hay dudas al respecto, y es unánime la respuesta jurisprudencial que sostiene una solución parangonable a la dispuesta en la referida Ley 18 de las Leyes de Toro.

[30] Según explica GACTO, mientras que el Fuero Real se halló impregnado de la tradición gótica —en la que se limitaba fuertemente la libertad de testar, pero se recogía la mejora—, y limitó la libre disposición a 1/5 del caudal relicto, las Partidas reproducían el Derecho justinianeo, y, al margen de desconocer la figura de la mejora, establecieron un régimen menos restrictivo y más flexible, donde se establecían las legítimas en función del número de hijos: 1/3 de la herencia si no superaban los cuatro hijos, y 1/2 en el caso de ser cinco o más (Partida VI, Tít. I, Ley XVII). Se produjo esta divergencia, pese a ser ambos textos promulgados por Alfonso X en el s. XIII. Sin embargo, GACTO apunta que en este punto la norma de las Partidas «no fue aplicada», y que la regulación del Fuero Real fue definitivamente ratificada en las Leyes de Toro de 1505; dicha solución resultaba «más ajustada a la tradición netamente castellana y que (…) había sido siempre la observada en la práctica». GACTO FERNÁNDEZ, E. (1984). El marco jurídico de

la familia castellana: Edad Moderna. *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 11, 56 y 57. A esta misma falta de vigencia de esa norma de las Partidas referida a las legítimas alude, asimismo, GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. II, Apéndice núm. 7. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial, 328.

[31] *Vid.* la espléndida exposición con la que nos obsequia BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Ed. Dykinson, 511 a 538. Asimismo, resulta interesante ROCA TRÍAS, E. (2014). Una reflexión sobre la libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1253 a 1258; y (2020). La libertad de testar: entre Constitución y familia. *AFDUAM*, núm. 24, 17 a 23.

[32] En este sentido, *vid.* PARRA LUCÁN, M.ªÁ. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 500. En su opinión, estos ordenamientos españoles impiden considerar las legítimas «como de orden público».

[33] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2011). El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-303, 18 de julio de 2011 [En línea], disponible en https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkMzU1NzM7Wy1KLizPw8WyMDQ0MDcwNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOk4rjc1AAAAWKE#I33.

[34] ALONSO PÉREZ (2015, 187).

[35] *Vid.* la interesante exposición sobre el sistema de *family provision* ofrecido por VAQUER, (2007, 5 y 6). Cfr., en Gran Bretaña, la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975.

[36] En esta misma línea, *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, núm. 8592, Sección Columna, 29 de julio de 2015 (LA LEY 3814/2015).

[37] Un interesante análisis sobre la jurisprudencia referida al artículo 853.2.º del Código Civil tras el año 2014 lo hallamos en GAGO SIMARRO, C., y ANTUÑA GARCÍA, P. (2021). La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?. *RCDI*, vol. 784, marzo-abril 2021, 1208 a 1226.

[38] En los artículos 467-1 y sigs. de esta *Propuesta* se contempla un régimen, a grandes rasgos, muy similar al actual, pero con una minoración de las cuotas. Asimismo, llama la atención que se retorne a un sistema parangonable al acogido en las Partidas de Alfonso X por cuanto se refiere a la variabilidad de la cuota legitimaria en función del número de descendientes legitimarios (cfr. art. 467-3): si existe solo uno, su legítima abarca 1/3, mientras que alcanzará 1/2 del caudal relicto cuando haya más descendientes (en esta última hipótesis, la mitad de esa cuota legitimaria —1/4 del total de la masa hereditaria— gozará del carácter de mejora). Sobre esta *Propuesta de Código Civil, vid.* VERDERA SERVER, R. (2021). *Contra la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el día 22 de octubre de 2021, Cuaderno núm. 94. Valencia: Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 90 a 97.

[39] ARENAL, C. (1895). La cuestión social. Vol. II (Cartas á un señor). En: *Obras completas de D.ª Concepción Arenal*, T. VIII. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 336.

[40] VERDERA (2021, 46 y 306).

[41] *Vid.* la interesante crítica de esta resolución ofrecida por VAQUER (2007, 12 y 13).

[42] Artículo 6.1 GG: *«Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung»* (El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal).

[43] «Die strukturprägenden Merkmale der Nachlassteilhabe von Kindern sind Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht. Artículo 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht knüpft —wie das Unterhaltsrecht— an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliegt damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern […]. Hieran anknüpfend hat das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen».

[44] «Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruht in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen); auch die Nutzung des Familienvermögens geschieht weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder» [La adquisición y conservación del patrimonio en la comunidad familiar suele basarse en las aportaciones no materiales o económicas tanto del causante como de sus hijos (educación, apoyo financiero, cooperación, hábitos de consumo, cuidados); el uso del patrimonio familiar también se realiza en gran medida de forma conjunta entre el testador y sus hijos].

[45] En contra de esta concepción, ROCA TRÍAS (2014, 1263) indica que la legítima puede considerarse un «derecho legal, pero no moral», sustentado únicamente en su reconocimiento por una ley (ya que quien no ha participado en la adquisición de unos bienes no se halla legitimado para exigir su titularidad).

[46] Asevera, atinadamente, ECHEVARRÍA DE RADA que la unidireccionalidad de la solidaridad del causante hacia los legitimarios supone «la negación de la idea misma de solidaridad», ya que esta lleva inherente la reciprocidad. ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*. Madrid: Ed. Reus.

[47] Resulta interesante el escenario plasmado por COSTA (1883, 515) *[sic]*: «Obra, con efecto, la legítima á manera de un disolvente; con ella, el hogar es como los nidos de las aves, que solo sirven para una generacion; la familia parece una simple sociedad mercantil, que llegado el plazo fatal se disuelve, declarándose en liquidacion: parece como si los hijos estuvieran aguardando que muera uno de los gerentes, para reclamar al otro cuenta de su gestion y retirar su parte».

[48] PANTALEÓN PRIETO, F. (2003). Legítimas de alimentos. *Escritura Pública*, núm. 21, mayo-junio 2003, 13.

[49] SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 723).

[50] Tal y como recuerda LÓPEZ PEDREIRA (2015, 995), la concepción de la familia «desde la ética cristiana», que hizo que desde el s. IV d.C. los emperadores contemplaran el matrimonio como sacramento y con unas causas muy tasadas de disolución, partía de la existencia de unos firmes lazos de solidaridad, que propiciaban la presencia de la *portio legitima* cimentada en el parentesco. En cambio, por ejemplo, CAÑIZARES cree que la legítima goza de una larga tradición que todavía está vigente, de tal modo que la solidaridad intergeneracional en el seno de la familia continúa como fundamento de aquella. CAÑIZARES LASO, A. (2014). Legítimas y libertad de testar. En: A. Domínguez

Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 267.

[51] Tal y como expresa GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, dado que la ausencia de relación familiar colisiona contra el fundamento de la legítima, al vulnerar la propia noción de «solidaridad intergeneracional», goza de suficiente entidad en aras a ser contemplada por nuestro legislador como causa autónoma de desheredación en el Código Civil; a imagen de lo que acontece en la legislación catalana. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *RCDI*, vol. 775, septiembre-octubre 2019, 2614.

[52] En el supuesto de no haber requerido nunca auxilio el causante, pues si sufrió abandono en caso de necesidad, podría plantear una desheredación.

[53] *Ex* artículo 348 del Código Civil y de conformidad con la doctrina liberal burguesa que inspiró el *Code* francés y, por extensión, el español.

[54] CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te 'ningunean' tus hijos? ¡Desherédalos! *AJA*, núm. 896/2014, Opinión [En línea], BIB 2014\4447, disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.

[55] En parecidos términos, *vid.* GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (2019, 2614). Según explica RUBIO GARRIDO, la falta de asimilación de estas coordenadas se halla muy extendida, y propicia en la práctica, lógicamente, que las personas exploren diversos cauces «para incumplir *de facto*, y oblicuamente, el respeto obligatorio, normativamente hablando, a las legítimas». *Vid.* RUBIO GARRIDO, T. (2019). Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima. En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 142.

[56] Según evidencia GOMÁ (2019, 74), la libertad de testar —aun restringida con una legítima de alimentos— no va en contra de la familia actualmente. Antes al contrario, evitaría el desinterés para con los progenitores mayores, al no tener sus descendientes garantizada la percepción futura de gran parte de sus patrimonios.

[57] Aludimos a los hijos, por ser la hipótesis más habitual; si bien sabemos que puede tratarse de otros descendientes más alejados (cfr., arts. 761 y 857 CC), o de ascendientes. Por cuanto al cónyuge se refiere (también legitimario), carece de lógica extender sobre este el manto de nuestro razonamiento, pues el causante puede evitar unilateralmente que lo suceda a través de la separación y del divorcio.

[58] VAQUER (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *InDret* [En línea], 4/2017 octubre 2017, 12 a 21, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf.

[59] Según se concluye en esta sentencia: «…la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación…». En torno a la insuficiencia, como causa de desheredación, de la mera ausencia de relación afectiva entre el testador y el legitimario, *vid.* GAGO y ANTUÑA (2021, 1224). Según estos autores, en el estado actual de nuestro Código Civil, es imprescindible que tal falta de relación se halle acompañada por una conducta, por acción u omisión, dolosamente destinada a menoscabar injustificadamente la salud mental del causante; por este motivo, aquellos propugnan la reforma de nuestro Derecho Sucesorio, en aras a debilitar la figura de la legítima.

[60] Sobre las facultades del propietario de una vivienda para ejercitar el desahucio de los precaristas, aun en los casos de existir una sentencia firme en un procedimiento judicial de separación o divorcio donde se atribuya el uso del inmueble a sus nietos (junto con su nuera o yerno), y el cambio jurisprudencial afortunadamente experimentado, *vid.* CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia. *RCDI*, vol. 734, noviembre-diciembre 2012, 3174 a 3187.

[61] ARENAL (1895, 336). En opinión de esta autora (1895, 335 y 336), la supresión de los mayorazgos constituyó «un gran paso hacia la justicia, pero no se llegará á ella hasta suprimir los *herederos forzosos*».

[62] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2015). Reseña bibliográfica a La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones, de T.F. Torres García y M.ª P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). ADC, T. LXVIII, fasc. II, 558 y 559.

[63] ARENAL (1895, 336).

[64] Señala ROCA TRÍAS (2014, 1266) que, dadas las enormes transformaciones experimentadas a lo largo de los siglos, la sucesión tradicional carece ya de sentido, de tal modo que ha devenido un «sistema obsoleto» que requiere una profunda revisión, pues «las necesidades han cambiado a todos los niveles».

[65] VALLET (1955). Apuntes de Derecho Sucesorio, III. Atribución de la legítima por actos intervivos (conclusión). *ADC*, Estudios Monográficos, vol. 8, núm. 2, 458. Parece asumir tal reflexión CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, vol. 2.º, 8.ª edic., revisada y puesta al día por J. Batista Montero-Ríos, J.M.ª Castán Vázquez y J.B. Vallet de Goytisolo. Madrid: Ed. Reus, 491. En parecidos términos, VERDERA (2021, 145). Señala este autor que todo análisis jurídico ha de tomar en consideración, indefectiblemente, «la realidad socioeconómica sobre la que se proyecta».

[66] Según VERDERA (2021, 45 a 47), la inclusión de las legítimas en nuestro decimonónico Código Civil se halló estrechamente ligada a la ideología burguesa imperante en aquel momento. A través de las legítimas se trataba de dividir los patrimonios, en aras a evitar la conservación del poder de la aristocracia terrateniente; asimismo, se pretendía evitar que el causante beneficiara a los hijos extramatrimoniales o de parejas de hecho, en detrimento de las expectativas sucesorias de los integrantes de su familia matrimonial; finalmente, se buscaba robustecer «una clase social de propietarios que se opusiera a las ideas socialistas». Dado que tales propósitos han perdido todo vigor en pleno s. XXI, y que el Estado del bienestar cumple gran parte de los cometidos (educativos, asistenciales, etc) tradicionalmente adscritos a la familia, hemos de plantearnos las funciones que pueden hoy satisfacer las legítimas.

[67] COING, H. (2019). *El sentido del Derecho y otros escritos*, edición al cuidado de C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca, trad. esp. por A. Merchán Álvarez. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 78. Tal conclusión de dicho autor se debe a que, como él mismo asevera (2019, 76), el Derecho no evoluciona «por sí mismo», sino que toda transformación jurídica viene provocada y desenvuelta por seres humanos.

[68] ALONSO MARTÍNEZ (1884, 175) *[sic]*: «Es, á mis ojos, evidente, que con él [referido al régimen de legítimas] no hay el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italiam*. (…) Y, por último, paréceme palmario que con la division del patrimonio entre los hijos, no puede ménos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, porque solo multiplicando los poseedores de inmuebles é interesando á una masa considerable de ciudadanos en la defensa del derecho de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso á detener el torrente devastador de las ideas socialistas». En la plasmación del sistema de legítimas en la Codificación, ve CAÑIZARES (2014, 253) la distribución de la riqueza —en oposición a los mayorazgos—, la igualdad entre los hijos, así como la repulsa a la vinculación de los bienes en las manos de uno solo de los sucesores. En contra de la opinión de esta autora, PANTALEÓN (2003, 13) entiende que las legítimas adquirieron frente a la libertad de establecer mayorazgos «un halo democrático poco merecido».

[69] PORTALIS, J.E.M. (2004). *Discours préliminaire du premier Projet de Code civil*, discurso pronunciado el 21 de enero de 1801. Burdeos: Éditions Confluences, 83. Los padres del *Code civil* francés fueron: Jacques de MALEVILLE y Jean Etienne Marie PORTALIS (expertos en el Derecho Escrito), así como Félix Julien Jean BIGOT DE PRÉAMENEU y François Denis TRONCHET (expertos en Derecho de Costumbres).

[70] GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2002). Notas a BIONDI, B. *Las servidumbres*, trad. esp. de la 2.ª edic. y notas por J.M. González Porras. Granada: Ed. Comares, 305.

[71] En el Derecho visigodo, tras recibir las moderadas legítimas romanas, fagocitadas por la idea de la comunidad consustancial a las culturas germánicas y matizadas con la admisión de la *propria portio* (cuyo germen fueron los legados *pro anima* de inspiración eclesiástica), se introdujo la peculiar parte de «mejora».

[72] Es interesante la exposición de ROCA TRÍAS (2014, 1247 a 1253), que versa, fundamentalmente, sobre el cambio de circunstancias económicas en las familias actuales. Ofrece una extraordinaria descripción de los cambios experimentados en las realidades social, política, económica y —especialmente— familiar en nuestro país a lo largo de la Historia, GOMÁ (2019, 67 a 73). *Vid.,* asimismo, la exposición de VERDERA (2021, 99 a 103 y 145 a 148).

[73] MAGARIÑOS (2018, 243 y 244). Como indica VALLADARES (2004, 4895), la estructura social actual dista enormemente de responder a una sociedad agraria, pues en el s. XXI, los bienes de producción se concentran en un grupo reducido de sujetos, y predominan las grandes empresas de servicios; asimismo, esta autora destaca que una parte importante de la población es propietaria de bienes que, si bien gozan de cierta relevancia económica, no resultan productivos.

[74] FUNDACIÓN «LA CAIXA» (2021). Estado del bienestar, ciclo vital y demografía, Indicadores sobre economía intergeneracional. *El Observatorio Social*, Dossier 10, Noviembre 2021, 16 [En línea], disponible en https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10_CAST%20%283%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2.

[75] MAGARIÑOS (2018, 244).

[76] Dadas las desgraciadas distorsiones propiciadas por la situación pandémica en los últimos años, hemos preferido fijar el dato en una fecha anterior al inicio de la misma. Información extraída de https://digital.csic.es/bitstream/10261/240875/1/Estimaci%C3%B3n%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20que%20vive%20en%20residencias.pdf (recurso electrónico accesible el 20 de junio de 2022).

[77] STS de 12 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3280): «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

[78] Información extraída de www.ine.es.

[79] Información extraída de www.ine.es.

[80] La tendencia cambió en el año 2009, pues hasta ese año era mayoritaria la forma canónica de celebración del matrimonio. Desde 2009 ha bajado el porcentaje de manera abrupta (información extraída de www.ine.es).

[81] Los hombres, de 26 a 37 años, y las mujeres, de 24 a 34 años, aproximadamente (información extraída de www.ine.es).

[82] FUNDACIÓN BBVA (2019). La emancipación de los jóvenes en España. *Esenciales Fundación BBVA-Ivie*, núm. 32/2019 [En línea], disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA_Esenciales_32.pdf.

[83] Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/edn-20210812-1?etrans=es.

[84] En 2021, a los 31,54 años; ya en 2019, con anterioridad a la situación pandémica, se había llegado a los 31,10 años (información extraída de www.ine.es.).

[85] En 2020 descendió a 1,19 esta cifra. Cfr. la evolución del índice de fecundidad en https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/espana.

[86] En cómputo global, sin distinción por razón del género, era de 34,76 años. Datos extraídos de GOERLICH GISBERT, F.J., y PINILLA PALLEJÀ, R. (2006). Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística. *Documentos de Trabajo*, 11, Fundación BBVA, 11, 22 y 23.

[87] Sin distinción entre géneros, en 2019 la esperanza de vida al nacimiento era de 83,58 años (información disponible en www.ine.es).

[88] Cfr. https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf (recurso electrónico accesible el 21 de junio de 2022).

[89] Cfr. https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/ICV/dim1/l0/&file=13102.px (accesible el 21 de junio de 2022).

[90] VALLADARES (2004, 4900).

[91] VAQUER (2007, 10).

[92] GOMÁ (2019, 71).

[93] Sobre este particular*, vid.* el trabajo de VELA SÁNCHEZ, A.J. (2022). La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes. *RDC*, vol. IX, núm. 2, Estudios, abril-junio 2022, 227 a 264. Este autor pone de relieve (2022, 259) que si bien las disposiciones a título oneroso en vida del causante se hallan «presididas por el principio de libertad», pueden ser objeto de escrutinio a su fallecimiento, en aras a determinar si han resultado fraudulentas y, por consiguiente, atentatorias contra las legítimas. Asimismo*, vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ªE. (2016). Legítimas y libertad de disposición del causante. *Diario La Ley*, núm. 8865, Sección Doctrina, 17 de noviembre de 2016 (LA LEY 8637/2016).

[94] MAGARIÑOS (2018, 245).

[95] GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P. (2009) La legítima no es intocable. *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 24, marzo-abril 2009, n. 3 [En línea], disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482.

[96] Cfr. ULPIANO en D. 27, 10, 1.

[97] CADAFALCH Y BUGUÑÁ, J. (1862). ¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid: Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos, 134 [sic]: «Al promulgarse una ley que lleva consigo la division, desaparece sin tardanza la armonía que pudiese antes existir entre la tierra y sus propietarios, porque la familia es considerada como cosa vaga é incierta desde el momento en que uno no puede perpetuarse en ella ni imprimirle el sello de sus sentimientos. Impidiéndose así al hombre la conservacion de un patrimonio en que aquella viviria, se despierta en su corazon el egoismo con todas sus aviesas aspiraciones, que borran de su mente la idea de lo futuro. Lejos de esforzarse este hombre en adquirir ó conservar, tiende mas ó menos tarde á vender los bienes raices, para proporcionarse capitales con que satisfacer sus pasiones momentáneas. (…) No solo dificulta la ley de sucesion á las familias la conservacion del mismo patrimonio, sino que las aparta del deseo de intentarlo, empujándolas silenciosamente á labrar su ruina».

[98] ROCA TRÍAS (2020, 43).

[99] VERDERA (2021, 47).

[100] Como certeramente observa RUBIO GARRIDO (2019, 143), el régimen legitimario de nuestro Código Civil, como toda obra humana sometida al transcurso del tiempo, muestra importantes «fisuras y puntos de cuarteamiento».

[101] ALONSO PÉREZ (2001). El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo. En: E.M.ª Martínez Gallego (coord.), *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 11.

[102] CARBONNIER, J. (1961). *Derecho Civil,* t. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares,* traducción de la 1.ª edición francesa por M.M.ª Zorrilla Ruiz. Barcelona: Ed. Bosch, 12.

[103] Como atinadamente asevera GOMÁ (2019, 73), resulta «bastante obvio» que el sistema de legítimas debe modificarse, dado que la familia, que es la realidad sobre la que se desarrolla el mismo, se ha transformado drásticamente.

[104] ROCA TRÍAS (2014, 1247).

[105] Reconoce CAÑIZARES (2014, 249) que muchas instituciones del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia «muestran una especial unidad» (entre otras, pone como ejemplo las legítimas), y que no cabe hablar de «independencia ni separación» entre sendas ramas del Derecho civil. Por su parte, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO insisten en que todavía hoy continúa la secular e íntima relación entre el Derecho de Sucesiones y el Derecho de Familia, de tal forma que el cambio de paradigma que se advierte en las últimas décadas en torno a la familia o las familias ha de traer consigo relevantes transformaciones en materia sucesoria. *Vid.* TORRES GARCÍA, T.F., y GARCÍA RUBIO, M.ªP. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 157 y 158.

[106] En este mismo sentido, BARRIO (2012, 567).

[107] Sobre la opinión de estos autores*, vid.* MERLINO, Mercuriale (1626). *De legitima. Tractatus absolutissimus*, Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 5. Venecia: Haeredem Damiani Zenarij 493. Estos autores consideraban que la legítima se subrogaba en la posición de la obligación de alimentos, pero el Abad PANORMITANO (sigs. XIV y XV), que pertenecía al sector de la doctrina que defendía que la legítima no era una institución de Derecho natural, sino meramente impuesta por el Derecho civil (y, por consiguiente, prescindible), se opuso a esta configuración; a su modo de ver, si se tratara del subrogado de los alimentos, el ascendiente únicamente debería la legítima al descendiente al que, asimismo, debiera alimentos, de tal modo que la madre y la abuela no estarían obligadas a dejarle la legítima cuando el padre estuviera todavía vivo («…ex quo sequeretur, quod mater, vel auia non tenerentur relinquere legitimam filio, ex quo filius vivente patre ab auia, et matre non est alendus, sed a patre…»), ni tampoco tendría derecho a ella el hijo industrioso («Et ideo quamuis filio industrioso alimenta non debeantur»). En relación con la discusión en el Derecho común en torno a si la legítima es debida por Derecho natural o por disposición del Derecho positivo*, vid.* VALLET (1972). Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas. *ADC*, vol. 25, núm. 1, 6 a 11. En opinión manifestada por el propio VALLET (1966, 38), resultaría más exacto sostener que responden al Derecho natural los deberes que representan «la substancia de la legítima», y no la legítima misma, pues aquellos pueden satisfacerse a través de otras vías, «sin que las legítimas existan». En caso contrario —prosigue—, los ordenamientos de Navarra y Ayala quebrantarían el Derecho natural.

[108] Partida VI, Tít. I, Ley XVII: «E a esta parte legitima, dizen en latin, parte debita iure nature». Partida VI, Tít. XI, Ley I: «…debé aver la su parte legitima, a que llaman en latin, debitum iure nature».

[109] En contra de nuestra apreciación, TORRES GARCÍA considera que se halla arraigada en la conciencia social la idea en cuya virtud el causante no está facultado para excluir de su sucesión —al menos— a sus descendientes, sin mediar razón suficiente. *Vid.* TORRES GARCÍA (2006). Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema). En: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 220.

[110] Una solución que responde a estas coordenadas la hallamos en Estados Unidos, en el artículo 1493 del *Louisiana Civil Code*: *«A. Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or*

younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent. (…) E. For purposes of this Article «permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent» shall include descendants who, at the time of death of the decedent, have, according to medical documentation, an inherited, incurable disease or condition that may render them incapable of caring for their persons or administering their estates in the future».

[111] CARRASCO (2014) considera que únicamente deberían corresponder derechos «legitimarios» a los descendientes que al fallecer el causante fueran acreedores actuales (no posibles) de alimentos frente al finado.

[112] Como expone COSTA (1883, 522) *[sic]*: «Solo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan á unos de otros hijos, y por otra parte, la naturaleza de los bienes, rústicos, urbanos, fábricas, crédito, clientela, etc.; solo ellos pueden combinar estos y aquellos datos, y reducirlos á una expresion numérica. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso, no sucederá sino por excepcion y accidentalmente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca, el error es ingénito y connatural á su regla: yerra porque no puede ménos de errar». En términos más generales, *vid.* GINER DE LOS RÍOS (1926, 28 y 29). Aunque GARCÍA GOYENA (1852, 332) se manifiesta como un firme partidario del régimen castellano de legítimas, reconoce (1852, 329) que los progenitores son quienes se hallan en mejor situación para valorar la situación *[sic]*: «¿Por qué se ha de interponer el cálculo frio de la ley donde obran los dulces é inestinguibles sentimientos de la naturaleza? El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos: estos serán mas afectuosos y obedientes cuando nada tengan que esperar sino del amor paterno».

[113] ZUBERO QUINTANILLA, S. (2017). Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil. *RDC* [En línea], vol. IV, núm. 2, Estudios, abril-junio de 2017, 56, disponible en https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/253.

[114] STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 1596). Hemos de precisar que este razonamiento lo ofrece como fundamento de la modificación verificada en el ordenamiento jurídico catalán, donde se añade la falta de relación familiar como causa de desheredación: «De este modo no solo se modifica la redacción de alguna de las causas de desheredación recogidas antes en el Código de sucesiones (así la causa 451-17. 2 c), en la cual se suprime que el maltrato deba ser de obra y se amplía el ámbito subjetivo de los afectados: *El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador)* sino que se añade otra, que es *la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último*. El legislador, en el preámbulo del libro IV, ya constata la posibilidad de que la norma sea una fuente de litigios pero destaca frente a ese riesgo, *el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente*. Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación». Sobre esta causa de desheredación plasmada en el ordenamiento catalán, y los problemas que la misma suscita, *vid.,* entre otros, FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima? En: A. Domínguez

Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 451 a 478. Propone firmemente la inclusión de esta causa de desheredación en nuestro Código Civil PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1151 a 1153 del Código Civil.

[115] En este mismo sentido, PANTALEÓN (2003, 13), quien, asimismo, acusa de tener un «muy pobre concepto de sus ciudadanos» al legislador que no considera evidente que son muy pocos los casos en los que las legítimas evitan resultados que un buen padre de familia estimaría intolerables.

[116] CARRASCO (2014).

[117] ECHEVARRÍA (2018, 20) denuncia que la sociedad actual se distingue por su falta de respeto hacia los mayores, así como por la merma en los cuidados hacia ellos, de tal modo que esta autora estima necesario abordar la modificación del sistema legitimario.

[118] STS de 3 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3900): el maltrato psicológico debe encuadrarse en el maltrato de obra contemplado en el artículo 853.2.º del Código Civil. Declara justamente desheredados a los hijos del testador que lo habían maltratado psíquica y reiteradamente en los últimos 7 años. El menosprecio y abandono familiar (el causante se hallaba enfermo, atendido por su hermana, sin que sus hijos mostraran interés por él ni tuvieran contacto) es «del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación». Aunque las causas de desheredación son tasadas legalmente y, por lo tanto, no cabe interpretación extensiva ni analogía de las mismas, ello no implica que una causa legal deba ser interpretada con excesivo rigor, según nuestro Alto Tribunal. La dignidad de la persona exige que el menoscabo a la salud mental de la víctima sea considerado «maltrato de obra», a efectos de desheredación.

[119] SILLERO CROVETTO, B. (2021). Desheredados en tiempos de pandemia. *RCDI*, vol. 785, mayo-junio 2021, 1782 y 1783.

[120] ALONSO MARTÍNEZ (1884, 139).

[121] COSTA (1883, 521). Por el contrario, GIL Y ROBLES defiende que la imposición de la legítima —que califica como función «circunstancial del poder supremo», no esencial— se cimienta en *[sic]* «la necesidad, demostrada ó determinada por la experiencia de los abusos que contra la justicia y la piedad cometan con habitual frecuencia padres desnaturalizados». GIL Y ROBLES, E. (1902). *Tratado de Derecho Político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, T. II. Salamanca: Imp. Salmanticense, á cargo de B. de la Torre, 36.

[122] GINER DE LOS RÍOS (1926, 29). En opinión de este autor, nadie está obligado en conciencia a dejar siempre su fortuna a sus hijos u otras personas (ni por partes iguales, ni por partes desiguales), pues tal deber emerge únicamente cuando se presentan determinadas circunstancias que ni el legislador ni el juzgador se encuentran «en situación de juzgar con acierto».

[123] VALLET (1966, 37).

[124] CARRASCO (2014).

[125] V.gr., por todos, TORRES GARCÍA (2017, 19).

[126] Hemos de recordar que las donaciones que realice en vida, pese a producir efecto desde el primer momento, podrán verse reducidas cuando fallezca, precisamente, como consecuencia de las legítimas. Ello puede propiciar, como sabemos, que la parte de libre disposición del testamento carezca, finalmente, de eficacia.

[127] GINER DE LOS RÍOS (1926, 29). En esta misma línea, VALLET (1966, 18) señala que el «excepcional mal uso no puede afectar al normal buen uso, en el cual ha de inspirarse la norma común».

[128] MAGARIÑOS (2018, 251). Vid., asimismo, GOMÁ (2019, 74 y 75), quien ofrece los datos estadísticos de su actuación profesional como notario en Cataluña (donde hay

más libertad de testar), y sentencia con esta concluyente frase en torno al contenido de los testamentos por él autorizados: «Escasa arbitrariedad, ninguna locura».

[129] En este mismo sentido, VALLADARES (2004, 4900). Según explica VALLET (1966, 17), mientras que los ordenamientos forales, normalmente, parten de la idea del buen progenitor, el Código Civil habitualmente piensa primordialmente en la posibilidad de abusos, esto es, en los casos patológicos, «aunque sean excepción».

[130] CADAFALCH (1862, 133) denuncia que al verse convertido el progenitor por el sistema legitimario del Código Civil en un *[sic]* «mísero usufructuario de sus bienes bajo las prescripciones de una ley que los transfiere en propiedad á los hijos, sin que se hayan hecho siquiera dignos de su posesión por el trabajo ó por sus merecimientos, ¿podrá el labrador, el comerciante, el industrial sentirse animado para no abandonar nunca sus negocios? ¿podrá inclinar sus hijos al trabajo, aconsejarles que sigan su profesion ú otra distinta, ni alimentar la esperanza de elegir entre ellos un sócio, y mas tarde un sucesor?».

[131] Por cuanto al carácter disoluble del matrimonio se refiere, se aprecian alteraciones fundamentales, según las concepciones éticas y morales imperantes en cada etapa de la Historia. En este sentido, en el Derecho Romano —especialmente, en la etapa clásica— se reconocía la facultad de disolver el matrimonio si desaparecía la *affectio maritalis* de los esposos (cfr. ULPIANO: D. 24, 1, 32, 13; D. 50, 17, 30; D. 24, 1, 32, 13). En cambio, con posterioridad, el ordenamiento canónico aplicable durante muchos siglos en los países occidentales vedó esta posibilidad. Como reacción frente a las concepciones eclesiásticas (cuyo germen podemos ubicar en la Reforma protestante y en la Escuela de Derecho Natural Racionalista), las legislaciones europeas comenzaron a evolucionar en esta materia a partir de la Edad Moderna, de tal modo que ciertos filósofos de la Ilustración rehusaron la indisolubilidad del vínculo conyugal, y patrocinaron la admisión del divorcio (que en Francia se plasmó a raíz de la Revolución). En España, sin embargo, esta figura no gozó de la misma acogida, y —hasta la trascendental reforma de 1981— su único reflejo normativo fue efímero: la Constitución de 1931, que fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939.

[132] BARRIO (2012, 577) propone una «legítima de alimentos» o un «derecho forzoso de alimentos». En contra, por ejemplo, CAÑIZARES (2014, 265 y 266). Por su parte, ZUBERO (2017, 76), si bien combinado con un derecho de legítima colectiva, propone un régimen de alimentos *post mortem* a imagen del contenido en los artículos 298 y 515 del Código del Derecho Foral de Aragón.

[133] Hemos de apuntar que en el caso de excluirse las legítimas, la reserva del artículo 811 del Código Civil quedaría reducida al supuesto de la sucesión intestada, ya que sería el único modo en el que el ascendiente (reservista) podría haber *«adquirido por ministerio de la ley»* bienes y derechos de su descendiente. En cualquier caso, debemos recordar que, de conformidad con el todavía vigente Código Civil, si esos bienes se los atribuye gratuita y voluntariamente el descendiente al ascendiente (o a alguien extraño a la familia), pero no en cumplimiento de ningún deber legal (esto es, no los adquiere *ministerio legis*), no concurren los presupuestos de la reserva troncal, y el mencionado ascendiente no está obligado a reservarlos. En definitiva, como es coherente en un ordenamiento que rehúsa la amortización de la propiedad, no puede hallarse garantizado que un bien permanezca en la misma familia generación tras generación.

[134] BARRIO (2012, 594 a 596) propone una prolongación del deber legal de alimentos entre progenitores e hijos que trascienda la muerte de los primeros, en aras a que los segundos hayan podido alcanzar las condiciones necesarias para poder tener acceso a una fuente de ingresos propia. Extiende este autor dicho crédito alimentario a las hipótesis en las que la situación de necesidad del hijo resulte sobrevenida, si bien no achacable al mismo: «Estas consideraciones llevarían al resultado, a su vez, de que si los hijos son mayores de edad, han concluido con éxito su período de aprendizaje o no habiendo completado sus estudios, gozan de una fuente de ingresos propia que les permita cubrir sus necesidades más apremiantes o, en cualquier caso, si han alcanzado ya los 26 años

de edad y no se hallan inmersos en una situación de necesidad que ellos mismos hayan contribuido a generar, salvo que se produjeran hechos sobrevenidos que les condujeran al infortunio, no tendrán más derecho sobre la herencia de sus padres que aquel que el afecto o el cariño de estos últimos les pudiera haber movido a dictar» (2012, 595).

[135] Según ROCA TRÍAS (2020, 40 y 44), únicamente podría admitirse una legítima de tipo alimentario, en aplicación de los principios constitucionales recogidos en los artículos 39.3 y 49 CE. Esta suerte de legítimas satisfaría «la función social exigida».

[136] VAQUER (2007, 15).

[137] No obstante, no resultan por completo extrañas estas actuaciones al vigente ámbito de las legítimas, dados los términos en los que se expresa el segundo párrafo del artículo 822 (desde su reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aunque su actual redacción obedece a los términos introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio), al aludir expresamente a la situación en *«que lo necesite»*.

[138] El ordenamiento mexicano ofrece una solución que nos parece más razonable que la todavía vigente en nuestro Código Civil, si bien resulta cuestionable, a nuestro modo de ver, su enorme amplitud por cuanto se refiere a los posibles alimentistas (ya que incluye a ascendientes, hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, sin tener en cuenta si dependían económicamente del causante mientras este se hallaba todavía con vida); por el contrario, entendemos que el texto mejicano resulta demasiado restrictivo al fijar los dieciocho años como edad límite de los descendientes no *«imposibilitados de trabajar»* para poder exigir tales alimentos.

[139] En similares términos, BARRIO (2012, 595).

[140] CADAFALCH (1862, 189).

[141] Para TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014, 162) las transformaciones sociológicas habidas en las familias contemporáneas, así como los nuevos modelos de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, incluidas las dificultades técnicas que pueden presentarse al concurrir en una misma sucesión propietarios y usufructuarios, invitan a optar por la propiedad y no por un derecho de goce.

[142] *Vid.,* v.gr., STS de 21 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1635).

[143] Sobre este particular, *vid.* GAGO y ANTUÑA (2021, 1225).

[144] Plantea O'CALLAGHAN el problema que surge si se ha preterido erróneamente a un descendiente, cuando a uno de los hijos se le nombra heredero, mientras que al resto los designa el causante legatarios en la misma cuantía; si aplicamos literalmente el artículo 814.2.º del Código Civil, primero se anula la institución del nombrado heredero, y luego —si no resulta suficiente— los legados. En cambio, entiende el referido autor más razonable «que la porción del preterido deberá extraerse reduciendo por igual todas y cada una de las atribuciones patrimoniales a favor de los demás hijos sin tener en cuenta el título de atribución». O'CALLAGHAN (2008). Comentario al artículo 814 del Código Civil. En: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.ª edic. Madrid: La Ley, 814 y 815.

[145] TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). La legítima en el Código Civil (I). En: T.F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 21. O'CALLAGHAN (2015).

[146] En contra, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.ª (2014). Reflexiones sobre la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 987. Entiende este autor que el vigente sistema de la legítima «es más simple y económico» que el régimen de la *Family Provision Act*.

[147] VAQUER (2007, 15). En contra de la configuración de un derecho de alimentos como el que proponemos se manifiesta expresamente TORRES GARCÍA (2006, 224). Aduce, en este sentido, que la legítima se debe incondicionalmente, mientras que en las diversas modalidades de derecho de alimentos contempladas en nuestro Código Civil, por el contrario, unas veces la necesidad del alimentista es presupuesto imprescindible, y en otras ocasiones no lo es (v.gr., arts. 964 y 1408 CC). No alcanzamos a apreciar el

obstáculo identificado por la referida autora, pues, en primer término, como la propia TORRES GARCÍA reconoce, «estos alimentos citados [que no requieren necesidad] muy poco tienen que ver con los establecidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil». Por otra parte, lo que proponemos es la sustitución por completo del régimen legitimario de los descendientes por una suerte de derecho de alimentos conceptualmente próximo, precisamente, al regulado en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, si bien con las requeridas adaptaciones, salvedades y especificidades, que lo caracterizarían frente a los alimentos actualmente plasmados en nuestro Código; es decir, pese a gozar de un fundamento común, como vías para solventar hipótesis de necesidad en el ámbito familiar, constituirían dos institutos nítidamente diferenciados y, como tales, autónomos. En definitiva, frente a la observación de TORRES GARCÍA, lo que proponemos es, justamente, un abandono de férreas estructuras milenarias, de tal modo que se reformulen instituciones o se engendren otras nuevas, e, incluso, se rompa con conceptos que seguramente han resultado de gran utilidad durante siglos, pero que ya no se ajustan a las actuales coordenadas. Es decir, a nuestro modo de ver, los conceptos y las soluciones tradicionales no deberían suponer ningún escollo para la admisión de la solución propuesta, pues lo que patrocinamos es, exactamente, la superación de tales estructuras.

[148] ROUSSEAU (1764, 77).

[149] MONTESQUIEU (1844). *Esprit des lois*, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan, etc. París: Librairie de Firmin Didot Frères, 401. Según este autor, todo lo atinente a la sucesión no puede haber sido regulado más que por la sociedad, y, por consiguiente, por las leyes políticas o civiles; no por el Derecho natural (se aleja, pues, de las concepciones del Derecho común a las que hicimos alusión con anterioridad).

[150] STS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562): «Ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia».

[151] Afirma ROCA-SASTRE (1997, 18) que no debe plantearse el problema como una dicotomía *libertad desenfrenada-restricción casi absoluta*, sino como la búsqueda de un punto intermedio donde los legitimarios puedan condicionar legalmente la libertad de disponer de la que goza el causante.

[152] DÍEZ-PICAZO (2015, 558 y 559).

[153] BARRIO (2012, 561 a 563). Este mismo autor ofrece una excelente revisión de la conexión histórica existente entre la legítima y los alimentos (2012, 564 a 568).

[154] MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª (1911). *Comentarios al Código Civil español*, T. VI. 4.ª edic. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 573.

[155] A mediados del s. XIX, CADAFALCH (1862, 132 y 133) ponía el foco de atención en la conducta que pueden llegar a observar los legitimarios, sabedores de la segura recepción de sus legítimas en el futuro *[sic]*: «Resalta tanto mas la necesidad de un sistema libre, cuando se toman en cuenta los gravísimos perjuicios que, en general, irroga á la sociedad el de sucesion forzosa. Desorganiza la familia. Sabiendo los hijos ya en edad temprana que el nacimiento les asegura cierta porcion del haber paterno, creen en sus juveniles años y en su inesperiencia que podrán atender con ella á sus necesidades, sin que deban temer jamás al monstruo de la miseria. Empiezan así á vivir en la indiferencia, á cobrar aversion al trabajo, de suyo repugnante, y acaban por entregarse á la desidia. Se ha justificado de este modo la opinion de que los hijos de familias ricas, no obstante los medios de que disponen, apenas salen de la esfera de la medianía. Débense casi esclusivamente, segun M. Le Play, los esfuerzos hacia lo verdadero, lo justo y lo bueno á hijos de familias pobres que lo llevan á cabo, por decirlo así, á título individual, sin el auxilio de una fortuna anterior, de padres ilustrados y de buenas tradiciones, ó, en otras palabras, faltos absolutamente de los principales medios en que se fundan los progresos

de las sociedades. No solo se distinguen los hijos de familias acomodadas por su indiferencia y desidia; distínguense tambien á veces por su falta de respeto y obediencia hácia sus padres, y mas tarde hácia la autoridad pública. Así debe acontecer cuando se relajan los vínculos de la familia con la seguridad de tener los hijos un lote independientemente de la voluntad del padre».

[156] ARENAL (1895, 336 y 337).

[157] MONTESQUIEU (1844, 401). En nuestra moderna doctrina patria, VALLADARES (2004, 4901) no halla razón alguna para limitar la facultad de disposición *mortis causa* a los progenitores, toda vez que ya han satisfecho en vida sus deberes paternofiliales.

[158] GIL Y ROBLES (1902, 36, n. I) habla del «individualismo más absurdo».

[159] MIQUEL (2014, 986).

[160] PANTALEÓN (2003, 13).

[161] No parece que así sea, cuando quien impuso su visión castellana de las legítimas en el Código Civil reconocía que hay pocas legislaciones que sean tan subordinadas como la navarra al principio de familia (ALONSO MARTÍNEZ, 1884, 108). A pesar de ello, auguraba (*op. cit.,* 116) en el s. XIX un lúgubre y desalentador porvenir a la libertad de testar en Navarra *[sic]*: «Ya el Sr. Morales, en la Comision de Códigos, si bien defendió con teson el mantenimiento en Navarra de la libertad de testar, reconoció que el desarrollo de la riqueza, el contacto y frecuente trato con otros pueblos merced á la rapidez y baratura de las comunicaciones, la preponderancia cada dia creciente de los intereses materiales y otras causas, podian influir para que, relajada la severidad de las costumbres y soliviantada la opinion por la repeticion de abusos hasta aquí por todo extremo raros, los mismos naturales de Navarra, en un plazo no lejano, soliciten con ahinco la reforma de su legislacion en sentido restrictivo y renuncien de buen grado á esa libertad que todavía hoy aman con frenesí». Transcurridas ya más de dos décadas del s. XXI, podemos aseverar, sin temor a equivocarnos, que no ha llegado tal día, y que el presagio asumido como propio por ALONSO MARTÍNEZ no parece en absoluto próximo.

[162] Señala GOMÁ (2019, 74) que el vigente sistema legitimario colisiona con la tendencia de favorecer la individualización y el desarrollo personal.

[163] BARRIO (2012, 570 a 574).

[164] En coherencia con el párr. 2.º del artículo 143 del Código Civil (concordante con el art. 139 CC) vigente en aquel momento, donde se disponía: *«Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio».*

[165] Ley 10 de Toro: *«Mandamos, que en caso quel padre o la madre sean obligados a dar alimentos a alguno de sus hijos ylegitimos, en su vida o al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ylegitimo. De la qual parte, despues que la oviere el tal fijo, pueda en su vida o en su muerte hazer lo que quisiere o por bien toviere. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere fijos o descendientes legitimos, mandamos quel padre le pueda mandar iustamente, de sus bienes, todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos».*

[166] En la sucesión en general, realmente. No podemos obviar que en el orden sucesorio intestado el cónyuge viudo se halla relegado a un cuestionable tercer lugar, tras los descendientes y los ascendientes.

[167] ZUBERO (2017, 76 y 77) propone la adopción en nuestro Código Civil de un amplio usufructo de viudedad similar al derecho de viudedad aragonés (arts. 283 a 302 Código del Derecho Foral de Aragón). Por otra parte, estima conveniente equiparar los derechos sucesorios conyugales a los de las meras parejas de hecho estables.

[168] En nuestra opinión, esta solución salvaría la crítica manifestada por PARRA (2009, 505), cuando señala que quienes sostienen la concepción de la legítima como un derecho de alimentos a favor de los descendientes necesitados adolecen de incoherencia «con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento». Según nuestra propuesta, los descendientes únicamente tendrían derecho a la legítima en caso de necesidad (en todo caso, los menores y descendientes en situación de discapacidad mientras tales circunstancias perduren, si bien cabría ampliar su duración a imagen de lo que acontece en el ámbito de las crisis matrimoniales), pero el consorte viudo no gozaría en todo caso de ella, pues entendemos que habría de hacerse depender de su situación económica y de la capacidad para mantener el mismo nivel de vida del que disfrutaba en vida de su cónyuge premuerto.

[169] Artículo 452-1 del Código Civil Cataluña: *«1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3. 2. Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante»*.

[170] Una perspectiva similar a la nuestra sostiene O'CALLAGHAN (2015), pues aboga por la libertad de testar limitada únicamente por dos derechos de otras personas propios del Derecho de Familia: el derecho de alimentos de los descendientes —este autor incluye, además, el de los ascendientes—, y el derecho a una eventual compensación patrimonial del viudo, que habría de «articularse a semejanza de lo que se plantea por el divorcio, que es una causa, como la muerte, de disolución del matrimonio».

[171] ROCA TRÍAS (2014, 1264 y 1265).

[172] *Vid.* https://www.notariado.org/portal/-/los-notarios-explican-las-ventajas-de-hacer-testamento-1 (recurso electrónico accesible el 1 de julio de 2022).

[173] Si el causante tuviera la intención de salvaguardar, asimismo, los intereses sucesivos de sus descendientes, tendría a su disposición —por ejemplo— la facultad de establecer sustituciones fideicomisarias sin las actuales restricciones legitimarias. Sobre la posibilidad de mejorar la situación jurídica del viudo si se establece un derecho sucesorio de alimentos a favor de los descendientes, *vid.* BARRIO (2012, 595 y 596).

[174] TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014, 145, n. 233) consideran, por su parte, que establecer un derecho sucesorio a favor de los familiares en situación de necesidad o dependencia es contradictorio con el hecho de suprimir la legítima de los ascendientes.

[175] PANTALEÓN (2003, 13).

[176] ROUSSEAU denunció que donde las leyes se debilitan con el paso del tiempo, esto es, envejeciendo, se evidencia que ya no hay más Poder Legislativo y que el Estado ha dejado de existir; a nuestro modo de ver, las sucesivas reformas plasmadas no solo en nuestro entorno, sino —principalmente— también en el seno de varios de los ordenamientos de nuestro país, ponen de relieve dicho «envejecimiento» del sistema legitimario de nuestro Código Civil y, por consiguiente, la quiebra de la labor del Poder Legislativo. *Vid.* ROUSSEAU (1762). *Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey, 201. El autor helvético describió del siguiente modo a las personas que encarnan dicho Poder (1762, 85): «Le législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l'Etat. S'il doit l'être par son génie, il ne l'est pas moins par son

emploi. Ce n'eft point magistrature, ce n'est point souveraineté. Cet emploi, qui constitue la république, n'entre point dans sa constitution: C'est une fonction particuliere et supérieure qui n'a rien de commun avec l'empire humain; car si celui qui commande aux hommes ne doit pas commander aux loix, celui qui commande aux loix ne doit pas non plus commander aux hommes; autrement ses loix, ministres de ses passions, ne seroient souvent que perpétuer ses injustices, et jamais il ne pourroit éviter que des vues particulieres n'altérassent la sainteté de son ouvrage» (El legislador es en todos los aspectos un hombre extraordinario en el Estado. Si lo ha de ser por su talento, no lo es menos por su empleo. Este no es ni magistratura, ni soberanía. Este empleo, que constituye la república, no entra en su constitución: es un ministerio particular y superior que nada tiene de común con el imperio humano; porque si el que manda a los hombres no debe mandar a las leyes, tampoco el que manda a las leyes debe mandar a los hombres; de lo contrario sus leyes, instrumentos de sus pasiones, no harían más que perpetuar sus injusticias, y nunca podría evitar que sus miras particulares alterasen la santidad de su obra). Este mismo autor (1762, 123) recuerda que el poder de legislar pertenece al Pueblo, y que a nadie más puede pertenecer.

[177] RUBIO GARRIDO (2019, 142).

(Trabajo recibido el 3 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)

La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos*

The new directive europe on civil liability for defective products and its application to fully automated or autonomous vehicles

por

CARMEN NÚÑEZ ZORRILLA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN: Se camina, a nivel mundial, hacia una cada vez mayor utilización de la inteligencia artificial en los sistemas de transporte, en los que, cada vez adquieren mayor importancia los vehículos autónomos o sin conductor, haciendo que la movilidad sea más segura, cómoda, eficiente

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento 2021. Modalidad: Investigación No Orientada Tipo B. PID2021-123070NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que lleva por título: *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte*. IP: Eliseo Sierra Noguero.

y sostenible, y se encuentre al alcance de todos. Ahora bien, la transición a los vehículos autónomos, que repercutirá, entre otros aspectos, especialmente, en la responsabilidad civil y en los seguros, genera nuevos riesgos no cubiertos por las normativas tradicionales, que ya no sirven y han quedado desfasadas para dar solución a los nuevos problemas que origina la utilización de esta nueva tecnología: la intervención de múltiples sujetos en su proceso de creación, la opacidad de sus rendimientos, el aprendizaje autodidacta continuo e independiente de las decisiones previamente programadas tras su puesta en circulación, su conectividad y la complejidad en los componentes de estos vehículos. De ahí la preocupación por el desarrollo desde la Unión Europea, de un nuevo marco jurídico uniforme y completo para la regulación de la inteligencia artificial, con la finalidad de revisar la normativa vigente para adaptarla al rápido y progresivo desarrollo de estas nuevas tecnologías.

En el presente trabajo se analiza una normativa europea de muy reciente aparición, que incide en la regulación de la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por los vehículos altamente automatizados o autónomos: la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por productos defectuosos*, de 28 de septiembre de 2022, que deroga la Directiva sobre productos defectuosos de 1985.

ABSTRAC: Worldwide, we are moving towards an increasing use of artificial intelligence in transport systems, in which autonomous or driverless vehicles are becoming increasingly important, making mobility safer, more comfortable, and more efficient. and sustainable, and is within everyone's reach. However, the transition to autonomous vehicles, which will have repercussions, among other aspects, especially in civil liability and insurance, generates new risks not covered by traditional regulations, which no longer serve and are outdated to solve the new problems caused by the use of this new technology: the intervention of multiple subjects in its creation process, the opacity of its performance, the continuous and independent self-taught learning of previously programmed decisions after its release, its connectivity and the complexity in the components of these vehicles. Hence the concern for the development from the European Union, of a new uniform and complete legal framework for the regulation of artificial intelligence, in order to review the current regulations to adapt it to the rapid and progressive development of these new technologies.

In the present work, a very recent European regulation is analyzed, which affects the regulation of civil liability derived from damages caused by highly automated or autonomous vehicles: the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, on liability for defective products, of September 28, 2022, which repeals the Defective Products Directive of 1985.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial. Producto defectuoso. Responsabilidad civil. Vehículos autónomos. Conducción automatizada. Seguridad del producto. Fabricante. Daños. Riesgos tecnológicos.

KEY WORDS: Artificial intelligence. Defective product. Civil liability. Autonomous vehicles. Automated driving. Product safety. Maker. Damages. Technological risks.

SUMARIO: I. MOTIVOS DE LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 85/374/CEE DEL CONSEJO, DE 25 DE JULIO DE 1985, SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.—II. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022: 1. La noción de producto. 2. Daños indemnizables. 3. La noción de defecto: *A) La carga de la prueba y la revelación de información*. 4. Los sujetos responsables. 5. Causas eximentes de la responsabilidad del fabricante. 6. Plazos para el ejercicio de las acciones. 7. Personas legitimadas para reclamar la responsabilidad.—III. CONCLUSIONES.—IV. RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. MOTIVOS DE LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 85/374/CEE DEL CONSEJO, DE 25 DE JULIO DE 1985, SOBRE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

La inteligencia artificial (IA) aplicada al transporte y a la conducción, se propone desarrollar en la máquina la capacidad de percepción, el aprendizaje a partir de la experiencia, relacionar conocimientos y resolver problemas, emulando los procesos del cerebro humano, como el razonamiento y la conducta. En un horizonte temporal se considera posible crear una máquina dotada de todas las capacidades mentales de los seres humanos, incluyendo la imaginación. Actualmente se avanza en la configuración del vehículo autónomo de acuerdo con el pensamiento humano (ALASTRUEY, 2021, 183 y 189).

En los últimos años, las cuestiones asociadas a la prevención de riesgos asociados con los vehículos automatizados están siendo objeto de profundo estudio por las instituciones europeas. El desarrollo de los vehículos automatizados se presenta como algo que inevitablemente beneficiará a la sociedad, al reducir el número de muertes por accidentes, las emisiones nocivas del

transporte, incrementar la movilidad de personas con limitaciones, como las personas mayores de edad y las discapacitadas, y al mejorar la accesibilidad de los servicios de movilidad. Se cree que el error del conductor es la razón principal detrás de más del 90% de todos los accidentes. Incluso cuando la razón crítica detrás de un accidente se atribuye al vehículo, carretera o entorno, se encuentra que factores humanos adicionales como la falta de atención, la distracción o el exceso de velocidad contribuyen a la ocurrencia del choque o severidad de la lesión. Las mismas tecnologías que se aplican a los automóviles autónomos también pueden aplicarse a la industria del transporte de carga por carretera, lo que aumenta el ahorro de combustible y reduce la necesidad de conductores de camiones y la contaminación ambiental.

Se avanza a nivel global de manera rápida y progresiva hacia la completa automatización de los vehículos o vehículos sin conductor, en los que es la propia máquina la que realiza todas las tareas de la conducción sin intervención de un conductor humano. El coche autónomo es un vehículo a motor equipado con un sistema de IA que permite conducirlo sin ninguna intervención humana. Los coches autónomos son capaces de imitar las capacidades humanas de manejo, conducción y control, pudiendo percibir el medio que los rodea y navegar en consecuencia. Según predicciones recientes, los coches totalmente autónomos podrían estar disponibles en un plazo de cinco a diez años. Hoy en día, la tecnología ya ha asumido algunas de las tareas del conductor en el manejo del vehículo, por medio de los asistentes a la conducción. Esta evolución tecnológica culminará con la capacidad de los coches de llevar a las personas de un lugar a otro sin ninguna intervención humana (BARRIO ANDRÉS, 2019, 101-103).

Se considera que los vehículos autónomos determinarán el futuro del transporte a escala mundial por los numerosos beneficios que reportarán (PARLAMENTO EUROPEO, 2019, 2, 3 y 81), pero al mismo tiempo, desde la Unión Europea (UE) se toma conciencia de las nuevas cuestiones y retos jurídicos que plantean, que requieren de nuevas respuestas a nivel legal. Las normativas tradicionales en materia de responsabilidad por accidentes derivados de la conducción se fundamentan en la existencia de un conductor humano que controla y dirige el vehículo para asignar la responsabilidad, por lo que ya no sirven para imputar la responsabilidad cuando quien conduce es la propia máquina, pasando a ser la persona un simple pasajero, como sucede en los niveles más altos de automatización (niveles 4 y 5), en los que se incorporarán sistemas de IA capaces de adoptar sus propias decisiones no preestablecidas por el intelecto humano y apartadas de decisiones previamente programadas (EXPÓSITO GÁZQUEZ, 2022, 117). Estos sistemas tienen capacidad para evolucionar y mejorar a partir de la experiencia y de los errores, escapando de las directrices de entrenamiento

de sus creadores. Cuando la IA se basa en algoritmos de *machine learning*, como sucederá cuando se alcance la plena autonomía en los vehículos, que tendrán capacidad para aprender de los datos y a partir de ellos formarse nuevos criterios y tomar decisiones autónomas, se generan unos retos más complejos que los que entrañan los sistemas expertos, en los que los programadores trasladan al algoritmo las normas y los criterios para tomar decisiones, teniendo unas capacidades más limitadas y predecibles.

A partir de aquí, se produce un desplazamiento de la responsabilidad al fabricante como sujeto que mayor control tiene sobre la prevención de los riesgos, pero el siguiente e inmediato problema que se plantea es que la Directiva de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, no fue diseñada para dar respuesta a los nuevos retos que plantea la complejidad de esta alta tecnología, que viene dada precisamente, por los rasgos que la caracterizan: —por su opacidad (imposibilidad o extremada dificultad para averiguar la causa del daño y el concreto defecto que lo ha provocado, y por tanto la elevada dificultad para probar el nexo causal entre el daño y el defecto. La complejidad de los procesos de toma de decisiones origina que la averiguación o explicación de los motivos que han llevado a la máquina a reaccionar de una manera y no de otra, sean imposibles o muy difíciles de determinar (PEGUERA POCH, 2020, 46 y 47). A lo que se añade que la actuación lesiva de la máquina no tiene por qué deberse a un defecto, fallo o error en su diseño o fabricación. En muchos supuestos el daño no será consecuencia de una falta de diligencia del fabricante en ningún aspecto, sino de una decisión autónoma errónea del propio sistema de IA); —por su imprevisibilidad y autonomía en el rendimiento (capacidad para adoptar decisiones que escapan al control de su creador, fruto de su aprendizaje autónomo a partir de la experiencia); —por su capacidad para evolucionar tras su puesta en circulación o servicio modificando sustancialmente sus funcionalidades o finalidad previstas; —por la multiplicidad y diversidad de agentes que intervienen en su proceso de fabricación, haciendo muy difícil determinar cuál de todos ha causado el daño; —por su conectividad y dependencia de datos externos y —por su vulnerabilidad frente a las violaciones de la ciberseguridad. Todo lo cual ha provocado que desde la UE se avance en la elaboración de una normativa homogénea y armonizada, vinculante para los Estados miembros, que ofrezca soluciones jurídicas a los problemas mencionados, unas veces, mediante la creación de normativas completamente nuevas, y otras, por medio de la revisión de la normativa tradicional, para adaptarla a la nueva realidad tecnológica. Lo ideal es que lleguen a elaborarse en un futuro próximo normativas sectoriales europeas uniformes y completas sobre los sistemas autónomos con IA en el sector del

transporte por carretera, aéreo, por mar y vías navegables y por ferrocarril, especialmente, en lo que concierne a la responsabilidad civil derivada de los daños que esta novedosa tecnología puede ocasionar. Por el momento, en lo que respecta a la responsabilidad civil, solo contamos con regulaciones comunitarias generales destinadas a la construcción de un marco jurídico uniforme para la aplicación y el desarrollo de una IA fiable, que es la que debe aplicarse, a la espera de una regulación más específica.

La primera actuación de la UE dirigida a colmar las lagunas mencionadas tuvo lugar con la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial,* de 20 de octubre de 2020. Este texto conjuntamente con las nuevas normas revisadas de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, con la que debe coordinarse estrechamente, constituirán los dos pilares de un marco común de responsabilidad civil para los sistemas de IA de alto riesgo en la UE.

En la Propuesta de Reglamento se pretenden afrontar los problemas de la opacidad (elemento «caja negra») de los sistemas de IA, que puede hacer extremadamente costoso o incluso imposible determinar quién controlaba realmente el riesgo asociado al sistema, o qué código o entrada ha provocado en última instancia el funcionamiento lesivo, y de la creciente autonomía de estos sistemas, debido a sus capacidades de aprendizaje automático y aprendizaje profundo, que los convierte en cada vez más imprevisibles e incontrolables (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 221). Las enormes dificultades a las que se enfrenta la persona perjudicada para poder demostrar algún tipo de culpa o negligencia en el autor del daño, se solucionan en la Propuesta de Reglamento estableciendo un criterio de imputación objetiva para los sistemas de IA de alto riesgo, entre los que se incluyen expresamente a los vehículos con niveles elevados de automatización, y en el que la víctima solo debe probar el daño y la relación de causalidad, siendo de parte del demandado la carga de probar alguna causa que le exima de responsabilidad, que en este sistema únicamente pueden ser la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima. El demandado no podrá eximirse de responsabilidad probando que actuó con la diligencia debida o que el perjuicio fue causado por un proceso autónomo de toma de decisiones del sistema de IA. Este régimen de responsabilidad objetiva implantado por la Propuesta prevalecerá sobre los regímenes nacionales de responsabilidad civil en caso de divergencia. En cuanto a los sistemas de IA que de conformidad con la Propuesta de Reglamento no sean considerados de alto riesgo, aunque sean autónomos, como pueden serlo, por ejemplo, los vehículos con un nivel 3 de automatización, deben quedar sometidos al régimen de la responsabilidad subjetiva vigente en las respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros, pero con las adaptaciones y ajustes impuestos por la mencionada

Propuesta y por las que se lleven a cabo más adelante desde la UE, que considera que los perjudicados deben poder beneficiarse de aligeramientos en la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad basados en presunciones (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, 9).

Las dificultades que plantea la averiguación de la verdadera causa del daño tecnológico, y en consecuencia, el poder dirigir la reclamación de la responsabilidad civil hacia una persona en concreto, se quieren salvar en la Propuesta de Reglamento, por medio de la introducción de la figura del «operador» del sistema de IA, que es la persona que va a asumir la responsabilidad por el daño causado, por el hecho de aparecer como el sujeto que ejerce el mayor grado de control sobre el funcionamiento del sistema causante de la lesión, con independencia de la verdadera causa del defecto o fallo concreto que haya llevado efectivamente al resultado lesivo, el cual será normalmente imposible o muy difícil de detectar. Se trata de quien se encuentra en mejores condiciones para controlar un riesgo determinado y poder gestionarlo con éxito. Es quien, en definitiva, por el tipo de acción llevada a cabo por la máquina, parece haber tenido más nivel de influencia en su funcionamiento, por lo que debe ser quien *a priori*, asuma toda la responsabilidad. La Propuesta tiene en cuenta la posibilidad de que puedan participar en la producción del daño más de un operador. Así, por ejemplo, en un coche autónomo la imprudencia puede proceder tanto del usuario que no realizó un uso correcto del coche porque no siguió bien las instrucciones, como del fabricante que omitió para el caso concreto las medidas previsibles que debería haber incorporado en el vehículo. Para tales supuestos, la Propuesta de Reglamento ha articulado dos figuras principales como posibles responsables: por un lado, el operador final, que es la persona que la posee y utiliza para su propio beneficio particular, y quien toma las decisiones directas que inciden sobre su uso, y por otro, el operador inicial, como la persona que aunque ya no tenga a la máquina bajo su posesión física, sigue ejerciendo un control permanente sobre su funcionamiento y sobre los riesgos durante toda su vida útil (la que define las características de la tecnología y su entrenamiento, la que la actualiza periódicamente, la que ejerce una actividad de vigilancia y supervisión tras su comercialización), siendo esta persona principalmente el fabricante. Así, aunque el operador final parece ser la persona que decide materialmente en primera instancia sobre el uso del agente artificial, el operador inicial puede mantener un grado de control más elevado sobre los riesgos de funcionamiento. En estos supuestos la Propuesta de Reglamento articula una responsabilidad solidaria de ambas partes, sin perjuicio de las acciones de regreso en las relaciones internas de la solidaridad de la una contra la otra por la parte proporcional que refleje el nivel de control que cada una tuvo sobre el riesgo materializado (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 224, 225 y 226). Asimismo, también establece

una dualidad de normativas que deberán tenerse en cuenta para encauzar las demandas de responsabilidad contra el fabricante, al establecer que, en el caso de que haya 2 operadores y el operador inicial sea el fabricante, la responsabilidad deberá exigírsele a través de la Directiva sobre productos defectuosos, y si solo hay un operador y este coincide con la persona del fabricante, el presente Reglamento debe prevalecer sobre la Directiva. Si habiendo solo un operador este coincide con la persona del usuario, solo le podrá ser aplicado el Reglamento (COMISIÓN EUROPEA, 2020, 18).

Esta responsabilidad puede ser accionada tanto por particulares como por entidades o empresarios públicos o privados que sufren daños en bienes destinados a un uso exclusivamente empresarial o profesional, ampliándose así el ámbito de protección respecto a la Directiva sobre productos defectuosos, que circunscribe su protección a los consumidores o usuarios, y, por lo tanto, únicamente a los daños sufridos en bienes destinados principalmente al consumo o uso privativo o personal. Esta ampliación de la responsabilidad que contempla la Propuesta de Reglamento parece más coherente con una tecnología que también puede causar importantes y graves daños a los empresarios (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 222-225).

Otro de los avances significativos que incorpora esta Propuesta es que no distingue entre los productos y los servicios, ni tampoco limita su aplicación a unos o a otros, por lo que hay que entender que la figura del operador abarca tanto a los productos como a los servicios gobernados por sistemas de IA. Esta solución elimina el problema que viene planteando la Directiva sobre productos defectuosos relativo a tener que delimitar si nos encontramos ante un producto o ante un servicio en un sistema concreto de IA, ya que en este tipo de tecnología esta concreción en ocasiones resulta difícil de aclarar. Tampoco excluye de su ámbito de aplicación a ningún tipo específico de IA. Va destinada a todo tipo de sistemas, con independencia de que se encuentren integrados en soportes físicos o intangibles. De este modo, se evita el problema que ha venido planteando la Directiva sobre productos defectuosos, relativo dilucidar si dentro de la noción de producto se incluyen únicamente los bienes corpóreos o también los incorporales o intangibles (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 211, 214, 215, 221, 223 y 224). A ello debe añadirse, además, que la Propuesta de Reglamento incluye dentro de su ámbito de protección, no solo los daños morales derivados de muerte, como sí hace la Directiva de 1985, sino también los daños morales derivados de lesiones físicas o psíquicas y de daños en bienes materiales o económicos, siendo consciente de que los daños morales cobran mayor importancia en las relaciones humano-robots.

La Propuesta imputa la responsabilidad por los daños ocasionados por los sistemas autónomos de alto riesgo en general, a la persona que pudo haber evitado el daño mediante los sistemas de prevención de riesgos del

producto en cuestión, quien no podrá eludir su responsabilidad argumentando que el proceso causante del daño se encontraba fuera de su control porque fue causado por un funcionamiento autónomo del sistema. Esta funcionalidad no puede ser utilizada por el operador para evadir su responsabilidad, ya que, de ser así, la víctima se quedaría siempre sin cobrar, ante la imposibilidad de poder identificar y demostrar la culpa de la persona que realmente ejercía el control de la IA cuando tuvo lugar el daño (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 222 y 223). Si trasladamos este criterio al ámbito de la conducción altamente automatizada, parece que la respuesta es que la responsabilidad debe recaer sobre el fabricante del vehículo, como parte que está en mejor posición para evitar el accidente, y no sobre la persona que lo utiliza (el poseedor, el pasajero), puesto que ya no puede ser calificada como conductora, con la salvedad de aquellos casos en los que el daño haya derivado de una acción u omisión de la persona usuaria. Sin embargo, la asignación de la responsabilidad al fabricante por los daños ocasionados por el vehículo cuando está en modo autónomo o por los vehículos totalmente autónomos, puede plantear limitaciones a la innovación y al desarrollo, que pueden conducir a que los fabricantes no quieran comercializar sus vehículos hasta que se consideren que son lo suficientemente seguros para no tener ningún accidente. Además, los fabricantes trasladarían estos costes de mejorar sus vehículos a los consumidores, elevando el precio final del producto, con lo que se comercializarían más tarde y serían más caros (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 135 y 136). Todo ello, llevaría a la necesidad de tener que compensar económicamente a los fabricantes de alguna manera.

El criterio de imputación que aplica la Propuesta de Reglamento para reclamar la responsabilidad por el funcionamiento de los sistemas de IA que conllevan un alto riesgo de peligro para el público en general, en todos los tipos de daños, es el objetivo, en el que la víctima solo debe probar el daño y la relación de causalidad, siendo de parte del demandado la carga de probar alguna causa que le exima de responsabilidad, que en este sistema únicamente pueden ser la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima. El operador/fabricante no podrá eximirse de responsabilidad probando que actuó con la diligencia debida o que el perjuicio fue causado por un proceso autónomo de toma de decisiones del sistema de IA. El operador responderá con la sola demostración del daño y de la relación de causalidad, con independencia de si el daño ha sido debido o no a un defecto de fabricación o a un incumplimiento de los deberes como operador. En este régimen estas circunstancias no importan porque se hace responder al operador por la sola existencia de un daño originado por una IA de alto riesgo, respecto de la cual, se parte de la premisa de que la explicación o averiguación de los fallos o motivos de la actuación errónea, son imposibles o muy difíciles de determinar, o que ni siquiera existen, porque dependen del aprendizaje

autónomo de la máquina. Este sería el criterio de imputación que habría que aplicar a la conducción altamente automatizada, ya que, de conformidad con la Propuesta de Reglamento, este sector (el sector del transporte) se encuadra dentro de los sistemas de alto riesgo, que son aquellos que, funcionando de manera autónoma y siendo imposibles predecir de antemano, presentan un elevado potencial de causar perjuicios a una o más personas (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 227, 228 y 229).

El traspaso de la responsabilidad del conductor al productor/fabricante, como principal elemento constitutivo del riesgo y generador del peligro, conlleva la necesidad de compensarle por medio del establecimiento de límites a las cuantías indemnizatorias que le puedan ser exigidas con ocasión de la lesión producida, para evitar de esta forma el freno a la fabricación de este tipo de vehículos, o para evitar que se eleve excesivamente el precio de los mismos, haciéndose repercutir en el adquirente final. Es por este motivo, que, pensando en esta posibilidad, en la Propuesta europea la responsabilidad objetiva que se le puede exigir al operador está sujeta a unos razonables límites en su cuantía (PARLAMENTO EUROPEO, 2020, 28 y 29).

Centrándonos ahora en la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, durante casi 40 años ha proporcionado una red de seguridad jurídica para que los ciudadanos puedan reclamar una indemnización cuando sufran daños causados por productos defectuosos. Sin embargo, esta Directiva se remonta al año 1985, por lo que no cubre determinadas categorías de productos derivados de las nuevas tecnologías digitales, como los productos inteligentes y la IA, que se encuentran en pleno auge (COMISIÓN EUROPEA, 2022a, 1). Buena prueba de ello, como se ha señalado, son los vehículos a los que se les aplica IA para lograr una mayor autonomía en su funcionamiento con la finalidad de llegar en un futuro a sustituir totalmente a la figura del conductor. Actualmente, todavía nos encontramos en la fase de conducción automatizada, en la que el vehículo realiza todas o algunas de las funciones de conducción, pero bajo el control, supervisión o apoyo de un conductor humano. Sin embargo, se espera llegar en un futuro no muy lejano a la conducción altamente automatizada o autónoma, en la que es el propio vehículo el que reconoce su entorno y toma las decisiones oportunas sin el control, supervisión o apoyo de un conductor humano, respondiendo adecuadamente de forma continuada (NAVARRO MICHEL, 2020, 177). En este nivel de conducción, en el que la persona pasa a ser un simple pasajero, se plantean dilemas importantes que afectan a la responsabilidad civil, y que no están cubiertos por las normas tradicionales, como por ejemplo ¿quién debe responder en los casos de daños derivados de accidentes provocados por las decisiones autónomas de estos vehículos?, o ¿de qué forma debe articularse el criterio de imputación para asignar la responsabilidad o la

carga de la prueba que debe soportar la víctima de un accidente ocasionado por esta tecnología? Una posible solución, ya que no existe un humano que controle a la máquina al cual pueda imputársele la responsabilidad, es, como se ha dicho, desplazar la responsabilidad al fabricante, pero, en cualquier caso, a este ya no se le puede exigir la responsabilidad atendiendo a los criterios tradicionales, que ya no sirven para dar una respuesta a estos nuevos interrogantes.

El exponencial desarrollo tecnológico experimentado en los últimos años, especialmente en el internet de las cosas, la robótica y la IA, hace que se plantee la necesidad de la revisión o adaptación del marco normativo vigente ante la aparición de nuevas cuestiones que afectan muy directamente al ámbito de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos defectuosos. Fruto de esta necesidad de adaptación ha sido la nueva *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por productos defectuosos*, de 28 de septiembre de 2022, que está prevista para derogar y sustituir a la Directiva de 1985. Forma parte del paquete de medidas para apoyar la adopción en Europa de una IA de confianza, por medio del establecimiento de normas uniformes a nivel de la UE, para abordar las cuestiones de la responsabilidad civil relacionadas con los productos con IA.

Un elemento que venía planteando confusión en este sentido es el *software* (conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora), como soporte lógico de un sistema informático que comprende el conjunto de los componentes que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos (*hardware*). El dilema se planteaba porque hay discusión y disparidad acerca de si este elemento es un producto o bien, un servicio. Queda claro que el *hardware* es un producto, por su tangibilidad, pero el *software* no se define. La concreción de su naturaleza era importante porque en función de la categoría que se le asigne, las reglas de responsabilidad civil aplicables serían distintas. El problema es que no todos los Estados miembros han interpretado el concepto de «producto» de la Directiva 85/374/CEE de la misma forma, ya que la definición que proporciona esta Directiva es demasiado genérica. En algunos Estados solo se consideran como productos los bienes corporales o tangibles, mientras que otras legislaciones no exigen la tangibilidad del bien para ser reconocido como producto. Por ello, venía siendo una urgencia la necesidad de reconocer, por parte del legislador europeo, al *software* expresamente como producto, para poder encauzar las demandas de responsabilidad a través de la Directiva por productos defectuosos (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 204-207). Ahora, la nueva Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos confirma que los sistemas de IA y los bienes habilitados para IA son «productos», sin

importar si son tangibles o digitales, y que por lo tanto entran dentro de su alcance. Asimismo, amplía su ámbito de protección, no solo al producto en sí mismo considerado, sino también a los servicios que afectan a los productos, al dejar claro que pueden ser considerados responsables, no solo los fabricantes de hardware y de software, sino también los proveedores de servicios digitales que afectan al funcionamiento de un producto (como un servicio de navegación en un vehículo autónomo) (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 5), aclarando cuando un servicio relacionado debe ser tratado como un componente de un producto.

Las normas de la Directiva de 1985 tampoco son claras en lo referente a determinar quién sería la persona responsable de los defectos en actualizaciones de *software*, algoritmos de aprendizaje automático o servicios digitales esenciales para el funcionamiento de un producto. Tampoco se pronuncia sobre quien es responsable cuando un producto sufre una modificación sustancial una vez ya se encuentra en el mercado; dinámica esta, que es propia del funcionamiento de los productos con IA, ya que mantienen un proceso de aprendizaje evolutivo a lo largo de todo su ciclo de vida, lo que obliga a que, las expectativas de seguridad esperadas de un producto deban ser evaluadas y exigidas, no únicamente teniendo en cuenta el momento de su puesta en circulación, como sucede en la Directiva de 1985, sino también tras su comercialización, para poder imputar la responsabilidad al fabricante ante tales modificaciones. Ahora, las normas revisadas garantizan que los fabricantes puedan ser considerados responsables de los cambios que sufran los productos que introducen en el mercado, aun y cuando estos cambios sean provocados por actualizaciones del software o aprendizaje automático (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 6). Con ello, se amplía la noción de «defecto» o de «producto defectuoso», al contemplar en la misma aquellas nuevas circunstancias que pueden hacer que el producto experimente modificaciones sustanciales debido a su autoaprendizaje tras su comercialización, a través de algoritmos de aprendizaje automático; circunstancia esta, que no eximirá al fabricante de responsabilidad. Mediante la agregación de factores como la interconexión o las funciones de autoaprendizaje, la Propuesta de nueva Directiva refleja la naturaleza cambiante de los productos en la era digital, y se aclara que el fabricante es también responsable a pesar de haber sufrido el producto modificaciones importantes a lo largo de su ciclo de vida.

A las dificultades mencionadas se añade que, entre los elementos que tradicionalmente debe probar el perjudicado por el daño para obtener el resarcimiento, se incluye la prueba del «defecto», cuando en las tecnologías con IA, debido a la opacidad que caracteriza su rendimiento, se hace muy difícil identificar el origen exacto del defecto y el defecto mismo, así como también la averiguación de si el daño ha sido debido a un defecto o simplemente, a una decisión autónoma del sistema fruto de su aprendizaje.

En cualquier caso, la prueba del defecto es costosa y compleja. La víctima precisará la colaboración de un perito experto. La experiencia adquirida con la aplicación de la Directiva de 1985 ha demostrado que las personas lesionadas se enfrentan a dificultades para obtener una indemnización debido a los obstáculos a la hora de reunir pruebas, especialmente en las reclamaciones relacionadas con las nuevas tecnologías con IA. Las exigencias probatorias alejan este régimen de un sistema propiamente objetivo de responsabilidad, para enmarcarse en un régimen que mejor podríamos calificar de cuasi-objetivo o de subjetividad atenuada.

En relación con la prueba del defecto, pongamos por ejemplo el caso en el que un vehículo con tecnología autónoma decide de manera incorrecta dentro de su capacidad de autoaprendizaje, causando un daño que podría haber sido evitado reaccionando de una manera distinta, la pregunta que se plantea es ¿se trata de un defecto de fabricación? Si se trata de sistemas que pueden actuar según sus propias decisiones no programadas de fábrica, y que, por lo tanto, en este sentido, ya se sabe de antemano que son impredecibles y que escapan al pleno control desde el momento mismo en que se ponen en circulación, ¿puede afirmarse que estamos ante un error de la persona que ha construido el sistema? Desde mi punto de vista la respuesta debe ser negativa. No es que se trate de un error o defecto del sistema, sino de una acción que es propia y entra dentro de los riesgos y de la normalidad en este tipo de tecnología, lo que excluye la idea de error o de defecto propiamente dicha. Siempre, tarde o temprano, existirá el riesgo de que estas máquinas adopten decisiones incorrectas, como los humanos, al fin y al cabo. Esto lleva a la necesidad de articular algún mecanismo jurídico de protección que sea capaz de resarcir a las víctimas de la tecnología autónoma sin que estas se vean obligadas a probar un defecto en el funcionamiento del producto.

En la Directiva de 1985 el producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar. En suma, es defectuoso si resulta inseguro, que no por ser peligroso. La responsabilidad del productor se activa cuando existe un daño derivado de un producto defectuoso y no de la peligrosidad en sí misma del producto. Entonces, si un vehículo autónomo da un resultado incorrecto en unas circunstancias concretas, que es fruto de su capacidad de decisión, la pregunta que se plantea es ¿puede afirmarse que es inseguro por haber causado un daño fruto de una actuación en el margen de su libertad decisoria no prevista? Todas estas cuestiones requieren de una aclaración ante los nuevos riesgos y las nuevas causas de los daños tecnológicos. Ciertos productos categóricamente peligrosos, como los vehículos autónomos, son aceptados socialmente porque se valora que proporcionan más beneficios que perjuicios (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 217 y 218). A partir de aquí, la respuesta, a mi entender, es que estas tecnologías se

definen como productos categóricamente peligrosos, pero no por ello defectuosos. Motivo por el cual, no puede afirmarse que sean defectuosos en el sentido de la Directiva de 1985, ya que se trata de una inseguridad que es propia e innata en este tipo de tecnología; un rasgo que la caracteriza y que es de esperar. Es decir, son unos riesgos que se asumen de entrada cuando se pone el producto en el mercado, lo que excluye que este tipo de riesgo pueda ser considerado un defecto tal y como lo concibe la Directiva de 1985. De ahí, la necesidad de revisar, asimismo, la noción de defecto, para adaptarla a los nuevos resultados derivados de estas nuevas tecnologías.

Todo lo expuesto, hace que para las empresas sea difícil evaluar los riesgos de comercializar con productos innovadores, y deja a quienes sufren los daños sin posibilidad de reclamar indemnización por un número cada vez mayor de productos. Con la revisión de la Directiva se quiere garantizar que las nuevas normas se adapten a los nuevos tipos de productos, beneficiando así, tanto a empresas como a consumidores. Conforme a las reglas de responsabilidad civil de la Directiva de 1985, el fabricante únicamente es responsable de los daños causados por sus productos si estos son defectuosos. Por lo tanto, cualquier daño causado por ejemplo por un vehículo autónomo cuando la causa del accidente fuera distinta propiamente a un defecto, no sería indemnizado porque la responsabilidad del fabricante, tal y como se encuentra configurada en la mencionada Directiva, solo se activa si el producto es defectuoso. Es evidente, entonces, que en la tecnología autónoma el desplazamiento de las reglas de la responsabilidad civil del conductor al fabricante es incompatible con el formato de la responsabilidad que concibe la Directiva de 1985 (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 277 y 278).

Las nuevas normas también ayudan a poner, a quienes exigen una indemnización, en condiciones de igualdad respecto a los fabricantes, exigiendo a estos últimos que comuniquen información relacionada con los hechos del accidente, reduciendo así los costes de información en casos complejos, como los relacionados con productos de IA. La nueva Directiva exigirá a las empresas que comuniquen las pruebas que un demandante les solicite para poder llevar su caso ante los tribunales. Se trata de compensar la asimetría de información entre el fabricante y el consumidor, ya que el fabricante sabe mucho más que el consumidor sobre la manera en que se ha fabricado un producto y sobre la forma de su funcionamiento. Paralelamente, las normas revisadas introducen novedades relevantes para aligerar la carga de la prueba, y es que, aunque se mantiene que es el demandante quien tiene que acreditar el defecto, el daño y la relación de causalidad, se incluyen una serie de presunciones a su favor, que admiten prueba en contra, en cuanto al defecto y la relación de causalidad basadas en probabilidades. Así, la nueva Directiva recoge la presunción de la existencia del defecto y de la relación de causalidad cuando el demandante se enfrente a dificultades excesivas

para acreditar estos elementos debido a la complejidad técnica o científica del asunto, siempre que acredite una serie de probabilidades (REPULLO, 2022). En este escenario, producido un accidente en el que la prueba del defecto es muy difícil, puede presumirse directamente que el vehículo autónomo es defectuoso por no haber detectado, previsto y evitado la causa del accidente (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 279). De esta manera, se esquivan las complicaciones de tener que entrar a averiguar si la actuación lesiva de la máquina ha sido debida a un defecto o simplemente, a su proceso de autoaprendizaje autónomo.

Cuando se produce un accidente puede ser muy difícil entender qué es lo que ha pasado. Los sistemas autónomos aprenden constantemente mediante mecanismos de introducción de datos masivos, que reciben tanto de sus propios componentes sensoriales como de las bases de datos que la empresa desarrolladora les proporciona. El proceso de aprendizaje es vitalicio. El *software* va a seguir recibiendo datos y actualizando sus componentes algorítmicos de manera permanente desde su primera puesta en marcha. Una de las principales y más preocupantes problemáticas al generar un programa mediante este tipo de mecanismo artificialmente inteligente, radica en la dificultad de corroborar de manera inequívoca cómo está aprendiendo y en qué hechos concretos está basando sus acciones, ya que los algoritmos generados son cajas negras indescifrables (GÓMEZ GINEL, 2019, 6). La IA no justifica sus decisiones ni sabe explicar el razonamiento lógico detrás de sus acciones. Esta imprevisibilidad y opacidad en sus rendimientos, siempre va a generar una disyuntiva: la extremada dificultad para averiguar si la acción errónea ha sido debida a un defecto de fabricación imputable al fabricante, o ha sido simplemente el resultado de un proceso autónomo de toma de decisiones. El hecho de que el vehículo tome sus decisiones mediante un proceso de *machine learning* que lo independiza de su programación inicial, al ser autodidacta, generaba los problemas de imputación de la responsabilidad al fabricante. La imprevisibilidad de la decisión rompía el vínculo causal necesario. Sin embargo, articulando un mecanismo en el que se parte de que la decisión errónea del vehículo que se desvía de lo esperable revela la existencia de un defecto de fabricación, precisamente, por no haber acatado las reglas básicas que debía seguir en la fase de programación, se pone fin al problema de la imputación de la responsabilidad al fabricante (NAVARRO MICHEL, 2020, 192 y 193).

Así, por tanto, a la convicción y demostración de que un producto es defectuoso, se puede llegar, en ausencia de pruebas directas, a través de la prueba de presunciones y de un juicio de probabilidad cualificada, del que pueda desprenderse que el producto adolecía de la falta de seguridad que cabía esperar. Es decir, para facilitar al perjudicado la carga de la prueba del defecto del producto, se puede presumir que el daño causado por la

máquina inteligente se deriva de su defectuosidad cuando no ofreció la seguridad razonablemente esperada (ZURITA MARTÍN, 2020, 205 y sigs.). Estas presunciones hacen virar la responsabilidad cuasi-objetiva diseñada en la normativa tradicional sobre productos defectuosos hacia una responsabilidad puramente objetiva, en la que la prueba del defecto ya no tiene tanto interés. De esta forma, la carga de la prueba se comparte de manera más justa entre las personas perjudicadas y los fabricantes en los casos más complejos, que son aquellos relacionados con las tecnologías digitales emergentes. Todo ello, de cara a lograr un equilibrio justo entre los intereses de la industria y los consumidores para evitar el freno a la innovación.

La revisión también modifica las normas de la Directiva de 1985, suprimiendo el umbral inferior y el límite máximo que impedían indemnizar totalmente a las personas por los daños sufridos (COMISIÓN EUROPEA, 2022a, 3), y amplía la definición de daño, de manera que a los daños corporales y materiales se suman los daños psico-físicos y los morales derivados, no solo de muerte, sino también de los tres tipos de daños mencionados, contemplándose además la pérdida o corrupción de datos fuera del ámbito estrictamente profesional, reconociéndose así la importancia de los datos en la era digital (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 7). Aspecto este de gran trascendencia en los vehículos no tripulados, los cuales son especialmente vulnerables a dos tipos de amenazas: 1) el acceso no autorizado a datos confidenciales (números de tarjetas de crédito, cuentas de correo electrónico, dirección del domicilio, etc.), y 2) los ataques maliciosos mediante el control del propio vehículo (RUIZ DOMÍNGUEZ, 2017, 727 y 728).

Amplía también el alcance del régimen de responsabilidad, que ahora abarca no solo a los fabricantes de componentes tangibles, sino también digitales, introduciendo nuevos agentes u operadores económicos que son típicos en los procesos de fabricación de productos con IA, incluyendo explícitamente a los proveedores de software, a los proveedores de servicios digitales integrados o interconectados con el producto y que afectan a su funcionamiento, a las empresas que realizan modificaciones sustanciales en los productos, a los representantes autorizados y a los proveedores de servicios logísticos, favoreciendo con ello, que las personas lesionadas tengan más probabilidades de ser indemnizadas, y potenciando la igualdad de condiciones entre todas las posibles empresas intervinientes en el producto. De esta forma, no se habla ya de productor, sino de fabricante del producto defectuoso o del componente defectuoso, de importador o representante autorizado, de proveedor de servicios y de distribuidor (REPULLO, 2022).

Por último, si bien se mantiene sustancialmente la regulación de la prescripción de las acciones encaminadas a reclamar daños causados por productos defectuosos, introduce una importante modificación en cuanto

a la extinción de los derechos del perjudicado. Dado que los productos envejecen con el tiempo y que se desarrollan estándares de seguridad más altos como consecuencia del progreso de la ciencia y la tecnología, se considera que no sería justo responsabilizar a los fabricantes por un período de tiempo ilimitado por los defectos de sus productos. Así, se mantiene el período de 10 años para iniciar un procedimiento desde la fecha en que el producto que causó el daño se puso en circulación o fue sustancialmente modificado, pero este plazo se amplía a 15 años cuando el perjudicado no haya podido instar el procedimiento dentro del plazo de 10 años debido a la latencia del daño personal (REPULLO, 2022). Es decir, en aquellos casos en los que los síntomas de lesiones personales tarden en aparecer o se manifiesten lentamente.

La protección que articula la futura Directiva a los consumidores no podrá verse reducida o excluida por pactos contractuales entre estos y los empresarios. De igual forma, las disposiciones de las legislaciones nacionales tampoco podrán limitar o excluir esta responsabilidad (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 22).

Sus normas se entienden sin perjuicio de los otros derechos de las personas lesionadas a reclamar responsabilidad por motivos distintos de los que en ella se contemplan (art. 2 de la Directiva). Establece un nivel de armonización completa, ya que la protección que en ella se articula debe ser mantenida, de manera que los Estados miembros no podrán incluir disposiciones en su legislación nacional que sean más o menos estrictas para lograr un nivel diferente de protección del consumidor, a menos que la propia Directiva lo autorice (art. 3 de la Directiva).

II. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

1. La noción de producto

Un vehículo, sea automatizado o autónomo, es, sin duda alguna, un producto, tanto a efectos de la Directiva de 1985 como de la nueva Directiva. Lo que venía planteando dudas era el *software*, que puede estar preinstalado en el vehículo en el momento de su puesta en circulación, así como sus actualizaciones posteriores, o el suministro posterior de *software* sin soporte material *on line* por una empresa distinta del fabricante (NAVARRO MICHEL, 2020, 181 y 182). En la Propuesta el software es considerado un producto, así como los servicios digitales conectados al producto para su

funcionalidad, con independencia de si están preinstalados o suministrados con posterioridad, y de quién los ofrece.

Los sistemas de IA pueden diseñarse para operar con distintos niveles de autonomía y utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente de él (integrado) o tiene una funcionalidad en el producto sin formar parte físicamente de él (no integrado) (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 22). La Propuesta tiene en cuenta las características que definen a los productos en la era digital: su intangibilidad y su complejidad. Los productos en la era digital pueden ser tangibles o intangibles. El *software*, los sistemas operativos, el *firmware*, los programas informáticos, las aplicaciones o sistemas de IA son cada vez más habituales en el mercado y desempeñan un papel cada vez más importante en la seguridad de los productos. El *software* puede colocarse en el mercado como un producto independiente o como un producto integrado en otros productos como componente, pudiendo causar daños a través de su ejecución. La Propuesta aclara que el *software* es un producto a los efectos de la responsabilidad que en ella se contempla, independientemente de su modo de suministro o uso, y, por tanto, independientemente de si el *software* se almacena en un dispositivo o si se accede a él a través de tecnologías en la nube. En este sentido el desarrollador o productor del *software* debe ser tratado como fabricante. Sin embargo, el código fuente del *software* no es considerado un producto a los efectos de la Directiva, ya que se trata de información pura.

Para no obstaculizar la innovación la Directiva no se aplica al *software* libre y de código abierto desarrollado o suministrado al margen de una actividad comercial. El *software* que entra dentro de la aplicación de la Directiva es aquel que se suministra a cambio de un precio en el curso de una actividad comercial.

Los archivos de fabricación digital que contienen la información necesaria para producir un elemento tangible, al permitir el control automatizado de maquinaria o herramientas, se consideran también productos, al igual que la electricidad.

Cada vez es más frecuente que los servicios digitales se integren o interconecten con los productos, de tal forma que la ausencia del servicio impediría que el producto desempeñara alguna o algunas de sus funcionalidades. Si bien, la Directiva no se aplica a los servicios como tales, extiende su responsabilidad a aquellos servicios digitales, a los que denomina servicios relacionados, ya que son determinantes para la seguridad del producto y para que este desempeñe su finalidad prevista. Dichos servicios conexos se consideran como componentes del producto al que están interconectados, cuando están bajo el control del fabricante de ese producto, en el sentido de que son suministrados por el propio fabricante o el fabricante los reco-

mienda o autoriza o influye de algún modo en su suministro por parte de un tercero (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 15 y 16).

El producto terminado puede ser simple si está formado por un único elemento, o bien complejo si concurren una pluralidad de elementos como componentes en una relación funcional, como lo es el vehículo autónomo, que es más complejo que el vehículo convencional, ya que intervienen en su fabricación nuevos agentes (ej. el fabricante del *software*, el fabricante del *hardware*, el fabricante de los neumáticos, etc). Así, el *software* incorporado al vehículo autónomo tiene la consideración de parte integrante del vehículo, lo mismo que el *hardware* (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 202, 208 y 209).

Por otra parte, para el correcto funcionamiento de los vehículos autónomos es imprescindible que estén conectados entre ellos y que también lo estén con la infraestructura vial, para lo que es necesario una red inalámbrica. Identificar a la red como un producto o servicio que forma parte del vehículo como componente, o bien como un producto o servicio independiente en sí mismo, es relevante para concretar las reglas aplicables. A mi modo de ver, la red inalámbrica es un servicio imprescindible para la funcionalidad del vehículo, por lo que debe ser calificada como un componente del mismo no integrado.

Las nuevas normas extienden la responsabilidad a cualquier bien mueble, se encuentre integrado o no en otro bien mueble o inmueble, ampliando de esta forma el concepto de producto en relación al previsto en la Directiva de 1985, que, en principio, excluye las materias primas agrícolas y los productos de la caza. Si bien, dejando abierta la puerta a los Estados miembros para que en sus legislaciones internas incluyan estos elementos.

2. Daños indemnizables

La nueva Directiva abarca 3 tipos de daños:

1. Los daños tanto morales como materiales derivados de la muerte causada por el producto defectuoso. En los supuestos de muerte, quienes reclaman son las personas que a raíz de la muerte sufren daños morales o materiales, como pueden ser los parientes o seres allegados que mantenían una relación de afectividad con la persona fallecida, o, por ejemplo, aquellas personas que dependían económicamente de esta para su cuidado, mantenimiento o alimentación.

2. Los daños personales, que ahora comprenden tanto las lesiones físicas o corporales, como el daño a la salud psíquica, siempre que se encuentre debidamente acreditado. El daño a la salud psíquica o también denominado daño psico-físico, como puede serlo, por ejemplo, el contraer

una enfermedad mental o psicológica, se incorpora con carácter *ex novo* en la futura Directiva como una categoría autónoma de daño distinto del daño moral y del daño estrictamente físico (MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIÚ, 2003, 29).

3. Los daños morales derivados de las lesiones físicas o psíquicas que no traen su causa en la muerte, o los derivados de la pérdida o destrucción de bienes materiales. En la Directiva de 1985, estos daños morales se excluyen por la dificultad de su cuantificación. Así se desprende claramente de su artículo 9 a), cuando se refiere a los daños «corporales»; no a los personales, por lo que, para este tipo de daños, en la Directiva de 1985 hay que recurrir a las reglas generales de responsabilidad civil que marque la legislación nacional correspondiente. A mi entender, deben quedar también cubiertos por este régimen, ya que son iguales de importantes que los otros tipos de daños. Quizás, en el ámbito de las tecnologías con IA, en el que se camina hacia la interrelación humano-robot, lo sean todavía más, por la mayor probabilidad de que se produzcan trastornos psíquicos o daños a la salud psíquica, que, en muchas ocasiones, son los que mayor sufrimiento y dolor comportan al ser humano. La nueva Directiva, con más acierto, parece que los incluye, al sustituir el término lesiones corporales por el término «lesiones personales» [art. 4.6 a)]; término este más amplio que permite darles cobertura (ÁLVAREZ PEDROSA, 2016, 13). En España, estos daños morales también los cubre el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, por el que se traspone al ordenamiento español la Directiva de 1985, al disponer en su artículo 129, que su régimen de responsabilidad comprende los «daños personales». En este sentido, la Directiva de 1985 deja a los Estados miembros la decisión de incluir en sus legislaciones nacionales este tipo de daños (art. 9). En una futura regulación nacional en nuestro Estado de la responsabilidad civil por los daños originados por vehículos autónomos, sería conveniente la inclusión de los daños morales. Actualmente, en virtud del principio de reparación íntegra que consagra el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, ya vienen contemplados en la indemnización que puede reclamarse al conductor humano (DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY, 2022, 71). El principio de reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los perjuicios padecidos, teniendo en cuenta cualesquiera circunstancias personales de la persona perjudicada, abarcando por consiguiente también los daños morales o extrapatrimoniales, que son un tipo de daño que afecta directamente a la dignidad humana.

4. Los daños a los bienes que no son o no forman parte del propio producto defectuoso. Los daños que protege la nueva Directiva son los que sufre el consumidor. Es decir, la persona que utiliza los bienes dañados para su propio uso privativo, personal o doméstico. Si bien la Directiva amplía su ámbito de protección a los bienes que se utilizan tanto para fines privados como profesionales (propiedad de uso mixto). No así, a los bienes que son utilizados por la persona exclusivamente para fines profesionales o empresariales. Así, por tanto, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los daños ocasionados a los bienes comercializados o que se ponen en servicio en el curso de una actividad comercial, como modalidad de suministro con un carácter exclusivamente económico o empresarial (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 16 y 17). No entran en su ámbito de protección los daños que sufre el propio producto defectuoso que causa el daño, que pertenecen a la esfera de la responsabilidad contractual, y que deben reclamarse directamente al vendedor por medio de las acciones ordinarias típicas de la compraventa. El daño debe haber sido causado a bienes distintos del mismo producto defectuoso, muebles o inmuebles, o a la persona que utilizó el producto causándole la muerte o lesiones corporales o psíquicas.

En la Propuesta se reconoce la relevancia y el valor creciente de los activos intangibles, motivo por el cual, dentro de los daños materiales incluye ahora expresamente la pérdida o la corrupción de datos, y, asimismo, el coste de recuperación o de restauración de los mismos (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 16 y 17).

No cubre los daños derivados de accidentes nucleares, ya que la responsabilidad por los mismos está cubierta por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros (art. 2.2.º).

En relación a la cuantía de los daños indemnizables, la Directiva revisada elimina los topes en los niveles de compensación. Suprime los límites mínimo y máximo que impedían un resarcimiento completo a las personas perjudicadas por los daños [art. 4.6.º)].

3. La noción de defecto

La Propuesta de Directiva mejora la noción de defecto al considerar que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar (art. 6.1.º), superando de esta forma la deficiente redacción de la Directiva de 1985, que consideraba el producto defectuoso cuando no ofrecía la seguridad que una persona tenía legítimamente derecho a esperar. Las expectativas de seguridad no pueden valorarse desde el punto de vista subjetivo individual de la persona que utiliza el

producto en cuestión. Las expectativas de seguridad deben valorarse desde un punto de vista objetivo y genérico, que comprenda a toda la ciudadanía en general, excluyendo el punto de vista subjetivo de la concreta persona perjudicada. Pese a todo, en ambas Directivas se mantiene un concepto amplio y flexible de «producto defectuoso», incluso indeterminado, ya que comprendería a todos aquellos que resulten inseguros (ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2015, 4).

El criterio de las expectativas razonables de seguridad que se proporciona en la Propuesta puede servir para facilitar la carga probatoria en aquellos casos en los que la prueba del defecto técnico sea muy difícil, como sucede con las tecnologías emergentes con IA. Para tales supuestos, probado el daño y el nexo causal, basta con demostrar que el producto no reúne las expectativas razonables de seguridad que el usuario tiene derecho a esperar, para que pueda sobreentenderse la existencia del defecto. De esta manera, puede entenderse cumplida la exigencia de la prueba de la defectuosidad, sin necesidad de que el defecto haya sido probado de manera fehaciente.

En esta evaluación de la seguridad de un producto deben tenerse en cuenta ahora nuevos elementos que no se consideraban en la Directiva de 1985. Los elementos que deben ser considerados son:

a) la presentación del producto, incluidas las instrucciones de instalación, uso y mantenimiento. El defecto puede ser de fabricación, de diseño o de información. El fabricante debe informar de sus características, cualidades, funcionalidades, finalidad prevista, correcta utilización y de las seguridades que ofrece, lo que incluye el entorno geográfico y conductual específico. Como la noción de defecto está estrechamente vinculada a las legítimas expectativas de seguridad del consumidor, un dato importante a tener en cuenta en la generación de estas expectativas es el nivel concreto de seguridad que se espera de los vehículos autónomos, para lo cual jugará un papel relevante la información y publicidad suministrada por el fabricante (HERNÁEZ ESTEBAN, 2018, 23). Los propios fabricantes destacan la elevada seguridad de los vehículos automatizados, y cuanto más insisten en su seguridad, más convencerán al público en general, por lo que responderán por la generación de las expectativas que publiciten en la información, aunque no se correspondan con la realidad. El fabricante debe dar instrucciones claras sobre el uso adecuado del producto y advertir sobre los riesgos previsibles. La información debe ser completa, concisa, correcta y clara, accesible y comprensible para el usuario. Debe informar de cualquier circunstancia conocida o previsible asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista, o que pueda derivar de un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 56 y 57). La información trasladará la

responsabilidad del fabricante al perjudicado, ya que si este último no sigue las instrucciones entonces será él quien responda del daño en concepto de culpa exclusiva de la víctima. El fabricante además debe informar de que el estado de los conocimientos técnicos en el momento de la comercialización del vehículo no permite eliminar el riesgo de accidente. Informar sobre la posibilidad de fallo, no le exonerará de responsabilidad. Una información insuficiente o inadecuada que origine como resultado un daño, dará lugar a la responsabilidad del fabricante por defecto de información (NAVARRO MICHEL, 2020, 186 y 188);

b) el uso y el mal uso razonablemente previsible del producto. El fabricante debe prever todos los usos del consumidor que sean razonablemente previsibles. El fabricante tiene que prever no solo los usos correctos sino también los usos indebidos o inadecuados razonablemente previsibles en los usuarios (por ejemplo, el hecho de que la persona que utiliza un vehículo autónomo no lea o no tenga en cuenta las instrucciones del manual, es razonablemente previsible por el fabricante) (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 225 y 226). A tal efecto, la información que suministre sobre la utilización del sistema debe comprender los usos impropios que razonablemente puede llevar a cabo el consumidor y preverlos en las instrucciones de utilización. Asimismo, el fabricante también debe adoptar las medidas técnicamente posibles para evitar o corregir los usos incorrectos que se puedan prever en el momento de la puesta en circulación del producto;

c) su capacidad para seguir aprendiendo después de su puesta en servicio. Esta circunstancia no fue tenida en cuenta en la Directiva de 1985 y se incorpora con carácter novedoso en la futura Directiva para extender la responsabilidad del fabricante a los cambios y decisiones inesperadas adoptadas por el sistema de IA que sean fruto de su capacidad para evolucionar mediante el aprendizaje que se produce después de su implementación, como sucede con los vehículos autónomos. La falta de la seguridad esperada también se dará en aquellos productos que continúan aprendiendo tras su comercialización y que por este motivo dejan de estar bajo el control estricto del fabricante (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 18). Este hecho no evitará la responsabilidad del fabricante si el producto ha causado un daño que deba repararse. Por ejemplo, el vehículo que por causas desconocidas funciona de manera contraria a la prevista, el que pierde el control y acelera en lugar de frenar ante un obstáculo, el que no respeta las señales viales, el que circulaba a una velocidad superior a la permitida, etc. Los mecanismos de aprendizaje de los vehículos autónomos pueden fallar y aún, así deben poder comercializarse. Para este tipo de fallos o accidentes que técnicamente no pueden evitarse en el momento en el que se incorpora el vehículo en el mercado, la existencia del defecto se presume y queda subsumida en el hecho de no haber ofrecido el vehículo la seguridad esperada. Además, la

mayoría de estos productos con contenido digital incorporado, como lo es el vehículo autónomo, están sujetos a actualizaciones periódicas, que vienen a ser nuevas programaciones en el entrenamiento de la máquina, por lo que el defecto puede darse en estas actualizaciones posteriores a su puesta en circulación. Todo lo cual lleva a la necesidad de un cambio en el concepto de producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad que cabe legítimamente esperar, no únicamente referida dicha expectativa al momento mismo de su puesta en circulación, sino que debe extenderse a toda su vida útil. De esta forma, la Propuesta se pone al día en cuanto a la nueva manera de funcionar de los productos digitales, en los que existe el riesgo de que modifiquen su rendimiento tras su comercialización por su capacidad de aprendizaje. El fabricante debe responder de los daños que ocasione el producto, aunque sean consecuencia de cambios o decisiones inesperadas fuera de control, ya que, en definitiva, son previsibles porque son innatas al funcionamiento de la máquina. Coherentemente con esta extensión de la responsabilidad, la normativa europea reguladora de los requisitos de seguridad que deben reunir los sistemas de IA de alto riesgo, impone a los fabricantes un deber de seguimiento posterior a la comercialización, que comprende todas aquellas actividades destinadas a recopilar y examinar de forma proactiva la experiencia obtenida con el uso de los sistemas de IA que se introducen en el mercado, con el objeto de detectar la posible necesidad de aplicar inmediatamente cualquier tipo de medida correctora o preventiva que resulte necesaria. Estas normativas otorgan una importancia fundamental a la vigilancia humana por parte del empresario durante todo el período de tiempo en el que esté en uso el sistema de IA, la cual se garantizará introduciendo en la fase de diseño del sistema las herramientas necesarias de interfaz humano-máquina, que permitan detectar indicios de anomalías, problemas de funcionamiento o comportamientos inesperados, para ponerles solución lo antes posible. Estos mecanismos deben poder decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo, intervenir en su funcionamiento o interrumpirlo accionando un botón (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 47, 57 y 58/OBREGÓN FERNÁNDEZ y LAZCOZ MORATINOS, 2021, 4-7);

d) los efectos que otro y otros productos puedan tener en el producto en cuestión que causa el daño, que se utilizan conjuntamente con el producto. Este es otro aspecto que se introduce con carácter novedoso y que no era tenido en cuenta en la Directiva de 1985, para contemplar a los productos complejos, como los vehículos autónomos. Estos otros productos que forman parte del producto acabado son componentes del mismo. Son aquellos productos integrados o no, físicamente, en el producto final, que cumplen una función de seguridad en este porque son imprescindibles para que el producto final pueda cumplir sus funcionalidades, por lo que

el defecto existente en estos componentes determinará la defectuosidad del producto final (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 46), pudiendo demandar el perjudicado tanto al fabricante del componente como al fabricante del producto final por un defecto en el componente;

e) la seguridad que debe ofrecer, no solo en el momento en el que el producto se introduce en el mercado, sino también con posterioridad y a lo largo de toda su vida útil. Esta circunstancia no contemplada tampoco en la Directiva de 1985, que refería la evaluación de la seguridad únicamente al momento de la puesta en servicio del producto, está estrechamente relacionada con la c), en la que se determina que la capacidad de autoaprendizaje no puede ser alegada por el fabricante para quedar eximido de responsabilidad por no encontrarse el producto bajo su control. En los productos que incorporan altas tecnologías se considera que el fabricante extiende su control tras su comercialización y durante todo el ciclo de vida del producto;

f) los requisitos de seguridad de los productos, incluida la ciberseguridad. Este dato, tampoco existente hasta la fecha, es incorporado por la nueva Directiva para resaltar que los fabricantes de productos tecnológicos están sujetos a unas medidas de seguridad más estrictas, por un lado, por su carácter cambiante e impredecible, y por otro, por los nuevos tipos de riesgos que generan, entre los que destacan los relativos a la ciberseguridad. Los productos digitales son más vulnerables frente a los ataques de personas o entidades que pretenden extraer información confidencial (datos personales). El fabricante debe establecer las medidas adecuadas que garanticen la protección frente a los ciberataques y la inaccesibilidad al interior del dispositivo tecnológico (AVANSIS, 2022, 2 y 3). El principal objetivo es proteger la información digital en aquellos sistemas que permanecen interconectados entre sí como es el caso de los coches autónomos, que están expuestos al robo de información personal (domicilio, trayectos habituales, lugares de trabajo, actividades de ocio) por parte de terceros, con fines comerciales o criminales. Más preocupante todavía es el hackeo del vehículo por parte de terceros, que puede llegar a modificar el comportamiento del vehículo afectando gravemente a la seguridad del tráfico (ÁLVAREZ OLALLA, 2017, 10).

Serían todas aquellas medidas preventivas y reactivas destinadas a proteger los datos confidenciales que se encuentran almacenados en archivos digitales. El vehículo autónomo requiere de un mayor nivel de conectividad, y esto amplía tanto la superficie de ataque como la probabilidad de ataques cibernéticos, ya que está muy conectado a la red. Ante este panorama, no resulta impensable que un ciberdelincuente pueda sentir la tentación de tomar el control del *software*, o manipular los frenos o el motor. Otro aspecto a tener en cuenta es el robo de datos, ya que estos coches tienen

acceso a la información personal del propietario y de los pasajeros. Su complejidad y conectividad los convierte en un blanco vulnerable para el ciberataque. Varias organizaciones de todo el mundo crearon la norma ISO/SAE 21434: 2021 Road Vehicles - Cybersecurity Engineering, basada en un conjunto de directrices que aseguran procesos de alto nivel en las fases de fabricación, diseño, mantenimiento y fin de la vida útil de estos vehículos. Esta norma define todos los procesos de ciberseguridad de cada fase de desarrollo, con el objetivo de cumplir los requisitos de seguridad (ALONSO, 2021);

g) la acción de cualquier persona física o jurídica, como la intervención de una autoridad reguladora o de un operador económico (fabricante, distribuidor, proveedor de un servicio relacionado, representante autorizado, importador y proveedor de servicios logísticos) tras la comercialización o puesta en servicio del producto, que provoque una modificación sustancial en el mismo afectando a su seguridad, y se lleve a cabo fuera del control del fabricante original. Esta circunstancia tampoco se incluía expresamente en la anterior Directiva. Hace referencia a la intervención de un tercero totalmente ajeno a la actuación del fabricante, que interfiere en la seguridad del producto una vez ya se encuentra en circulación. En cuyo caso, se rompe el nexo causal y la autoría del daño debe imputarse a esta otra persona distinta del verdadero fabricante, que será considerada como si fuera el fabricante para asignarle la responsabilidad;

h) las expectativas específicas de los usuarios finales a los que está destinado el producto. Este nuevo criterio que incorpora la Propuesta juega un papel muy importante en aquellas tecnologías muy novedosas de las que se desconocen todavía aspectos de su funcionamiento, como es el caso de los vehículos autónomos, de los que se espera que sean más seguros que los coches convencionales. Así y todo, una cosa es lo que se espera y otra diferente, la realidad. En cualquier caso, debe concretarse el nivel de seguridad que se espera de este tipo de productos para poder asignar la responsabilidad al fabricante cuando no ofrecen el nivel de seguridad a que los consumidores tienen derecho. La manera de concretar el grado de seguridad exigible es por medio de la publicidad o información que debe proporcionarse a los usuarios, en la que deben concretarse las capacidades, características y limitaciones del funcionamiento del sistema, y en particular, su finalidad prevista, su nivel de precisión, solidez y ciberseguridad, así como cualquier otra circunstancia conocida o previsible asociada a la utilización del sistema que pueda dar lugar a riesgos (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 57).

Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que posteriormente se haya puesto en circulación un producto mejor o más perfeccionado, incluidas sus actualizaciones (art. 6.2.º de la Propuesta).

A) La carga de la prueba y la revelación de información

Por regla de principio, la víctima debe probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ambos (art. 9.1.º), pero para el caso de productos que llevan incorporadas tecnologías avanzadas como IA, la Propuesta actualiza la normativa anterior introduciendo instrumentos para facilitar la carga de la prueba a las personas perjudicadas. Por una parte, teniendo en cuenta que pueden llegar a encontrarse en una posición de desventaja significativa en comparación con los fabricantes, en términos de acceso a los hechos probatorios y de comprensión de la información acerca de la manera en cómo se fabricó un producto y de cómo funciona. Esta asimetría en el acceso a la información puede menoscabar la justa distribución del riesgo entre las partes implicadas, por lo que la Propuesta considera necesario facilitar el acceso de los demandantes a las pruebas que se utilizarán en los procesos judiciales. Para ello, la Propuesta faculta al demandante para solicitar al tribunal que se ordene al demandado a revelar las pruebas y la información necesarias que se encuentren a su disposición, cuando el demandante presente la prueba de unos hechos suficientes que respalden la plausibilidad de la reclamación de la indemnización. En esta tarea el órgano jurisdiccional debe adoptar las medidas necesarias para respetar, especialmente, la información confidencial y los secretos comerciales de las empresas demandadas, cuando este tipo de información deba utilizarse en el curso de un procedimiento judicial (art. 8).

De otra parte, aligerando o aliviando la carga de la prueba a cargo del demandante por medio del establecimiento de presunciones refutables que permitan a los tribunales tener por probados los defectos o la relación de causalidad o ambos.

Así, en las nuevas normas se presume la existencia del defecto cuando concurra alguna de las siguientes condiciones: a) el demandado no haya cumplido con la obligación de revelar las pruebas pertinentes a petición del tribunal, de conformidad con lo establecido en el mencionado artículo 8; b) el demandante demuestra que el producto no cumple con alguno de los requisitos de seguridad obligatorios en el Derecho de la Unión o en el Derecho nacional. Por ejemplo, cuando un vehículo autónomo no está equipado con los medios para registrar los hechos e información sobre su funcionamiento, o c) cuando el demandante establece que el daño fue causado por un mal funcionamiento del producto durante un uso correcto del mismo (art. 9.2.º).

Se presumirá, asimismo, el nexo causal entre el defecto y el daño cuando se hay probado la existencia del defecto y el daño producido sea de una naturaleza típicamente compatible con el daño en cuestión (art. 9.3.º).

Cuando a pesar de la información revelada por el demandado resulte excesivamente difícil para el demandante, a la luz de la complejidad técni-

ca o científica del caso, probar el defecto o el nexo causal o ambas cosas, se establecen presunciones todavía más contundentes de los mencionados elementos, ya que exigir la prueba de estos datos socavaría el derecho a la indemnización, debiendo ser los fabricantes, que tienen muchos más conocimientos técnicos e información que el perjudicado, quienes refuten la presunción. A tal efecto, en las nuevas normas se permite presumir el defecto, la relación de causalidad o ambos, cuando el demandante haya demostrado que el producto pudo contribuir al daño y que es probable que el producto sea defectuoso, o que su defecto sea una causa probable del daño (art. 9.4.º).

Entre los factores que la Propuesta contempla a tener en cuenta para aplicar los mecanismos de aligeramiento de la carga de la prueba se encuentran la naturaleza compleja de la tecnología utilizada en el producto, como el aprendizaje automático, la naturaleza compleja de la información y de los datos que deben ser analizados por el demandante, o la naturaleza compleja del vínculo causal que requeriría que el demandante explicase el funcionamiento interno de un sistema de IA. Si bien el reclamante debe proporcionar argumentos para demostrar las dificultades probatorias excesivas, el tribunal no le puede exigir la prueba de tales dificultades. Así, por ejemplo, no se le puede exigir que explique las características específicas de un sistema de IA, ni como estas características dificultan la prueba del defecto o el establecimiento del nexo causal. Por su parte, el demandado debe tener la posibilidad de impugnar la alegación de la existencia de excesivas dificultades, así como cualquiera de las presunciones y probabilidades mencionadas (art. 9.4.º y 5.º).

Ahora bien, la presunción de la existencia del defecto o de la relación de causalidad en los casos de dificultad probatoria, no deben llevar a una inversión total de la carga probatoria, porque este hecho frenaría la innovación y el incentivo para los fabricantes de comercializar con estas tecnologías, elevando además el precio de estos productos para los usuarios. Por tal motivo, para mantener una justa distribución del riesgo, la Propuesta exige siempre al reclamante la aportación de indicios probatorios de los que pueda desprenderse la probabilidad del defecto o de la relación de causalidad para poder beneficiarse de la presunción (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 18, 19, 20 y 21). En este sentido, cobra importancia el registro que deben incorporar los sistemas de alto riesgo para gravar automáticamente los eventos mientras están en funcionamiento, que deben estar diseñados para poder explicar en la medida de lo posible el curso de los hechos (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 56).

Los criterios que recoge la Propuesta en materia de la carga de la prueba y de exhibición de información, han sido incorporados también en la reciente *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontrac-*

tual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), de 28 de septiembre de 2022, que forma parte del paquete de medidas impulsadas por la UE para la construcción de un marco jurídico europeo uniforme sobre IA. Parte de la premisa de que las características específicas de esta tecnología (su complejidad, su autonomía y su opacidad), pueden dificultar o hacer excesivamente costoso para las víctimas determinar cuál es la persona responsable y el concreto fallo, defecto, error o actuación negligente causante del daño. Al reclamar una indemnización las víctimas pueden tener que soportar unos costes muy elevados y enfrentarse a procedimientos judiciales mucho más largos en comparación con los casos que no tienen relación alguna con la IA. Las normas nacionales en vigor en materia de responsabilidad civil, particularmente las que se basan en la culpa, no son adecuadas para tramitar las demandas de responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios en los que se recurre a la IA.

Se parte de la previsión de que las empresas tendrán dificultades para predecir cómo se aplicarán las normas sobre responsabilidad civil vigentes, y, por tanto, para evaluar y asegurar su exposición a dicha responsabilidad. Problema que se verá agravado en el caso de las empresas que practiquen el comercio transfronterizo, ya que la incertidumbre abarcará a diferentes jurisdicciones. Si la UE no actúa, se espera que los Estados miembros adapten sus normas nacionales de responsabilidad civil a los retos que plantea la IA, lo que dará lugar a una mayor fragmentación y a un aumento de los costes para las empresas que operan en la UE. Así pues, el objetivo de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA es garantizar que las víctimas de productos y servicios basados en IA (personas físicas, empresas y cualquier otra entidad pública o privada) no estén menos protegidas que las víctimas de las tecnologías tradicionales, así como reducir la inseguridad jurídica de las empresas que desarrollan o utilizan la IA, en especial, en un contexto transfronterizo, en relación con su posible exposición a la responsabilidad civil, evitando la aparición de normativas nacionales fragmentadas en esta materia que incrementarían los obstáculos para la introducción generalizada de productos y servicios basados en IA en todo el mercado interior. El objetivo indicado quiere conseguirse en la Propuesta por medio de aligeramientos en la carga de la prueba para las víctimas de daños causados por sistemas de IA en las demandas de responsabilidad civil extracontractual subjetiva (basadas en la culpa) que puedan fundamentarse en la legislación nacional o en otras leyes de la UE. Se parte de la necesidad de adaptar de manera específica las normas nacionales de responsabilidad civil a las características específicas de la IA. Los criterios de la Directiva sobre la carga de la prueba son vinculantes para todos los Estados miembros, sin perjuicio de que estos puedan adoptar o mantener

disposiciones nacionales más favorables para los demandantes, siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión.

En materia de exhibición de pruebas esta Propuesta de Directiva concede a los demandantes potenciales el derecho a solicitar que un órgano jurisdiccional pueda ordenar la exhibición de pruebas relativas a sistemas de IA de alto riesgo de los que se sospeche que han causado daños, a los proveedores (fabricantes), a las personas sujetas a las obligaciones de los proveedores y a los usuarios demandados, antes de presentar una demanda por daños y perjuicios. Dicha exhibición solo podrá ordenarse cuando el demandante potencial presente hechos e información suficientes para acreditar la viabilidad de una demanda, y haya presentado previamente una solicitud de exhibición de pruebas al proveedor, a la persona sujeta a las obligaciones del proveedor o al usuario, y que esta solicitud haya sido denegada. Asimismo, también se permite la solicitud de exhibición de pruebas a proveedores y usuarios que no hayan sido demandados, en el caso de que se hayan realizado sin éxito todos los intentos de obtener las pruebas del demandado. Estos criterios son coherentes con la mejor posición en la que se encuentran las personas demandadas para aportar pruebas e información sobre los hechos del accidente; especialmente, los fabricantes y suministradores, ayudándose de esta forma a las víctimas, que siempre se encuentran en una posición de desventaja probatoria, a conseguir las pruebas necesarias para poder encauzar su demanda.

En los regímenes basados en la culpa, el demandante debe probar el daño, la negligencia detallada del autor del mismo y la relación de causalidad entre el daño y la actuación culposa del autor. En la Directiva se tiene en cuenta el hecho de que, en ocasiones pueda resultar muy dificultoso la obtención de pruebas que demuestren el nexo causal. El gran número de personas que suele participar en el diseño, desarrollo, la introducción generalizada y el funcionamiento de sistemas de IA, hace difícil que los perjudicados puedan identificar a la persona potencialmente responsable del daño causado, y puedan reunir los elementos que se requieren para poder probar la culpa de cara a la interposición de una demanda. Para tales casos se contempla una presunción de causalidad *iuris tantum*, entre la culpa y el resultado lesivo producido por la IA, que será aplicada por el órgano jurisdiccional siempre que concurran las condiciones del artículo 4 de la Directiva. La presunción de causalidad eximirá a la víctima de tener que explicar detalladamente la manera en que una concreta falta u omisión ha provocado el daño. Si la víctima puede demostrar que alguien ha incurrido en culpa por no cumplir una determinada obligación pertinente en relación con el daño y que es razonablemente probable que exista un nexo causal con el rendimiento de la IA, el órgano jurisdiccional puede presumir que ese incumplimiento ha provocado el daño. Por otra parte, el demandado puede

refutar la presunción (por ejemplo, probando que el daño ha sido provocado por una causa diferente). Esta presunción de causalidad no regirá cuando el demandado demuestre que el demandante tiene la posibilidad de acceder razonablemente a las pruebas y conocimientos especializados suficientes para probarla. No obstante, el aligeramiento de la carga de probar la causalidad no es apropiado en virtud de la Directiva cuando el demandado no sea un profesional, sino un usuario particular o persona que utiliza el sistema de IA para sus actividades privadas. En tales casos, para lograr un equilibrio entre los intereses de los perjudicados y de los usuarios no profesionales, se tiene en cuenta si dichos usuarios pueden aumentar, mediante su comportamiento, el riesgo de que un sistema de IA cause daños. A los usuarios no profesionales que compren sistemas de IA y simplemente los pongan en funcionamiento con arreglo a su finalidad, sin interferir sustancialmente en las condiciones de funcionamiento, no se les debe aplicar la presunción de causalidad establecida en esta Directiva. En caso contrario, sí que debe aplicarse la presunción de causalidad. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando el usuario no profesional no respeta las instrucciones de uso u otras obligaciones de diligencia aplicables a la hora de elegir el ámbito de operación o de fijar las condiciones de funcionamiento del sistema de IA. Esto se entiende sin perjuicio del hecho de que el proveedor (fabricante) debe determinar la finalidad prevista de los sistemas de IA, incluidos el contexto y las condiciones específicas de uso, y eliminar o minimizar los riesgos de dicho sistema según convenga en el momento del diseño y el desarrollo, teniendo en cuenta los conocimientos y la experiencia de los usuarios previstos (COMISIÓN EUROPEA, 2022c), 1-7, 14-16, 18-32).

4. Los sujetos responsables

Dada la complejidad técnica que caracteriza a los productos que incorporan tecnologías avanzadas derivada de la diversidad de personas, normalmente empresarios, que participan en su creación, en la Propuesta se articulan nuevos criterios para hacer responder a todos los agentes que intervengan en el proceso de fabricación. Si el producto terminado es simple, no se presentan mayores problemas para asignar la responsabilidad a la persona que lo ha fabricado, pero si el producto terminado es complejo porque intervienen otros productos en su formación como partes integrantes del mismo, como es el caso del vehículo autónomo, debe articularse una responsabilidad amplia que contemple a estos otros sujetos que también tienen la condición de fabricantes. Así, debe distinguirse entre el fabricante del producto acabado, que será el titular de la marca del vehículo y los fabricantes de los componentes que intervienen en la cadena de producción

y que son distintos del primero (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 202). De manera que, cuando el defecto sea imputable al fabricante del componente o producto integrado, la persona lesionada pueda reclamar una compensación por el mismo daño bien al fabricante del producto acabado o bien al fabricante del componente de forma solidaria (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 18 y 22) (arts. 7.1.º y 11 de la Propuesta).

Como ya se ha mencionado, los componentes de los vehículos con tecnología con IA son muchos y variados. Pueden identificarse individualmente, pero son interdependientes. El caso es que la persona perjudicada puede tener problemas para identificar al responsable individual de entre el círculo de potenciales responsables. Frente a ello, pueden promoverse soluciones basadas en reglas de responsabilidad solidaria, identificando a un sujeto que previsiblemente ostente una mayor posición de garante respecto a los demás. Esto es, identificando quién de entre los sujetos puede incidir más en la esfera de control sobre la tecnología (RUBÍ PUIG, 2020, 68) para poder imputarle siempre y en todo caso la responsabilidad a modo de garante solidario, facilitando de esta forma que la persona afectada pueda identificar a un sujeto responsable. Todo ello, al margen de las acciones de regreso en las relaciones internas de la solidaridad, que pueda tener este garante una vez satisfecha la indemnización, para poder recuperar, si es el caso, del verdadero autor o autores del daño la totalidad o la parte que le corresponda según su grado de participación en el mismo. Esta es la solución por la que apuesta, como veremos, la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos.

En el ámbito de los productos tecnológicos es frecuente la introducción de servicios digitales como partes integrantes o interconectados para que el producto pueda cumplir sus funcionalidades. En este sentido, en las aplicaciones con IA cobra una especial relevancia la figura del programador o desarrollador del *software*. Este elemento permite al robot cambiar o independizarse del diseño original del fabricante (HERRERA DE LAS HERAS, 2022, 94 y 96). Coherentemente con la ampliación de la noción de producto, en la Propuesta se amplían los sujetos responsables, al tener en cuenta al proveedor de servicios digitales como el *software*, que responderá como productor de una parte integrante del vehículo, al ser tratado como un servicio relacionado que debe ser considerado como un componente del producto (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 16).

El fabricante del producto terminado responde por los daños que ocasiona el producto defectuoso que ha puesto en el mercado, sin que pueda alegar como causa de exoneración que el defecto deriva de una parte integrante o de un componente que él no ha producido (art. 10.2.º), siempre que ese componente en cuestión se encuentre bajo el control del fabricante del producto final. Podrá luego, una vez indemnizada la víctima, repetir

contra el fabricante de la parte integrante. Por su parte, el fabricante del producto integrado responde de los daños que se deriven de su producto defectuoso, salvo que pruebe que el defecto es imputable al fabricante del producto acabado, por ser consecuencia de haber seguido las instrucciones de este [art. 10.1.º.f)]. Ambos sujetos responden solidariamente, sin que la víctima tenga que dirigir la acción contra los dos. Así entonces, si el defecto proviene del componente y es atribuible al fabricante del componente, el perjudicado podrá demandar a cualquiera de los dos sujetos por la totalidad de la indemnización (art. 11). Si quien responde frente al perjudicado es el fabricante del producto acabado, tendrá derecho a repetir del fabricante del componente en las acciones internas de la solidaridad. Si el defecto proviene del componente, pero no es atribuible al fabricante del componente, sino atribuible al fabricante del producto acabado porque trae su causa en las indicaciones de este, entonces el fabricante del componente podrá quedar exonerado de responsabilidad probando esta circunstancia, y la víctima solo podrá dirigir la acción contra el fabricante del producto terminado por la totalidad de la indemnización [art. 10.1.º.f)]. Por último, también cabe la posibilidad de que el daño sea atribuible a los dos fabricantes por la existencia de un defecto en el componente imputable en parte al fabricante de este, y a su vez, imputable también al fabricante del producto acabado, en cuyo caso, el fabricante del componente solo responderá de aquella parte que sea atribuible a su actuación, atendiendo a su grado de participación en la causación del daño. En cualquiera de los casos, la víctima siempre podrá dirigirse contra el fabricante del producto acabado por la totalidad de la indemnización, que responde como garante solidario aunque no sea el causante del defecto, asegurando que aquella cobre la indemnización de la forma lo más rápida posible. Esta solución es coherente con la obligación que tiene el fabricante del producto final de adoptar todas las medidas necesarias para evitar los riesgos, siendo él quien tiene el control sobre la producción del producto. En la práctica, lo más fácil para la víctima será demandar al fabricante final cuando el defecto traiga su causa en el fabricante del producto integrado, ya que es más fácil identificar al primero y de esta manera se evita tener que identificar el origen del defecto. Además, si el fabricante de la parte integrante prueba que el defecto no proviene de la parte que él fabrica, la víctima no cobraría indemnización alguna, teniendo que abonar las costas judiciales (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 203).

También se tiene en cuenta la creciente importancia de los productos con IA fabricados fuera de la Unión que se introducen en el mercado de la Unión, garantizando que siempre exista un operador económico con sede en la Unión contra el que pueda reclamarse la indemnización. A este operador económico situado dentro de la Unión, se le da el tratamiento de importador que responde como productor para facilitar que las víctimas

de daños puedan identificar a una persona contra la cual poder dirigir la reclamación en el caso de productos importados desde fuera de la UE. Así, el importador a los efectos de la futura Directiva, lo será también, aquella persona establecida en la Unión que introduzca en el mercado o ponga en servicio un sistema de IA que haya sido fabricado por una persona establecida fuera de la Unión y que, por este motivo, lleve el nombre o la marca comercial de esta última. Por otra parte, antes de comercializar sus productos en la Unión, cuando no se pueda identificar a un importador, los fabricantes establecidos fuera de la Unión tendrán que designar mediante un mandato escrito a una persona (representante autorizado) que se encuentre en el territorio de la Unión, quien responderá en el lugar del fabricante para de, esa forma, poder identificar a una persona contra la que poder dirigir la reclamación. Los representantes autorizados se encargarán de cumplir las obligaciones y de llevar a cabo los procedimientos establecidos en las reglamentaciones de seguridad, en representación de dicho fabricante (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 46 y 47) (art. 7.2.º de la Propuesta).

Las facilidades para identificar a un posible sujeto responsable en los supuestos en los que el fabricante se encuentre establecido fuera de la Unión se refuerzan en las nuevas normas haciendo responder al proveedor de los servicios logísticos cuando ni el importador ni el representante autorizado se encuentren establecidos en la Unión (art.7.3.º). El proveedor de servicios logísticos es aquella persona física o jurídica que ofrezca, en el curso de una actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenamiento, embalaje, direccionamiento y envío de un producto, sin tener la propiedad del producto, con la excepción de los servicios postales (art. 4.14.º).

El defecto puede deberse, no a una actuación del fabricante del producto, sino a la actuación de un tercero (persona física o jurídica) que provoca una modificación sustancial en el mismo que afecta a su seguridad, tras su comercialización, y en una esfera de acción que escapa al control del fabricante. La acción de un tercero que manipula el producto puede considerarse causa eximente de la responsabilidad del fabricante equiparable o reconducible a la fuerza mayor, siendo evidente que la responsabilidad debe atribuirse a este tercero que responderá como fabricante según la nueva Directiva (art. 7.4.º).

También se contempla como sujeto responsable al suministrador/distribuidor (por ejemplo, el concesionario), que responderá como fabricante cuando este no pueda ser identificado o cuando el fabricante esté establecido fuera de la Unión y no pueda identificarse a alguno de los operadores económicos anteriormente mencionados dentro de la Unión. Para que el distribuidor incurra en esta responsabilidad el perjudicado debe solicitarle que identifique al operador correspondiente y el distribuidor no lo identifique en el plazo de 1 mes a contar desde la recepción de la solicitud (art. 7.5.º).

Este criterio también se aplicará a cualquier proveedor de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con los empresarios y que no sea un fabricante, importador o distribuidor, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 6.3.º de la Ley de Servicios Digitales (art. 7.6.º).

Otro posible sujeto responsable es la persona que utiliza el vehículo, siendo esta distinta al fabricante del mismo. La nueva Directiva no contempla a este otro sujeto porque lógicamente, circunscribe su responsabilidad únicamente al fabricante del producto, que es la que se activará cuando el vehículo cause el daño funcionando en modo autónomo o sin el control de un conductor humano, pero en los vehículos automatizados que todavía no son completamente autónomos, que son aquellos que se encuentran en los niveles de automatización 3 y 4, en los que hay momentos en los que la persona que utiliza el vehículo retoma el control sobre el mismo, la responsabilidad debe ser imputada al usuario cuando el daño fue causado estando el vehículo en modo manual o bajo su control. Incluso, aun en el nivel 5 de automatización, siempre habrá un cierto grado de intervención humana (ponerlo en funcionamiento y marcarle el destino) para que el vehículo pueda funcionar. En este sentido, un momento importante que debe clarificarse para asignar la responsabilidad será aquel instante en el que se produce el traspaso del control del vehículo, de modo autónomo a manual. Para lo cual, será, asimismo, esencial, que el vehículo esté dotado de una caja negra que registre las circunstancias del accidente.

La normativa europea en materia de IA impone a los usuarios unos deberes de vigilancia sobre el funcionamiento de los sistemas de IA de alto riesgo, conforme a las instrucciones de uso proporcionadas por los proveedores, debiendo informar a estos cuando se tenga motivos para considerar que el sistema presenta un riesgo, y, asimismo, suspender el uso del sistema. Del mismo modo, si se detecta un incidente grave o un defecto de funcionamiento, deberá informarse cuanto antes al proveedor o distribuidor e interrumpir el uso del sistema de IA (GIRGADO PERANDONES, 2022, 990). El usuario del vehículo puede originar un daño como consecuencia del incumplimiento de alguno de estos deberes. Imaginemos, por ejemplo, que no informa sobre una anomalía en el funcionamiento del vehículo, y que, a raíz de ello, al no poderse realizar las reparaciones y revisiones pertinentes por parte del fabricante, el vehículo provoca más adelante un accidente que podía haberse evitado si se hubiese informado tempestivamente sobre su mal funcionamiento. Este tipo de omisiones originarán que el usuario pueda incurrir en responsabilidad.

Así entonces, cuando el accidente se produzca estando en modo manual, o cuando haya sido consecuencia de un uso indebido del vehículo, no acorde a las instrucciones del fabricante, la responsabilidad al usuario se le exigirá

como operador por la vía de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, de 20 de octubre de 2020, que como ya se ha explicado, contempla un criterio de imputación objetivo para los sistemas de IA de alto riesgo. Con todo, puede suceder que no sea posible determinar quién ha sido el verdadero autor del daño, o bien se determine que ambos sujetos (fabricante y usuario) han podido contribuir a la producción del mismo. Para tales casos, la Propuesta de Reglamento mencionada contempla una responsabilidad solidaria compartida, al margen de la acción posterior de repetición que puede tener el uno contra el otro, de forma gradual al nivel de control que cada uno tuvo sobre la producción del daño (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 225 y 226).

5. Causas eximentes de la responsabilidad del fabricante

El verdadero fabricante y los operadores económicos ya vistos, que vienen obligados a responder como si fueran el fabricante, pueden alegar una serie de causas para quedar eximidos de la responsabilidad que en un principio se les pretenda imputar (art. 10). Tales causas son coincidentes con las que contempla la Directiva de 1985, pero con la diferencia de que se recoge una interpretación actualizada de las mismas, teniéndose en cuenta que deben aplicarse en el escenario de las tecnologías emergentes. Son las siguientes:

a) cuando los operadores económicos demandados demuestren que no introdujeron el producto en el mercado o que no pusieron el producto a disposición en el mercado. No solo significa que no lo comercializaron, sino también, que no permitieron que el producto llegase por otras vías al consumidor. Pensemos por ejemplo en el caso de una empresa que desarrolla un nuevo prototipo de vehículo autónomo y no lo comercializa, pero no evita o no pone los medios a su alcance para evitar que una parte de sus trabajadores empiece a distribuirlo (ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2015, 9). Así y todo, aunque el fabricante no responda conforme a la normativa sobre productos defectuosos, la persona perjudicada puede obtener la reparación dirigiendo la acción contra el tercero extraño a la esfera de control del fabricante, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil por culpa;

b) cuando sea probable que el defecto que causó el daño no existiera cuando el producto se introdujo en el mercado o se puso en servicio, o en el caso de un distribuidor, cuando sea probable que el defecto no existiera cuando el producto se puso a disposición en el mercado, o cuando se

demuestra que el defecto surgió después de ese momento. Esta causa de exención de la responsabilidad tiene su fundamento en el hecho de que se considera que el fabricante no es responsable por producto defectuoso a partir del momento en que deja de tener el control sobre el mismo. Ahora bien, al margen de esta regla general, la Propuesta tiene en cuenta que en las tecnologías digitales el fabricante debe seguir ejerciendo el control sobre el producto más allá del momento de su comercialización o puesta en servicio, como es el caso, por ejemplo, de las mejoras o actualizaciones en el software (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 21 y 22), por medio de sus obligaciones de seguimiento, vigilancia y observación una vez el producto ya se ha lanzado al mercado. De ahí que los fabricantes vengan obligados a adoptar inmediatamente las medidas correctoras necesarias cuando, una vez introducido el producto en el mercado, consideren o tengan motivos suficientes para considerar que el sistema de IA de alto riesgo no es conforme con las reglas de seguridad. En estos casos, deberán adoptar las medidas necesarias para poner el producto en conformidad, para retirarlo del mercado o para recuperarlo, según proceda (COMISIÓN EUROPEA, 2021b, 62). Incluso se considera que debe seguir ejerciendo el control en los supuestos más imprevisibles de decisiones autónomas adoptadas por los sistemas de IA que son consecuencia de su aprendizaje automático. Si el vehículo causa un daño por una decisión incorrecta consecuencia de su imprevisible aprendizaje que no se corresponde con las directrices que se le han programado, de todas formas, el fabricante debe responder porque su responsabilidad abarca a la seguridad que debe ofrecer el producto durante toda su vida útil. Estas nuevas tecnologías conllevan un riesgo intrínseco en su forma de funcionar, que al fin y al cabo no es imprevisible, sino previsible, ya que forma parte de sus características propias. Este factor de riesgo debe asumirse si se quiere que funcionen de manera autónoma, por todo lo cual, se considera que este hecho también forma parte y está relacionado con el control que debe ejercer el fabricante, quien debe seguir respondiendo de los defectos que surjan después de aquel momento, siempre que se trate de productos suministrados por el fabricante, o que este los autorice o influya de algún modo en su suministro por parte de un tercero. La Propuesta toma en consideración que los fabricantes de estos productos tecnológicos tienen unas obligaciones especiales de revisión, de comprobación y de seguimiento posteriores a la comercialización, con el objeto de detectar la posible necesidad de aplicar inmediatamente cualquier tipo de medida correctora o preventiva que resulte necesaria ante la aparición de nuevos riesgos. Motivo por el cual, no pueden pretender eludir su responsabilidad demostrando que el defecto en el producto tuvo lugar después de su puesta en circulación (COMISIÓN EUROPEA, 2022b, 21). Esta interpretación puede extraerse además del texto de la propia Propuesta cuando establece que el operador

económico no quedará exento de responsabilidad cuando el defecto se deba a las actualizaciones del *software* o a la falta de actualizaciones de *software* necesarias para mantener la seguridad (art. 10.2.º. b) y c)). En suma, el seguimiento continuo y la actualización requerida de los bienes con componentes digitales extiende la responsabilidad del fabricante mucho más allá del momento en que el producto se puso en circulación (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 230). Otra cosa distinta es que el producto sufra tras su comercialización un defecto a raíz de una modificación sustancial llevada a cabo por una persona totalmente extraña a la esfera de control del fabricante original, en cuyo caso, la nueva Directiva le da el tratamiento de producto nuevo, haciendo responsable a la persona que realizó tal modificación como fabricante del producto modificado (COMISIÓN EUROPEA, 2022, 19). Las normas de la futura Directiva tienen ahora en cuenta todas estas circunstancias, que no se tomaron en consideración en la Directiva anterior;

c) cuando el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en el que el producto se introdujo en el mercado no permitía descubrir la existencia del defecto. Si bien, en principio, se mantiene esta causa de exención (exención por riesgos de desarrollo) en la nueva Directiva, por las mismas razones expuestas anteriormente, debe interpretarse que la causa de exención de la responsabilidad del fabricante por los riesgos de desarrollo no debe ser aplicada a las tecnologías que continúan aprendiendo tras su puesta en servicio. Si se mantuviera esta causa de exoneración, el fabricante no sería responsable en aquellos casos en los que el daño fuese provocado por una decisión tomada, no en base al *software* o al algoritmo original, sino como consecuencia de lo aprendido por el vehículo a lo largo del tiempo (HERRERA DE LAS HERAS, 2022, 93). Al igual que la causa anterior, esta causa de exoneración pivota sobre el momento de la puesta en circulación del producto en el mercado, por lo que puede resultar un obstáculo a la compensación de las víctimas de daños si se partiera de una interpretación estricta de la misma (MUÑOZ VELA, 2022, 216 y 217) y se ignoraran las situaciones en las que el algoritmo se modifica continua e imprevisiblemente después de la entrada en circulación del dispositivo (RUBÍ PUIG, 2020, 68). El hecho de que el vehículo funcione mediante un proceso de aprendizaje de *machine learning* que convierte sus decisiones en imprevisibles, genera el interrogante de la imputación de la responsabilidad al empresario cuando el vehículo adopta una decisión errónea que se desvía de lo esperable. En este supuesto, podría valorarse la posibilidad de que el empresario pudiese quedar exonerado de responsabilidad alegando que el fallo en el funcionamiento (defecto) no pudo ser detectado, ni previsto, ni evitado en el momento de la puesta en circulación conforme al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento. La excepción por riesgos de desarrollo está pensada para aquellos riesgos que,

por el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos del momento de la puesta en circulación del producto, no pueden ser previstos. Los riesgos anteriormente explicados no entran dentro de esta causa de exoneración del fabricante porque pueden ser previstos por este, aunque sean inevitables. Aunque el legislador puede, y así lo está haciendo, regular las medidas de seguridad que tienen que incorporar los fabricantes de estas avanzadas tecnologías, de todas formas, estas pueden quedar fácilmente desfasadas. Por ello, tomando conciencia de los cambios y de la rápida evolución de esta tecnología, las normas que regulan los requisitos exigidos para su seguridad incluyen mecanismos flexibles que permiten su adaptación de manera dinámica a medida que surgen nuevas situaciones preocupantes una vez que el sistema de IA ya se ha introducido en el mercado, estableciendo la manera en que deben llevarse a cabo los controles, no solo *ex ante*, sino también *ex post*, para que puedan adoptarse las medidas correctoras necesarias en el momento oportuno. Precisamente, en estas normativas reguladoras de los productos con IA de alto riesgo, se establece a cargo de los fabricantes un sistema sólido de seguimiento y una supervisión estricta *ex post*, ante la previsión de la insuficiencia de los conocimientos presentes para abordar a una tecnología tan innovadora. Se establece la obligatoriedad para los fabricantes de someter los sistemas de IA a nuevas evaluaciones de la conformidad cada vez que se produzca un cambio en el sistema que haga que su finalidad prevista se modifique. Esto está previsto especialmente para los sistemas de IA que siguen aprendiendo después de su introducción en el mercado, como los vehículos autónomos, adaptando automáticamente el modo en que desempeñan sus funciones. Se instaura un sistema de gestión de los riesgos dentro de un proceso continuo de vigilancia y de seguimiento, que requerirá de las actualizaciones periódicas necesarias durante todo el ciclo de vida de la máquina de alto riesgo, al objeto de mantenerla conforme con los criterios reglamentarios de seguridad (COMISIÓN EUROPEA, 2021, 3, 16, 36, 38 y 53), quedando comprendidas estas actuaciones incorrectas de la máquina en los riesgos que debe asumir el fabricante, cuya responsabilidad, como he indicado, se extiende a todo el ciclo de vida del vehículo.

Por todo lo expuesto, a mi modo de ver, la excepción por riesgos de desarrollo, en virtud de la cual, se prevé como causa de exoneración de la responsabilidad del fabricante la prueba de que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto, no puede ser alegada por el fabricante de un vehículo autónomo, porque en el momento en que el fabricante decide introducirlo en el mercado ya sabe y tiene conocimiento de que la máquina puede reaccionar de distintas maneras ante las infinitas situaciones en las que se puede encontrar, y aunque el aprendizaje interno de la misma pueda mejorar con el tiempo y la expe-

riencia, de todas formas van a seguir ocurriendo accidentes por fallos en las decisiones autónomas. En los vehículos autónomos el riesgo de desarrollo va implícito y está dentro del propio producto durante toda su vida útil, y este hecho es asumido por el fabricante desde el momento mismo de su puesta en circulación, por lo que es un riesgo previsible que debe entrar dentro de su esfera de control y de responsabilidad, aunque sea inevitable. Los escenarios de riesgos de la circulación previstos por los programadores del software de los vehículos autónomos son limitados, pues es imposible crear una orden para cada uno de los infinitos escenarios posibles ante los que estos vehículos tendrían que tomar una decisión. El hecho de que el programador no prevea todas y cada una de las posibles causas de un accidente, no significa que el vehículo sea de por sí defectuoso (ELIZALDE SALAZAR, 2022, p231). A pesar de ello, el error que cometa el vehículo por una decisión que origine un accidente, entra dentro del ámbito de la responsabilidad del fabricante bajo la categorización de un defecto presunto que se da por hecho o que se tiene por probado, para garantizar a la víctima el cobro de una indemnización. Los vehículos que salen al mercado presentando riesgos que no pueden ser advertidos por la investigación y la tecnología, son considerados entonces defectuosos aplicando el criterio de que presentan una seguridad inferior a la que el consumidor tiene derecho a esperar. En resumidas cuentas, mientras el riesgo sea previsible, la causa de exoneración por riesgos de desarrollo no se aplica, ya que el fabricante es conocedor del riesgo. Por el contrario, sí que sería alegable la excepción cuando el riesgo no era conocido en el momento de introducir el producto en el mercado (SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIÚ/SEUBA TORREBLANCA/RUIZ GARCÍA/CARRASCO MARTÍN/LUNA YERGA, 2001, 18). Esta solución tiene su cobertura incluso en la propia Directiva de 1985, en cuyo artículo 15.1.º b) posibilita y deja libertad a los Estados miembros para disponer en sus legislaciones que el productor sea responsable incluso si demuestra que, en el momento en que puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto. La trasposición de este criterio al ordenamiento jurídico español sería interesante en sede de vehículos autónomos, por el carácter inherente peligroso de los mismos, ya que son productos susceptibles de causar daños muy graves que afecten a un elevado número de personas. No obstante, debe barajarse la circunstancia de que esto puede desincentivar a los fabricantes a investigar en esta materia y a encarecer el precio de los vehículos (ELIZALDE SALAZAR, 2022, 234 y 235). Por contra, también puede considerarse que la eliminación de la excepción por riesgos de desarrollo puede ser una manera de incentivar la confianza de los consumidores, que saben que serán de todas formas indemnizados y, asimismo, de incentivar al propio empresario a que refuerce la seguridad en

la construcción de vehículos autónomos. De esa manera, se evitarán más accidentes y correlativamente, los costes de los mismos;

d) que el defecto se deba, precisamente, al cumplimiento de los requisitos de seguridad imperativos emitidos por las autoridades competentes. En el ámbito de los vehículos autónomos existe un margen de probabilidad de que las normas que establecen obligaciones orientadas a garantizar la seguridad, con el tiempo y la práctica se compruebe que no eran apropiadas (HERNÁEZ ESTEBAN, 2018, 29). No debe confundirse esta causa de exención de la responsabilidad con aquel supuesto en el que el empresario adopta todas las medidas de seguridad y de calidad que le exige la normativa sobre productos y, aun así, se produce un daño. El cumplimiento de los requisitos de seguridad no le liberaría de la responsabilidad porque este tipo de responsabilidad se aplica, no solo cuando el empresario incumple con las reglas de seguridad, sino también cuando el producto, una vez puesto en el mercado resulta inseguro, a pesar de haber pasado los controles previos (SOLÉ FELIÚ, 2021, 3 y 12);

e) en el caso de un fabricante de un componente defectuoso, cuando el defecto sea atribuible al diseño del producto en el que se ha integrado el componente, o a las instrucciones del fabricante del producto terminado dadas al fabricante del componente. En este caso, el perjudicado no podrá dirigirse para reclamar la indemnización contra el fabricante del producto integrado o del componente, pero sí contra el fabricante del producto final por la totalidad de la indemnización, ya que el daño es imputable a este último;

f) en el caso de un operador que provoque una modificación sustancial en un producto, no responderá cuando el defecto causante del daño afecte a una parte del producto no afectada por la modificación;

g) cuando el daño sea causado tanto por la defectuosidad del producto como por culpa de la propia persona perjudicada o por culpa de una persona de la que el perjudicado sea responsable, la responsabilidad del fabricante podrá reducirse en proporción al grado de culpa de la persona perjudicada (concurrencia de culpas), hasta llegar incluso a suprimirse totalmente si el grado de culpa de ambas partes es idéntico (compensación de culpas) (art. 12.2.º). No obstante, la responsabilidad del fabricante no podrá disminuir cuando el daño haya sido causado conjuntamente por la defectuosidad del producto y por la acción u omisión de un tercero. En este caso, para proteger al perjudicado, debe responder directamente el fabricante de la totalidad de la indemnización, sin perjuicio de que este pueda repetir luego del tercero en proporción a su participación en el daño (art. 12.1.º).

h) Aunque la Directiva no las mencione expresamente, también deben contemplarse como causas excluyentes de la responsabilidad del fabricante la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima. Los eventos relacionados

con la fuerza mayor (imprevisibles e inevitables) que pueden afectar a un producto causando un daño, quedan totalmente al margen de la esfera de control del empresario, ya que no son ni siquiera previsibles, y en cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, a mi modo de ver, en el ámbito de los vehículos autónomos víctima puede serlo tanto una tercera persona que no se encuentra dentro del vehículo, como la persona que lo utiliza en su beneficio y que tiene la condición de pasajero. Esta puede sufrir un daño imputable al fabricante del vehículo (ej, por la colisión que sufre el vehículo al adoptar una decisión incorrecta), pero también puede sufrir un daño que trae su causa en su propia actuación negligente (ej, por no leer las instrucciones del manual). En este punto, es muy importante que el usuario utilice el vehículo conforme a las instrucciones de uso y mantenimiento proporcionadas por los fabricantes, que tendrán en consideración los conocimientos técnicos, la experiencia y la formación que se espera que tenga el usuario, así como el entorno en el que está previsto que se utilice el sistema.

6. Plazos para el ejercicio de las acciones

La Propuesta mantiene el plazo de prescripción de 3 años para el ejercicio de la acción para incoar el procedimiento para reclamar la indemnización, que comenzará a contar desde el día en que el perjudicado tuvo conocimiento o tuvo la posibilidad razonable de conocer el daño, el defecto y la identidad del operador correspondiente (art. 14.1.º).

Limita la responsabilidad del fabricante manteniendo también el plazo de garantía de 10 años máximo, durante el cual el fabricante responderá del producto que introdujo en el mercado o puso en servicio, a contar desde este momento. Ahora bien, en relación con los productos que sufren modificaciones sustanciales tras su comercialización, la Propuesta los equipara a productos nuevos cada vez que sufren un cambio, entendiendo que el plazo de responsabilidad de 10 años debe reiniciarse a partir del momento y cada vez que el producto haya sufrido la modificación (art. 14.2.º). Otra novedad que incorpora en relación al plazo de los 10 años es que este plazo se alargará 5 años más en los supuestos en los que la persona perjudicada no haya podido iniciar el procedimiento dentro de los 10 años debido a la latencia de un daño personal, en cuyo caso, su derecho a reclamar por la Directiva se extinguirá por el transcurso de 15 años (art. 14.3.º). Más allá de estos plazos la responsabilidad deberá ser exigida al operador económico correspondiente a través de las reglas generales de la responsabilidad civil basadas en la culpa.

Esta temporalidad de la responsabilidad está justificada principalmente, por razones de equidad: la responsabilidad objetiva conlleva para el fabri-

cante una carga superior a la que establecen los regímenes tradicionales de responsabilidad y con esta limitación de la responsabilidad se trata de equilibrar esta circunstancia, para que no se desmotive la innovación tecnológica y haga accesible una cobertura por medio de seguros (GÓMEZ LAPLAZA, 2000, 6).

7. Personas legitimadas para reclamar la responsabilidad

La nueva Directiva incorpora un precepto dedicado expresamente a concretar las personas que van a tener derecho a reclamar una indemnización.

No solo se protege a los consumidores y usuarios en sentido estricto, sino en general, a toda persona perjudicada, ante la eventualidad de que cualquier persona, aún sin tener la consideración de consumidora o usuaria técnicamente hablando porque no sea la adquirente del producto en cuestión, pueda verse dañada como consecuencia de la utilización por otra persona (la consumidora o usuaria) del producto defectuoso. Es decir, podrán ser consideradas personas perjudicadas, tanto las que en virtud de un contrato consumen o utilizan bienes defectuosos que les generan algún daño, como las que, no habiendo adquirido el bien, resultan perjudicadas por su cercanía con aquellos, por ejemplo. En cualquier caso, se excluye a las personas jurídicas. Esto lo deja muy claro la nueva Directiva, al delimitar su ámbito de protección a los daños sufridos solo por «personas físicas» (arts. 1 y 5.1.º de la Propuesta de Directiva). Con todo, partiendo de esta premisa es necesario distinguir entre los daños personales y los materiales, ya que los primeros se van a indemnizar a toda persona, sea o no la consumidora o usuaria del producto que causó el daño, mientras que los segundos solo se van a indemnizar cuando el daño afecte a bienes destinados al uso o consumo privados (SANTAMARÍA CABANAS, 2019. 224).

Además de la propia persona (física) que sufre el daño, la Directiva legitima para reclamar la indemnización por tal concepto a los sucesores de la persona perjudicada y a aquellas personas o entidades que tengan derecho a subrogarse en la posición de la persona lesionada en virtud de la ley o de un contrato. También legitima a aquella persona que actúe en nombre de otra u otras de acuerdo con el derecho de la Unión o nacional (art. 5.2.º de la Propuesta de Directiva), como puede ser el caso, por ejemplo, de las Asociaciones de consumidores y usuarios que ejercitan acciones en defensa de intereses colectivos.

Dentro de las personas mencionadas merece especial atención el seguro obligatorio que también debe articularse para los vehículos autónomos según se ha reconocido desde las instancias europeas, ya que estos no serán nunca 100% seguros, y siempre existirá el riesgo de accidente. Se les aplica,

en consecuencia, el régimen previsto en la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, en la que se impone a los Estados miembros la obligación de asegurar, con unos importes mínimos la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos (art. 3). Impone, asimismo, para los Estados miembros, el deber de garantizar que la parte perjudicada por un accidente disponga de una acción directa contra la compañía aseguradora para reclamar la responsabilidad (art. 18). En el ámbito de los vehículos autónomos queda por concretar a nivel de reglamentación europea la persona que debe cargar con el coste del aseguramiento. En cualquier caso, después de que la compañía aseguradora indemnice a la víctima debe concedérsele la posibilidad de reembolsarse la suma ya pagada. El mecanismo del reembolso puede articularse a través de una acción de repetición o a través de la subrogación. La diferencia entre ambas radica en que en el caso de la subrogación la compañía paga a su asegurado, y posteriormente se reembolsa frente al tercero responsable de los daños (fabricante). Mientras que en el caso de la repetición la compañía aseguradora realiza el pago de la indemnización al tercero dañado, teniendo derecho luego a recuperar la suma ya pagada del asegurado (FERNÁNDEZ GALLEGO, 2016, 235).

La nueva Directiva no prevé la contratación de un seguro obligatorio para los fabricantes, pero esta obligación sí que se prevé en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, de 20 de octubre de 2020, en cuyo artículo 4. 4.º, establece que los daños causados por los sistemas de IA de alto riesgo, como es el vehículo autónomo, deben estar cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, indicando que los sujetos obligados a suscribirlo son los operadores inicial y final. (NÚÑEZ ZORRILLA, 2021, 234). Contempla, asimismo, el derecho de la compañía aseguradora a subrogarse en el crédito que la persona afectada tenga frente al operador responsable, una vez la compañía haya indemnizado a la persona afectada, hasta el importe abonado a esta última (art. 12.4.º de la Propuesta de Reglamento).

Debería concretarse en el ámbito de la normativa europea el tipo de seguro y sus características. Por el momento, este es un aspecto que se deja en manos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

III. CONCLUSIONES

I. A nivel global cobra cada vez mayor importancia la utilización de la IA en la gestión de los sistemas de transporte, al hacer que la movilidad

sea más segura, cómoda, eficiente y sostenible. Al mismo tiempo, se prevé que la transición a los vehículos autónomos o sin conductor generará nuevos riesgos y repercutirá en aspectos tan importantes como la responsabilidad civil y su aseguramiento. La normativa tradicional se centra en la figura de un conductor humano que controla el vehículo para imputar la responsabilidad. Este criterio de imputación ya no sirve para asignar la responsabilidad en los daños ocasionados por los vehículos altamente o completamente automatizados, en los que la persona que utiliza el vehículo deja de tener el control sobre el mismo, pasando a ser considerada como un simple pasajero porque quien conduce es la propia máquina. Ante la imposibilidad de poder imputar la responsabilidad a un conductor humano que ya no existe, la asignación de la responsabilidad se desplaza hacia el fabricante del vehículo como sujeto que se encuentra en la mejor posición para prever y controlar los riesgos.

II. El problema es que la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos que articula la Directiva de 25 de julio de 1985, tampoco sirve y ha quedado desfasada para dar solución a los nuevos problemas que genera la utilización de estas nuevas tecnologías, como son, principalmente, la intervención de diversos sujetos en su proceso de creación, la opacidad de sus rendimientos, que hace muy difícil, sino imposible la prueba del defecto causante del daño y de la relación de causalidad entre este y el defecto, así como el aprendizaje autodidacta continuo de estas máquinas tras su puesta en circulación, que puede dar lugar a una modificación sustancial de sus funcionalidades iniciales, poniéndose en tela de juicio el concepto de producto defectuoso y de seguridad del producto acuñado por la mencionada Directiva. De ahí, que desde la UE sea necesaria la elaboración de un nuevo marco legislativo uniforme de regulación de la movilidad autónoma, ya que el actual marco reglamentario, especialmente con respecto a la responsabilidad y a las pólizas de seguro, ya no será suficiente ni adecuado cuando haya que hacer frente a los nuevos riesgos derivados del aumento de la automatización, la conectividad (vinculación a datos y elementos externos) y la complejidad de los componentes de estos vehículos (los múltiples componentes o partes del sistema que conforman el vehículo, hacen muy difícil determinar cuál de todos ha causado el daño).

III. En un escenario de rápida y progresiva evolución e implantación de tecnologías con IA avanzada en el ámbito del transporte en general, la UE se ha visto obligada a desarrollar un marco jurídico sobre IA, que tiene su razón de ser, como he dicho, en el hecho de que el uso de esta tecnología crea nuevos riesgos que deben ser abordados. Las normas tradicionales sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos actualmente resultan insuficientes porque en el ámbito de esta tecnología avanzada intervienen elementos y circunstancias que esta nor-

mativa tradicional no contempla. Determinadas características de la IA, como la opacidad de muchos algoritmos, que dificulta la investigación de las relaciones causales, la conectividad, la complejidad, la vulnerabilidad, la capacidad para ser modificados mediante actualizaciones, la capacidad de autoaprendizaje, la autonomía decisoria, así como la multitud de agentes involucrados a lo largo de su vida útil, plantean riesgos específicos y potencialmente elevados para la seguridad y los derechos fundamentales, que la legislación tradicional ya no puede abordar. La máquina se transforma en más compleja y menos predecible cuanto menos necesita de la intervención humana. Su autoaprendizaje limita el control de los humanos sobre ella y es cada vez más difícil de auditar. Las normas tradicionales no permiten determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado ante la imposibilidad de determinar la verdadera causa u origen del mismo. La adecuada regulación de la responsabilidad civil por los daños que puedan causar las acciones u omisiones de los sistemas con IA debe acompañar necesariamente al desarrollo tecnológico en la materia, lo que conduce a la necesidad de revisar y adaptar las categorías jurídicas existentes afectadas. Ello cobra especial importancia en el ámbito del transporte, ya que se trata de un sector en el que pueden producirse graves y cuantiosos daños a las personas.

IV. Desde la UE se ha expresado la necesidad de avanzar hacia el transporte autónomo por los beneficios que reporta a la sociedad, poniéndose a la vez de relieve el riesgo que se deriva de su desarrollo. Se permite la puesta en circulación de este tipo de tecnología porque se considera que los beneficios que de ella proceden son superiores al coste económico de los daños que causan, y se alude a la idea del riesgo para implantar un sistema objetivo de responsabilidad, ante la enorme dificultad o imposibilidad para la víctima de probar la negligencia del verdadero causante del daño o incluso el solo defecto en el producto lesivo. El fundamento de esta responsabilidad objetiva que se propone descansaría en la contrapartida al beneficio económico que reporta la circulación de estas máquinas para el empresario/fabricante, que es quien crea la situación de riesgo, al mismo tiempo que constituye la solución al costoso problema de las víctimas de tener que averiguar la verdadera causa del daño. En este sentido, una de las recientes actuaciones de la UE dirigida a colmar las insuficiencias y lagunas mencionadas, que ha sido muy positiva y ha supuesto un avance importante en la construcción de un marco jurídico adaptado, ha sido la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial,* de 20 de octubre de 2020, que deberá coordinarse con las nuevas normas revisadas de la Directiva sobre productos defectuosos. Ha sido un acierto la implantación por parte de la Propuesta, de un sistema de respon-

sabilidad totalmente objetiva para los sistemas de IA de alto riesgo, como lo son los vehículos autónomos. Las dificultades que plantea la averiguación de la verdadera causa del daño tecnológico, y en consecuencia, el poder dirigir la reclamación de la responsabilidad civil hacia una persona en concreto, se salvan en la Propuesta por medio de la introducción de la figura del «operador» del sistema de IA, que es la persona que va a asumir la responsabilidad por el daño causado, por el hecho de aparecer como el sujeto que ejerce el mayor grado de control sobre el funcionamiento del sistema causante de la lesión, con independencia de la verdadera causa del defecto o fallo concreto que haya llevado efectivamente al resultado lesivo, el cual será normalmente imposible o muy difícil de detectar. Se trata de quien se encuentra en mejores condiciones para controlar un riesgo determinado y poder gestionarlo con éxito. Con la creación de la figura del operador se amplía y se dota de flexibilidad al ámbito de sujetos que pueden aparecer como potencialmente causantes de un daño, aunque esta persona, lo será, la mayoría de las veces, el fabricante del vehículo, quien responderá en primera instancia frente a la persona perjudicada, sin perjuicio de la acción de regreso que a posteriori pueda ejercitar contra el verdadero sujeto causante del daño interviniente en el proceso de fabricación o de comercialización. Un acierto ha sido también, el establecimiento de la inversión de la carga de la prueba de la culpa, mediante la presunción de la misma, para el resto de sistemas de IA que no son de alto riesgo, y que continúan rigiéndose por el criterio de imputación subjetivo.

V. El otro gran bloque de normas que han comportado un paso importante en el proceso de construcción de un marco jurídico europeo completo y uniforme sobre la responsabilidad derivada de la IA, han sido la aprobación de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)*, de 28 de septiembre de 2022, y, asimismo, la también reciente *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por productos defectuosos*, de 28 de septiembre de 2022, que deroga a la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos de 1985. Ambas normativas se complementan con la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial,* articulando la principal protección a la que, por el momento y hasta que no se regule una normativa sectorial específica, podrán recurrir las personas perjudicadas para pretender una compensación por los daños causados por vehículos autónomos. En estas dos últimas normativas se articulan instrumentos novedosos para aligerar la carga de la prueba del defecto, de la culpa y de la relación de causalidad, así como para reducir los costes de la obtención de pruebas e información, en

los supuestos en los que concurran circunstancias que hagan muy difícil o imposible la demostración de aquellos elementos, lográndose de esta forma un mayor equilibrio entre las posiciones de las partes en los supuestos de reclamaciones por daños derivados de productos que lleven incorporadas altas tecnologías con IA, como en el caso de los vehículos autónomos. En las normas revisadas de la futura Directiva se logra asimismo una adaptación coherente a la evolución tecnológica de los conceptos de seguridad del producto, de producto defectuoso, de los posibles sujetos responsables, de la noción misma de producto, de la amplitud de los daños indemnizables y de las causas de exoneración de la responsabilidad de los posibles operadores económicos responsables.

VI. A partir de toda esta normativa europea uniforme que sienta con carácter vinculante para los Estados miembros las bases generales para la reclamación de la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por agentes con IA, el legislador europeo, y, asimismo, posteriormente el español, deberían abordar una regulación sectorial en la que se concretasen los criterios para la exigencia de este tipo de responsabilidad en los diferentes ámbitos del transporte, y de esta manera, poder contar con normativas europeas uniformes específicas que abordasen con detalle la responsabilidad derivada de este tipo de daños y los concretos sujetos responsables en el ámbito de los vehículos no tripulados. Queda pendiente una labor de evaluación exhaustiva que adapte el actual marco jurídico de la Unión para aclarar quién debe asumir la responsabilidad en el caso de accidentes causados por vehículos completamente autónomos, y cuando el nivel de autonomía implique que el vehículo puede ser conducido tanto de forma completamente autónoma, como también por un conductor (semiautónomos), es necesario poder determinar de manera inequívoca quién es el causante del daño en cada caso en particular.

IV. RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALASTRUEY, C.F. (2021). Estado de la cuestión de la inteligencia artificial y los sistemas de aprendizaje autónomo. *SOCIOLOGÍA Y TECNOCIENCIA*, vol. 11 Extra_2, 182-195.

ÁLVAREZ PEDROSA, L.M. (2016). Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos. *Diario La Ley*, núm. 8770, Sección Doctrina, 1-30. [en línea], disponible en https://laleydigital-laleynext-es.are.uab.cat, 26 de mayo de 2016.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M. (2015). Responsabilidad civil por productos defectuosos. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Madrid: LA LEY, 1-22. [en línea], disponible en https://laleydigital-laleynext-es.are.uab.cat

ALONSO, J. (2021). Los coches autónomos, un reto más para la seguridad. *Opinión. Red Seguridad.* [en línea], disponible en https://www.redseguridad.com/sectores/transporte/los-coches-autonomos-un-reto-mas-para-la-ciberseguridad_20210920.html#:~:text=Muchas%20de%20ellas%2C%20en%20el%20terreno%20de%20la,como%20la%20probabilidad%20de%20ataques%20f%C3%ADsicos%20y%20cibern%C3%A9ticos, 20-9-2021.

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2017). Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos: Implicaciones éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* n.º. 2/2017, 1-10. [en línea], disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.are.uab.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b00000183e6a95ce6190581c3&marginal=BIB\2017\10732&docguid=I80303cd0f00011e6983d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=4&epos=4&td=4&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#

AVANSIS. (2022). ¿Qué es ciberseguridad? Definición, tipos y objetivos de la seguridad informática. *Ciberseguridad*, 1-10. [en línea], disponible en https://www.avansis.es/ciberseguridad/que-es-ciberseguridad/?amp#

BARRIO ANDRÉS, M. (2019). Consideraciones jurídicas acerca del coche autónomo. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 101-108. Enero de 2019.

COMISIÓN EUROPEA. (2022a). Preguntas y respuestas sobre la revisión de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 1-3. [en línea], disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_22_5791, Bruselas, 28 de septiembre de 2022.

— (2022b). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por productos defectuosos, 1-33. [en línea], disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495&qid=1665235183729, Bruselas, 28 de septiembre de 2022.

— (2022c). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA), 1-35. [en línea], disponible en. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496&qid=1664894487040, Bruselas, 28 de septiembre de 2022.

— (2021). Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, 1-120. [en línea], disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:206:FIN, Bruselas, 21 de abril de 2021.

DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY. (2022). *Responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor.* A Coruña: Colex.

ELIZALDE SALAZAR, I. (2022). *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*. Navarra: Aranzadi.

EXPÓSITO GÁZQUEZ, A. (2022). Hacia una realidad plausible del vehículo autónomo: análisis del estado de la técnica y de los retos legales. *Revista Catalana de Dret Públic*, *64*, 105-121.

FERNÁNDEZ GALLEGO, M.ª M. (2016). *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras. El derecho de repetición en el seguro del automóvil*. Barcelona: Bosch.

GIRGADO PERANDONES, P. (2022). Restricciones a la aplicación de los sistemas de IA en la contratación de seguros: prácticas prohibidas y de alto riesgo. En: A. B. Veiga Copo (dir.), *Seguro de personas e inteligencia artificial*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 959-991.

GÓMEZ GINEL, D. (2019). *Implicaciones éticas de los vehículos de conducción autónoma,* en R. Rubio Barrera (dir), TFG en ingeniería informática, escuela de ingeniería (EE), Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), junio de 2019, 6. Disponible en el dipòsit digital de documents de la UAB. https://ddd.uab.cat/record/211484

GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C. (2000). La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º. 15/2000, 1-33. [en línea], disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.are.uab.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b00000183e6b25e238bef796f&marginal=BIB\2000\1641&docguid=Ia53d4180c73911db8f5d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=53&epos=53&td=62&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&th=&guid=&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#

HERNÁEZ ESTEBAN, E. (2018). Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 48, 1-49.

— (2022). *Aspectos legales de la inteligencia artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil.* Madrid: Dykinson.

MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Veinte problemas en la aplicación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos y algunas propuestas de solución. *Práctica de Derecho de Daños,* N.º 9*, Sección Estudios*, Editorial LA LEY, 1-47. [en línea], disponible en https://laleydigital-laleynext-es.are.uab.cat/ octubre de 2003.

MUÑOZ VELA, J.M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Navarra: Aranzadi.

NAVARRO MICHEL, M. (2020). Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso. *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 5, 175-223.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C. (2021). Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.78-79, abril-septiembre de 2021, 201-256.

OBREGÓN FERNÁNDEZ, A. y LAZCOZ MORATINOS, G. (2021). La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el derecho internacional humanitario y el derecho de la Unión Europea. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, 1-29, diciembre de 2021.

PARLAMENTO EUROPEO. (2019). Conducción autónoma en los transportes europeos. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos (2018/2089 (INI)), 1-15. [en

línea], disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0005_ES.html, Estrasburgo, 15 de enero de 2019.

— (2020). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, 1-43. [en línea], disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html, Bruselas, 20 de octubre de 2020.

PEGUERA POCH, M. (2020). En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial. En A. Cerrillo i Martínez/M. Peguera Poch (coord.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Navarra: Aranzadi, 41-56.

REPULLO, T. (2022). Responsabilidad por productos defectuosos: grandes cambios a la vista. [en línea], disponible en https://www.computerworld.es/opinion/responsabilidad-por-productos-defectuosos-grandes-cambios-a-la-vista, 7 de octubre de 2022.

RUBÍ PUIG, A. (2020). Retos de la inteligencia artificial y adaptabilidad del derecho de daños. En A. Cerrillo i Martínez/M. Peguera Poch (coord.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Navarra: Aranzadi, 57-71.

RUIZ DOMÍNGUEZ, F. (2017). La implantación del automóvil inteligente. ¿Un riesgo calculado para la seguridad global? *Opinión. Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 60/2107, 723-740.

SALVADOR CODERCH, P./SOLÉ FELIÚ, J./SEUBA TORREBLANCA, J.C./RUIZ GARCÍA, J.A./CARRASCO MARTÍN, J./LUNA YERGA, A. (2001). Los riesgos de desarrollo. *InDret 1/2001*, 1-30. [en línea], disponible en https://indret.com/los-riesgos-de-desarrollo/, marzo de 2001.

SANTAMARÍA CABANAS, R. (2019). Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea. *Studia Zamorensia*, Vol. XVIII, 217-233.

SOLÉ FELIÚ, J. (2021). Prótesis de cadera potencialmente peligrosa y defecto del producto ¿hacia una expansión de la noción de defecto? Comentario de la STS de 1 de marzo de 2021 *(RJ* 2021, 881). *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º.117/2021, 1-22. [en línea], disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.are.uab.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b00000183e6b25e238bef796f&marginal=BIB\2021\5057&docguid=If3edcd80378c11eca922a059d029e083&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=4&epos=4&td=62&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#

ZURITA MARTÍN, I. (2020). *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*. Madrid: Reus.

(Trabajo recibido el 25 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)

Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «*causa retinendi*» y el «realismo jurídico» (Primera parte)

The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the «limitation objection abuse», the absence of «causa retinendi» and «legal realism» (First part)

por

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

Profesora titular de Universidad. Departamento de Derecho civil

Facultad de Derecho-UNED

RESUMEN: Tres claves son capitales para encajar que la acción de restitución de los gastos indebidamente imputados al usuario en una cláu-

sula nula por abusiva en un contrato de préstamo estándar protegido por la Directiva 93/13, puede ser tan independiente de la acción declarativa de la que deriva, que puede ser prescriptible y acorde con los principios de eficacia y de seguridad materializados en la exigencia por el TJUE del plazo «razonable» para activar con éxito la «facultad de exigir» la prestación indebidamente pagada:

1. La aplicación de la doctrina alemana del «abuso de la prescripción» cuando se ha creado la apariencia de que no debería alegarse por el sujeto beneficiado por la prescripción; porque dicho sujeto no puede abstraerse de la notoriedad y publicidad de las resoluciones en que se declaraba la nulidad por abusiva de la cláusula redactada por él.
2. La inexistencia de la «causa retinendi» del desplazamiento patrimonial del principio del «enriquecimiento injusto negativo»; porque la característica propia de la acción de restitución que es la de reclamar el reembolso de los gastos realizados a terceros y no a la prestamista, no puede albergarse en el sinalagma del artículo 1303 del Código Civil; y
3. El «realismo jurídico» previo paso por la necesaria objetivización del «criterio subjetivo» del *dies a quo* de la prescripción; porque al poner en paralelo a la jurisprudencia con las normas jurídicas en el sistema de fuentes del Derecho, hace juiciosa nuestra opción de considerar como *dies a quo* de la acción de restitución, la fecha de 23 de enero de 2019, que es la de las «sentencias uniformes del Tribunal Supremo».

Veremos si nos da la razón el Tribunal de Luxemburgo o si prefiere optar por alguna de estas otras tres opciones planteadas por el Tribunal Supremo y la Sección 15 de la AP de Barcelona en sus respectivos autos planteando cuestión prejudicial: la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-698/18 y 699/18, o en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19; la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva en el caso concreto, o la fecha del pago de los gastos indebidamente imputados.

ABSTRACT: Three elements are of capital importance in assuming that the legal action for the refunding of formalization, novation or cancellation costs unduly charged to the consumer by an unfair term in a standard loan contract covered by the Directive 93/13 can be as much independent of the invalidity action from which it derives as to be subject to a limitation period, in conformity with the principles of effectiveness and legal certainty embodied in the requirement by the ECJ of «reasonable» time limits for exercising the right to claim the refunding of amounts unduly paid:

1. The application of the German doctrine of «limitation objection abuse» when the appearance has been created that such an objection will

not be raised by the beneficiary; because said beneficiary cannot ignore the notoriety and publicity of resolutions declaring the clause drafted by himself invalid by reason of unfairness.

2. The absence of the «causa retinendi» of the patrimonial displacement of the «negative unjust enrichment» principle; because the object of the action for repayment, which is to claim the reimbursement of payments made to third parties and not to the lender, cannot be housed in the «synalagma» of article 1303 of the Civil Code; and

3. «Legal realism» after passing through the necessary «objectification of the subjective criterion» of the dies a quo of the limitation period; because, by putting in parallel the jurisprudence with the legal rules in the system of sources of law, it makes our option to consider as dies a quo of the action for repayment, the date of January 23, 2019, which is that of the «uniform judgments of the Supreme Court», judicious.

We will see if the Court of Luxembourg agrees with us or if it prefers to opt for one of these other three options raised by the SC and Section 15 of the Barcelona AP in their respective orders raising a preliminary question: the date of the judgment of the Court of Justice in joined cases C-698/18 and 699/18, or in joined cases C-224/19 and C-259/19; the date of the declaration of nullity of the clause as abusive in the specific case, or the date of payment of the unduly charged expenses.

PALABRAS CLAVE: Prescripción. Plazos de prescripción. Nulidad absoluta. Acción declarativa. Efectos restitutorios. Acción de restitución. Acción de nulidad radical. Excepción de prescripción de la acción de restitución. Contrato de préstamo hipotecario. Contrato de crédito inmobiliario. Contrato de crédito al consumo. Reparto de gastos. Cláusula abusiva. Condiciones generales. Cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca. Efectos de la declaración de nulidad de tales cláusulas. Principio de efectividad. Principio de equivalencia. Restitución recíproca. Se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, desde el día que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

KEY WORDS: Limitation of action. Limitations periods. Absolute nullity. Declaratory action. Restitutory effects. Action for repayment. The upholding of an objection that the action for repayment of the amount paid. An action for a declaration that a term is invalid ab initio. Mortgage loan agreement. Credit agreements for consumers. Award of costs. Unfair contractual term. Terms not individually negotiated. Term charging all of the costs of creating and cancelling a mortgage to the borrower. Effects of a declaration that those

terms are void. Principle of effectiveness. Principle of equivalence. Restore to one another those things. To run from the date on which the action may properly be brought. Become time-barred from the date on which performance of the obligation becomes.

SUMARIO: I. PRESUPUESTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACTO NULO: LA INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTITUCIÓN.—II. BASES PARA SOSTENER LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: 1. ¿Una acción es prescriptible cuando lo dice el Código Civil porque es la regla general para todo tipo de derechos y acciones?: la prescripción debe ser interpretada restrictivamente. 2. El fundamento del propio instituto de la prescripción y el fundamento propio de la prescripción de la acción de remoción*: A) …frente a la apreciación de oficio de los efectos restitutorios en el actual contexto de cláusulas abusivas: el ejercicio extemporáneo de la facultad de exigir y el abuso de la oponibilidad de la prescripción. B) …frente al escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios. C) …frente a que la acción de declaración de nulidad retrotrae los efectos del acto nulo al momento del acuerdo.* 3. El fundamento de la nulidad parcial: la conservación del negocio si no se opone el receptor de la cláusula nula por abusiva. 4. Enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido frente al obstáculo de la reciprocidad de las obligaciones del artículo 1303 del Código Civil que lo hace inaplicable a la remoción de los gastos pagados a terceros. la acción subsidiaria. 5. Preservación de los principios de equivalencia, de seguridad y de eficacia.—III. CONCLUSIONES.—JURISPRUDENCIA. —BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación es doble.

Por una parte, analizar si en el nuevo contexto de sobreprotección que brinda la Directiva 93/13 al usuario o consumidor de cláusulas abusivas de los gastos hipotecarios en contratos de crédito estándar, es técnicamente correcto seguir hablando de prescripción de la acción de restitución o remoción de los gastos o no. La razón es que a pesar de que en este contexto parece reinar últimamente la opinión de que la acción de restitución es prescriptible a diferencia de la acción de nulidad de la que deriva y haga

parecer inútil esta cuestión, la misma se encuentra implícita en el auto que eleva para la clarificación del mejor *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de remoción, nuestro Tribunal Supremo al TJUE en 2020, ya que menciona entre los posibles comienzos de prescripción, la sentencia que declare la nulidad de la cláusula. Por lo que conviene no solo repasar las bases que sostienen la doctrina de la independencia de las acciones de declaración de nulidad y de restitución de forma que no haya duda de que una acción como la que se analiza y en el contexto en que se encuadra es prescriptible, sino el mejor encaje en nuestro ordenamiento jurídico de la reclamación de los gastos hipotecarios indebidamente pagados a terceros que no a la prestamista, por inexistencia del sinalagma propio del que parte cualquier restitución. Estos temas, serán tratados utilizando principalmente argumentos de la doctrina clásica pues, tras la investigación, es la que da las claves técnicas que propicia no solo la cuadratura del círculo que supone lograr el equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y de efectividad que exige el TJUE al hablar de plazo «razonable» de prescripción, sino el argumento de la suficiencia de apreciar la falta de «causa *retinendi*» del desplazamiento patrimonial del enriquecimiento injusto.

Así, respecto al necesario equilibrio entre principios, por una parte, habrá que cohonestar que exista orden público del tráfico jurídico-económico limitando el recurso *in eternum* con un plazo, a través de la aplicación de la «doctrina alemana del abuso de la oponibilidad de la prescripción» a quien sabe que la cláusula de gastos es nula; y, por otra, se podrá aceptar el menor grado de injusticia que siempre implica perder la restitución de los gastos por la alegación de la prescripción, con la verificación de que el plazo de prescripción es razonable y, por tanto, no hizo difícil reclamar al prestatario por su falta de conocimiento a tiempo, esto es, era «notoria» la facultad de exigir lo indebidamente pagado y excediéndose del plazo emergería una «reclamación extemporánea» que es el verdadero fundamento jurídico de la prescripción. Por su parte, la aceptación de la falta de «*causa retinendi*» en el «enriquecimiento injusto negativo» es la clave que nos va a proporcionar la vía para reclamar a la prestamista por lo que nunca percibió pero que, por su causa, (la predisposición de una cláusula de atribución de gastos abusiva), detrajo del patrimonio del usuario del préstamo hipotecario.

Se abordan en la primera parte de este artículo.

Por otra parte, sentado que con estas bases es imposible que se discuta la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios abusivos, en la segunda parte de esta investigación (que se publica como segunda parte en el siguiente número de esta revista por exigencias editoriales), abordamos el mejor plazo de prescripción; y, de nuevo, encontramos fundamentalmente en la doctrina clásica las claves para realizar nuestra opción: la objetivación o abstracción del «criterio subjetivo» del *dies a quo* de la prescripción, esto

es, una matización del conocimiento razonable por el titular de la acción de las bases de su derecho, necesaria pues evitará la incertidumbre que provoca demostrar y aceptar de forma individual el conocimiento del hecho que genera el derecho y permite, aceptar en este contexto de cláusulas predispuestas devenidas abusivas, la propuesta rechazada del «realismo jurídico» que sitúa en paralelo dentro del sistema de fuentes, la jurisprudencia y la norma jurídica, haciendo posible, saltar la objeción del *dies a quo* de la falta de obligatoriedad del conocimiento por el usuario de cualquiera de las fechas de alguna de las sentencias, aunque sean notorias.

I. PRESUPUESTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACTO NULO: LA INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTITUCIÓN

Tomar una primera postura respecto a si son independientes la acción declarativa de nulidad de una cláusula omnicomprensiva de gastos de un préstamo y la acción de restitución de lo indebidamente pagado según esa declaración, es imprescindible porque, como expresan los magistrados discrepantes del voto particular concurrente de la sentencia 929/2019, 11 de septiembre de la sección 28 Refuerzo de la Audiencia Provincial de Madrid, constituida en sala de discordia (en lo sucesivo, 28R AP-Madrid 929/2019 o Sala de discordia), si se concluye que son una única acción, huelga el debate de la prescriptibilidad o no de la acción restitutoria o de remoción[1].

Es verdad, tienen razón dichos magistrados en cuestionarlo porque, pese a lo que pudiera parecer por los autos recientes del Tribunal Supremo y de la AP Barcelona (auto de Pleno Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021[2] y auto Secc. 15 de la AP-Barcelona resolución de 9 de diciembre de 2021[3]), planteados al TJUE básicamente para que se pronuncie sobre el *dies a quo* adecuado a la Directiva 93/13, del plazo de prescripción de la acción de restitución, la independencia de la acción de nulidad y la de restitución de un acto declarado nulo no es, pese a que se suele dar por sentado que no es así (MARÍN LÓPEZ, 2021, 14) ni ha sido una cuestión pacífica ni entre nuestra jurisprudencia[4] ni entre nuestra doctrina[5].

Con todo, veremos que con base en el distinto fundamento de una y otra acción: el de la primera, obtener la declaración de nulidad de una aparente situación jurídica válida dada la apariencia de validez del acuerdo de voluntades y el de la segunda, obtener la restitución de la pretensión derivada de dicha declaración de nulidad, podríamos sostener sólidamente que son dos acciones independientes de forma que pueda considerarse a la acción de restitución prescriptible.

ALBALADEJO GARCÍA, quien pese a contar entre nuestra mejor doctrina, no es recordado en las numerosas páginas de nuestras resoluciones que han reflexionado y resuelto sobre este tema, expresa de una forma aparentemente simple hablando del ámbito de la prescripción, que la acción de restitución puede extinguirse por prescripción porque lo que pedimos a través de ella es que se nos devuelva lo que dimos como consecuencia de un acto nulo y no que se declare sin más la nulidad de acto, ya que esto corresponde a la acción de declaración de nulidad.

Dice: «*… con las acciones meramente declarativas no se pretende ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudieran extinguirse por el paso del tiempo sino poner de relieve que el acto es inválido desde antes y que los efectos realmente no existen*».

Por lo que concluye:

«*…aparte de que no se extinga por prescripción por el paso del tiempo la acción para pedir la declaración de nulidad de un negocio, lo que sí se extingue por prescripción por el transcurso del plazo que corresponda… es la acción para pedir la restitución de lo que se hubiese dado por el negocio nulo. Ello porque una cosa es pedir que se declare su nulidad y otra pedir que se nos devuelva lo que dimos*» (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 25-26).

En el mismo sentido y con igual punto de partida, esto es, que la imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas se justifica porque «tienden solo a la fijación de una situación jurídica», DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007, 125) entiende que la prescripción defiende al demandado de las acciones que pretenden una condena o perjuicio; así, considera lógico que la prescripción pueda influir en la suerte de los derechos o facultades en orden a obtener restituciones por ineficacias como la inexistencia, la nulidad y la simulación en los contratos, ya que no son sino meramente declarativas.

En definitiva, estos autores presentan una de las claves que permite considerar a la acción de restitución lo suficientemente independiente como para poder ser prescriptible, aunque derive de la nulidad del acto al que se refieran esos efectos restitutorios: la protección del deudor frente a la potencial condena a la que llevaría inevitablemente la acción de restitución. Pero como veremos, esa protección no es *ad infinitum,* tiene un sentido distinto de no liberalizar por liberalizar al deudor de su deuda, dependerá no solo del propio diseño de la institución (que permite la interrupción y cuenta atrás), sino del interés de las partes y de su ejercicio intempestivo, que son las demás claves a considerar para poder cerrar la cuadratura del círculo que supone en principio, los efectos *ex. nunc* de una declaración de nulidad y los *ex. tunc* de una acción de remoción de los efectos restitutorios que deriva de ella.

Por lo que antecede, se puede afirmar que la acción declarativa de nulidad no es necesaria en cuanto que la situación va a seguir siendo nula con o sin declaración ya que el acto nulo de pleno derecho no se convalida por mucho tiempo que pase. En cambio, la acción de restitución o remoción derivada de dicha declaración de nulidad del acto sí necesita ser apreciada por un tribunal, ya que el pronunciamiento judicial en cuanto que es una acción de condena deberá acomodarse a las circunstancias del caso de forma que esta acción se basa en el cumplimiento de los efectos (FJ SEGUNDO-11, sentencia de la Secc. 15 AP Barcelona 20/2020, de 8 de enero de 2020); es decir, la acción de remoción no es automática pues debe ser acorde a las normas sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (FJ SEGUNDO-16).

Siendo pues los fundamentos de dichas acciones distintos, pero derivando la acción de restitución de las resultas de la acción de nulidad, ¿es posible sostener su independencia hasta el punto de que la acción de restitución no esté sometida a la imprescriptibilidad propia de la acción de nulidad radical?

Parece que sí.

A pesar de que la «facultad de exigir»[6] la restitución de las prestaciones de la relación jurídica nazca una vez se declare la nulidad del acto, esto es, sea su consecuencia, no se quiere por la mayoría de la doctrina que la acción de restitución siga la imprescriptibilidad de la acción de nulidad madre, la cual es acorde y responde al régimen de ineficacia máxima al que queda sometido el acto radicalmente nulo por contravenir el orden público, la ley o la moral o por carecer de algunos de los requisitos esenciales del artículo 1261 del Código Civil: no es convalidable y se considera que no produce consecuencias jurídicas desde el inicio, siguiendo fielmente a la máxima «*quod nullum est, nulum effectum produit*». De hecho, ya anunciaba DE LOS MOZOS (1960, 502) en los sesenta, a propósito de su comentario acerca de la «inexistencia del negocio jurídico[7]», categoría de ineficacia que acercaba hasta confundirla con la nulidad radical, que la doctrina moderna de aquella época admitía que el negocio jurídico nulo pudiera en determinados casos producir efectos jurídicos.

Por lo tanto, podemos decir que el fundamento propio de la acción de restitución frena la característica de la acción madre de la que deriva: la imprescriptibilidad de sus efectos, aunque la restitución de lo indebidamente pagado sea una consecuencia del acto declarado nulo. Como se verá, para la mayor parte de nuestra doctrina, la restitución de los gastos indebidamente pagados en un contrato de préstamo «estándar» como efecto general *ex.* artículo 1303 del Código Civil, al no tener previsto ningún plazo específico, está sometida al plazo general de prescripción de las acciones personales (*ex.* 1964 CC[8]); plazo quinquenal[9], tras ser acortado en diez años en 2015 con el fin de obtener un equilibrio entre los intereses del acreedor en la

conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo, que por mor del artículo 1939 del Código Civil, se aplicará a las acciones personales nacidas antes de su entrada en vigor (preámbulo VI y disposición transitoria quinta[10]). No obstante, aún existen voces autorizadas que estando a favor de la independencia de las acciones de nulidad y de restitución, sin embargo, consideran que no puede actuar el instituto de la prescripción y que aun participando de la prescriptibilidad de la acción de restitución discrepan en el *dies a quo* del plazo.

En efecto, antes de los grandes pronunciamientos del TJUE de 16 de julio de 2020[11] y de 22 de abril de 2021[12], la cuestión de la prescripción o no del efecto restitutorio derivado de una declaración de nulidad de una cláusula nula había sido tratada con evidente intención de llevarla a reflexión general y evitar esfuerzos jurisdiccionales adicionales, por la sección 28 Refuerzo de la Audiencia Provincial de Madrid, constituida en sala de discordia (en lo sucesivo, 28R AP-Madrid 929/2019 o Sala de discordia), la cual da lugar al pronunciamiento de la sentencia 929/2019, 11 de septiembre, (ECLI:ES:APM:2019:16041), esto es, después que elevara al TJUE el JPI Palma de Mallorca su auto 47/2019, de 12 de marzo.

En el caso de la 28R AP-Madrid 929/2019, la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante (entre los que se incluían los aranceles notariales, registrales y los gastos de gestoría), que había sido declarada nula por el JPI núm. 68 de Madrid, fue recurrida por IBERCAJA BANCO, SA, volviendo a invocar la excepción de prescripción de la acción entablada.

La ocasión de plantear a nivel de Sala de discordia la prescripción o no de la acción de restitución de los gastos hipotecarios era propicia no solo por la división de opiniones que en su propia Sala existía y así se evidenció[13] sino las diferentes soluciones constatables de las distintas Audiencias que presentaban un panorama poco seguro y alentador para zanjar la doble cuestión de si es prescriptible la acción de restitución y desde cuándo contar su plazo[14]. Sin embargo, la decisión de la Sala de discordia a favor de distinguir ambas acciones y afirmar la prescriptibilidad de la acción de restitución pese a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la que deriva, evidentemente no paró ni la elevación al TJUE de las cuestiones prejudiciales planteadas 3 meses más tarde por el Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Badajoz (auto 26 diciembre 2019[15]), ni 4 meses más tarde por la Secc. 9.ª AP Alicante (auto de 22 de enero de 2020[16]), ni pronunciamientos posteriores divergentes como el de las AAPP de Zamora, León, Gerona, Soria y Albacete[17]; por lo que con ocasión de la sentencia de la Secc. 15.ª AP Barcelona 20/2020, de 8 de enero[18] (en adelante, 15 AP-Barcelona 20/2020), el 22 de julio de 2021[19], el Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera), decidió cerrar esta

duda surgida entre sus filas planteando cuestión prejudicial ante el TJUE, eso sí, únicamente sobre dos de los cuatro posibles comienzos del plazo de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula sobre gastos hipotecarios[20]. En consecuencia, el Tribunal Supremo (FD CUARTO-8), parte no solo de que la acción de restitución es prescriptible como así lo cree también la 15 AP-Barcelona, y, por ello, diferenciable de la acción de nulidad, sino de que solo quedan dos opciones de comienzo de plazo de prescripción sobre las que plantear su armonía o su oponibilidad al Derecho de la Unión al TJUE[21]: el día de la sentencia que declara la nulidad absoluta o la fecha bien de las SSTS de 23 de enero de 2019 que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios bien de las SSTJUE de 9 y 16 de julio de 2020 que declararon la posibilidad del plazo de prescripción para la acción de restitución (FD CUARTO-3).

Partiendo pues de la intención de la que parte el Tribunal Supremo, esto es, aplacar de una vez por todas la duda de la prescriptibilidad de la acción de remoción porque hay doctrina jurisprudencial para afirmar la separación de las acciones de nulidad y la de reembolso, restitución o remoción, consideramos oportuno tras esta primera toma de posición plantear la cuestión previa de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de restitución y el respeto a los principios europeos de equivalencia y efectividad, para pasar luego, en la segunda parte de este artículo, al análisis del plazo de prescripción y el mejor *dies a quo* de la acción de restitución, que es lo que en verdad cuestiona el auto, al TJUE y últimamente la Secc. 15 de la AP-Barcelona en su resolución de 9 de diciembre 2021[22] al pedir a Luxemburgo que se analice también como *dies a quo* del plazo de 10 años que prevé el artículo 121.20 CCCat. para el ejercicio de la acción de restitución, el momento del pago de la última factura de los gastos de formalización del contrato contenida en una cláusula considerada abusiva (Cuestión Prejudicial 1.ª y FJ 12.).

II. BASES PARA SOSTENER LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Es capital a día de hoy, a pesar del planteamiento de la independencia de las acciones de nulidad del negocio jurídico y de restitución de las prestaciones del que parte el Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021, dirimir si se puede extender la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de la cláusula de gastos a la acción de restitución derivada de ella o no; esto es, considerar que dichos efectos restitutorios pueden no estar sometidos a un plazo de prescripción extintiva cuando

la acción de declaración de nulidad de la que derivan, es imprescriptible, porque este tema ha seguido siendo objeto de discusión entre las filas de algunos órganos jurisdiccionales.

Para decantarnos por un sistema dual o unitario de tratamiento de ambas acciones, acudir al auto del Tribunal Supremo mencionado no sirve de mucho. Parece que el Alto Tribunal da por supuesto que todos entendemos que él ha distinguido «desde siempre» las dos acciones, considerando a la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato imprescriptible y a la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato nulo, prescriptible (FD CUARTO-9). Por eso no esgrime al TJUE sus argumentos. Da en cambio, imagen de seguridad al Tribunal Europeo de su doctrina; por una parte, porque, cuando le expone el Derecho nacional, reconoce que han sido pocas las veces en que se ha tenido que pronunciar sobre la distinción de la acción de nulidad del contrato que es imprescriptible y la prescripción de la acción de restitución de las cosas y el precio entregado recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo; y por otra, porque, con las únicas citas de la ya veterana STS de 27 de febrero de 1964, que nadie ha discutido, y de forma sorprendente[23] a nuestro modo de ver, de la STS 747/2010, de 30 de diciembre[24], le afirma categóricamente que hay que distinguir ambas acciones y que a la acción de restitución se le ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales (FD CUARTO. 8 y 9).

No le menciona, en cambio, su propia sentencia de Pleno[25] 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI: ES:TS:2018:4236), más moderna y ajustada al caso de los gastos hipotecarios, que la Sala de discordia de la Sección 28 Refuerzo AP-Madrid 929/2019 utilizó para fundamentar la misma toma de posición de existencia de doctrina jurisprudencial sobre la prescriptibilidad de la acción de remoción de los efectos de la nulidad de una cláusula declarada nula por abusiva, aunque la cite para explicar que en ella la acción de restitución había sido calificada como una acción derivada de un cobro de lo indebido previsto en el artículo 1896 del Código Civil dado que estamos ante pagos que se hicieron a un tercero (notario, registrador de la propiedad o gestor), y no a la parte causante de la nulidad (prestamista predisponente de la cláusula, FD CUARTO. 11). Y tampoco hace referencia a la STS de 25 de marzo de 2013 que sirve al voto particular concurrente de la sentencia de la 28R AP-Madrid 929/2019 para apoyar la tesis de que la acción de restitución es imprescriptible como lo es la acción de nulidad de la que trae causa, que en el caso de la resolución es una acción declarativa de simulación. Para los magistrados discrepantes, la afirmación *«en ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada*

deriva de la nada «ex nihilo nihil», no puede plantearse, como así lo hace para negarle importancia la sentencia de la 28R AP-Madrid 929/2019, como algo particular del caso de simulación que se somete a examen sino que es extrapolable a cualquier hipótesis de nulidad absoluta o radical, siendo uno de ellos el de la nulidad de pleno de las cláusulas abusivas predicado en el artículo 83 TRLGDCU (Razón 2. El denominado «principio de equivalencia» Voto particular). La Sección 15 AP Barcelona en su sentencia 20/2020, de 8 de enero[26] (en adelante, 15 AP Barcelona 20/2020), parece alinearse a este argumento de apoyo a la imprescriptibilidad de ambas acciones al citar literalmente el pronunciamiento del Tribunal Supremo entrecomillado (FD PRIMERO. 13). Sin embargo, no es así y considera, como ahora explicaremos detenidamente, por razones de seguridad, que cuando el consumidor hubiese abonado alguna cantidad en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo (FD PRIMERO. 15).

Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que el Tribunal Supremo cite su sentencia 747/2010 de 30 de diciembre y no cite la sentencia de 725/2018 de 19 de diciembre de 2018[27] no se debe a que quiera evidenciar ante el TJUE la solidez de la doctrina jurisprudencial sobre la separación de las acciones de nulidad y de restitución porque desde 2010 han pasado 12 años y no escasos 4 años desde la de 2018, ni tampoco creemos que quiera evitar la crítica de construirla con sentencias cuyo lapso de tiempo entre ellas es de más de medio siglo (54 años), porque también entre la sentencia de 27 de febrero de 1964 y la de 747/2010 de 30 de diciembre, aunque hay menos tiempo (8 años menos), es lo suficientemente significativo (46 años), para que recibiera la misma objeción.

Podemos, sin embargo, deducir que la mención al TJUE de la STS 747/2010 se debe a que dicha resolución emana de la apelación de la sentencia 35/2007 de 9 de febrero 2007[28] de la 28 AP de Madrid[29] entonces formada, entre otros, por el magistrado Rafael SARAZÁ JIMENA quien actuó de ponente, hoy magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en un supuesto que, aun no teniendo que ver con la nulidad de una cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, la AP se pudo pronunciar sobre la prescriptibilidad de una acción en la que la actora pide se declare su mejor derecho y, por tanto, le sea reconocida la titularidad dominical de la marca frente a quien resultaba titular registral de un derecho de marca nulo de pleno de derecho por no superar la expropiación que lo causó, el control impuesto por la regla de orden público; la razón es que entiende que se trata de una acción reivindicatoria que no es imprescriptible pues choca con la previsión del plazo de 5 años del artículo 2.2. Ley 33/1988, de Marcas de 10 de noviembre (FD CUARTO)[30].

Encontramos un poco forzado el uso de la STS 747/2010 para la construcción de la doctrina sobre la independencia de acciones y la prescripción de la acción de restitución. Sin embargo, entendemos que el Tribunal Supremo ha podido descartar la sentencia 725/2018 para formar doctrina porque en esta resolución no se trata realmente del tema de la prescripción; todo lo más, como dice la Sala de discordia, en esta resolución late la idea de la distinción de las acciones (FD-SEGUNDO-párr. 17)[31]. El único motivo de casación de la sentencia 725/2018 se focaliza en el tratamiento de los intereses devengados por las cantidades que la entidad prestamista debe abonar al prestatario tras la anulación de la cláusula de gastos de un contrato de préstamo hipotecario (FD-SEGUNDO)[32] y, en coherencia, el fallo se pronuncia sobre ello. Lo que pasa es que, para llegar a la decisión, la sentencia debe pasar por el *excursus* del efecto restitutorio que se deriva del principio de conservación del contrato del artículo 6.1. Directiva 93/13; pues esta norma imperativa, equivalente a las normas nacionales, exige a los EEMM que materialicen dicho efecto restitutorio disponiendo que el contrato, pese a la declaración de abusiva de una de sus disposiciones, subsista sin ella y cómo para el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho anterior a la firma del contrato, es inadecuado aplicar el artículo 1303 del Código Civil pensado para tejer entre partes y no entre una parte y terceros, por lo que la resolución califica a la situación creada como asimilable bien al enriquecimiento injusto bien al pago de lo indebido.

Cualquiera que sea la razón por la que el Tribunal Supremo utiliza su sentencia 747/2010 para formar doctrina con la sentencia de 27 de febrero de 1964 sobre la independencia de las acciones de nulidad y de restitución que implica poder hablar de la prescriptibilidad de esta última, lo cierto es que arroja luz al fijar las sentencias que se han de tener en cuenta cuando se hable de doctrina jurisprudencial relativa a la cuestión que tratamos y eso ya es mucho: por una parte, porque no siempre se habían considerado las mismas sentencias por las Audiencias ni primando los mismos argumentos; y por otra, el Tribunal Supremo, al dar ahora el nombre de las sentencias sobre las que construye su doctrina, da por válidos los argumentos que maneja en ellas, y además, está confirmando los de la sentencia de 1964, únicos que fueron tenidos en cuenta por la mayoría de Audiencias que estaban a favor de la prescriptibilidad de la acción de restitución.

Finalmente, pasamos a continuación al examen de los argumentos que sostienen la posibilidad de prescripción de la acción de restitución cuando la acción de declaración de nulidad por abusiva de una cláusula es imprescriptible, sin embargo acabar con el comentario de que tanto el Tribunal Supremo[33] como aquellas Audiencias Provinciales (28R-Sala de discordia y 15 AP-Barcelona 20/2020, por mencionar a las que más estamos utilizando en estas páginas), que se han mostrado a favor de la independencia de las

acciones de declaración de nulidad y de remoción, citan irremediablemente la doctrina de autores clásica y que hacen bien. Porque parece que para aquellos magistrados que hicieron el voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia, dicha doctrina no aporta «desarrollo argumental y dogmático» propio o genuino a la hora de separar la acción de nulidad absoluta del negocio jurídico que es imprescriptible y la acción de restitución de sus efectos considerada prescriptible, afirmando que se limitan a invocar la sentencia de 27 de febrero de 1964 que no formaba doctrina con la que ya habían descartado de 25 de marzo de 2013.

Obviando el comentario a que lo lógico es que las doctrinas, jurisprudencial y de autores, se retroalimentan, en efecto, tienen razón estos magistrados cuando en la invocación de la mejor doctrina como DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, expresan falta de desarrollo argumental; pero claro, la solidez de los argumentos de los autores hay que buscarla en sus diferentes aportaciones, máximo cuando en alguna de ellas por cuestiones de brevedad, (por ejemplo, en algunos párrafos que se contienen en obras de enseñanza donde hay que ser breves y transmitir simples rudimentos del instituto objeto de explicación), no se desarrollan los argumentos efectivamente[34]. Pero es que son, digamos, un resumen de lo que con solidez y absoluta maestría han estudiado y expuesto anteriormente de forma que previamente han hecho una reflexión profunda con obligado estudio de la jurisprudencia que existiera en dicho momento[35]. De hecho, hablando del autor citado, nos estamos refiriendo fundamentalmente a su admirable artículo intitulado «En torno al concepto de prescripción», el cual fue publicado en el anuario de derecho civil[36] en 1963, esto es, un año antes de la sentencia de 27 de febrero de 1964, cuyo contenido comparte. Además, como veremos en lo que sigue, prácticamente los grandes maestros de esta pretendida área del Derecho han escrito sobre esta «escurridiza» institución y han aportado las grandes claves para aplicarla a la acción de remoción de la que hablamos.

Pero sigamos con los argumentos que nos hacen reflexionar sobre la prescripción en la cláusula omnicomprensiva de atribución de gastos en los contratos de préstamos:

1. ¿Una acción es prescriptible cuando lo dice el Código Civil porque es la regla general para todo tipo de derechos y acciones?: la prescripción debe ser interpretada restrictivamente

Nos vale con empezar citando la sentencia 66/2018, de 1 de febrero de la 9.ª AP Valencia (en adelante, 9 AP Valencia 66/2018)[37] que, apoyándose en la STS de 27 de febrero de 1964, resume así los tres argumentos para considerar que la acción de restitución es prescriptible[38]: el artículo 1930.2.º

del Código Civil[39] se aplica a cualquier derecho y acción; cuando el Código regula los efectos de la nulidad de los contratos no declara la imprescriptibilidad de las acciones; y finalmente, entre las acciones que el artículo 1265 del Código Civil declara imprescriptibles, no se encuentra la acción de restitución (FD TERCERO-párr. 7.º)[40].

Siendo que hay que partir, como apunta la 15 AP-Barcelona 20/2020, del artículo 1930.2.º del Código Civil (FD SEGUNDO-6 y 7[41]), que declara que cualquier derecho o acción[42] puede extinguirse por prescripción, quien elige primero si una acción es imprescriptible es el Código y luego, si no ha declarado su imprescriptibilidad es cuando podemos discutirla según apunta la Sala de discordia, con apoyo en la STS de 27 de febrero de 1964 y la STS 725/2018, de 19 de diciembre. Pues bien, esta discusión es la que se ha tenido a propósito de la acción de restitución o el derecho de pago de los gastos hipotecarios que se consideró abusivo, y en ella, ha sido considerada prescriptible por la mayoría de las AAPP[43] y el Tribunal Supremo frente a la acción declarativa de nulidad de la que trae causa.

En efecto, mientras que el Código afirma la imprescriptibilidad de las tres acciones que prevé el artículo 1965 del Código Civil (la acción de deslinde de propiedades contiguas, la acción de partición de la herencia entre coherederos y la acción de división de cosa común entre condueños), no se pronuncia acerca de que las acciones de devolución de los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe (*ex*. arts. 1295 y 1306 CC, respectivamente), sean imprescriptibles.

La 15 AP-Barcelona 20/2020, recuerda que no solo hay silencio en el Código Civil sino en la normativa especial aplicable a este tipo de cláusulas que acogen condiciones generales de contratación; es decir, que la LCGC solo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación y la acción de declaración de una cláusula como condición general del artículo 19. 1.º y 4.º, respectivamente, y no así las acciones individuales de no incorporación o de nulidad previstas en los artículos 7 y 8, respectivamente (FD SEGUNDO-9); acciones en concreto que, a juicio de la 15 AP-Barcelona, son distintas de la de remoción de los efectos ya producidos de una condición general nula por abusiva pues ya se pagaron los gastos.

Así, ante este doble silencio, del Código y de la normativa especial, ¿hay que considerar sin más que la acción de restitución es prescriptible?

Creemos que es muy acertada la cuestión[44] y que es mejor acercarse a la solución atendiendo tan solo a que el Código Civil no está considerando por descarte que lo que se sitúe fuera del artículo 1965 del Código Civil es imprescriptible. Por eso, nos parece importantísimo que haya habido pronunciamientos acerca de la imprescriptibilidad o no de ciertas acciones a las que se le veía la oportunidad de declararlas prescriptibles por virtud de

la regla general de la prescripción contenida en el artículo 1930 del Código Civil. En concreto, como ya apuntamos líneas arriba, se ha discutido la prescripción o no de la acción declarativa de simulación absoluta del caso de la STS de 25 de marzo de 2013, y el Alto Tribunal afirma la imprescriptibilidad de la restitución de los bienes derivada de simulación. Esta afirmación constituye la base para que los magistrados del voto particular a la sentencia de la Sala de discordia (Razón.2.-El denominado principio de equivalencia» del voto particular), sostengan la tesis de que la acción restitutoria de los pagos indebidos de los que tratamos en estas páginas es igualmente imprescriptible.

Sin embargo, para la Sala de discordia dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo no puede ser extrapolado a este caso en el que hablamos de la nulidad de una cláusula de gastos indebidos y no de la nulidad total del negocio jurídico por efecto de la declaración de la simulación y en ello estamos de acuerdo por lo que se dirá respecto de la nulidad parcial que creemos, debe ser la que prepondere o prime en este tipo de contratos de adhesión con condiciones generales calificadas de abusivas, en orden a preservar el negocio jurídico que no se ha aparentado o simulado.

Aun con todo, no hay que olvidar como bien recuerda la 15 AP-Barcelona 20/2020, que por mucho que la prescripción pueda ser la regla general y pueda predicarse de todas las acciones o derechos, no está basada en principios de «estricta justicia», y por ello, debe ser interpretada de forma restrictiva (FJ SEGUNDO -7).

Es verdad, la prescripción se mira con recelo por los propios juristas, como decía DE LOS MOZOS, ya que, al fin y al cabo, con ella podemos estar protegiendo de forma excesiva a un deudor que no quiere cumplir y que se sirve de ella, cuando no es realmente fundamento de la prescripción liberar al deudor de su deuda (ALBALADEJO GARCÍA, 1980, 487). Pero lo cierto es que es un «mal menor» cuando se compara con el interés general que se quiere preservar al final: la doble seguridad, económica y jurídica, del tráfico.

En consecuencia, la consideración de que hay que hacer una interpretación restrictiva de la prescripción por la «intrínseca injusticia»[45] que hay que aceptar, no deja de ser una horquilla indeterminada que ha llevado, como a continuación tratamos, a esgrimir más argumentos en contra de la prescripción de la acción de restitución por parte de algunos órganos jurisdiccionales, propiciando que sigamos la reflexión sobre la materia de la independencia de acciones y la posibilidad de considerar a la de restitución de los efectos de la acción de nulidad, prescriptible. Argumentos todos ellos que van a ser contrargumentados con el fundamento último de la prescripción.

2. El fundamento del propio instituto de la prescripción y el fundamento propio de la prescripción de la acción de remoción frente a…

Frente a la solución a la que se llegó por el Tribunal Supremo en 1964 de que la acción de restitución es prescriptible, y con base principalmente en que no solo ha habido otros casos como en el de la acción de simulación en que los efectos restitutorios fueron declarados imprescriptibles, sino que la prescripción debe ser interpretada de forma restrictiva, se vuelve a cuestionar con estos otros tres argumentos sobre los que vale la pena reflexionar, como dice la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FJ SEGUNDO-10):

1. Que como la restitución es un efecto directo de la nulidad es apreciable de oficio y, por tanto, está sometida a la misma imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la que deriva;
2. Que no se explica el interés que puede tener el consumidor en conseguir la nulidad de la cláusula abusiva si esta no lleva aparejada la remoción de sus efectos; y
3. Que, si la nulidad de las cláusulas abusivas se retrotrae al momento del acuerdo contractual según la STJUE de 21 diciembre de 2016, ello no es compatible con considerar que pueda haber un plazo de prescripción o de caducidad.

Por este orden los analizamos y adelantamos que la reflexión y descarte de cada uno de ellos se encuentra en el fundamento del instituto de la prescripción de la acción de remoción.

A) …frente a la apreciación de oficio de los efectos restitutorios en el actual contexto de cláusulas abusivas: el ejercicio extemporáneo de la «facultad de exigir» y el abuso de la oponibilidad de la prescripción

Apreciar de oficio los efectos de la restitución derivados de una acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva por atribuir todos los gastos del negocio al prestatario, es lo que ha propiciado insistir sobre la imprescriptibilidad de la acción de restitución.

En efecto, si es apreciable de oficio la restitución de lo indebidamente pagado —sostienen los magistrados del voto particular concurrente de la sentencia de la Sala de discordia, con apoyo en numerosas SSTS[46]— es porque el efecto restitutorio constituye «una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual»[47] y así, «no es incongruente aquella sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuen-

cias que le son inherentes, consecuencias que son aplicables de oficio como efecto *«ex lege»,* como sucede con el efecto restitutorio del artículo 1303 del Código Civil»; y por ello dicha «consecuencia implícita ni siquiera es necesario ejercitar[la] como pretensión para que resulte operativa»[48].

De este impecable razonamiento, los magistrados avanzan un poco más y declaran que no estamos ante una acción independiente de la acción de declaración de nulidad; estamos ante una «faceta» (seguimos con la terminología de los magistrados del voto) de la acción de nulidad absoluta (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 1.º párr.), porque es «una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual» (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 3.º. párr.). De esta manera, si no estamos ante dos acciones sino ante el ejercicio de la acción de nulidad absoluta en su doble faceta, declarativa y restitutoria, sería incongruente que, predicada y no discutida la imprescriptibilidad de una, se considerara prescriptible la otra.

El Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 expresa igualmente con apoyo ahora en la sentencia 843/2011, de 23 de noviembre[49] (que, por cierto, había citado en su apoyo el voto particular de la sentencia de la Sala de discordia) y la sentencia 485/2012, de 18 de julio[50], (no citada por dichos magistrados discrepantes de la sentencia de la Sala de discordia), que no es incongruente la sentencia que además de declarar nulo el contrato aprecia de oficio sus efectos, esto es, la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido su objeto, incluidos sus frutos y el precio con los intereses, *ex.* artículo 1303 del Código Civil. Por lo tanto, que «no necesita de petición expresa de parte y debe ser acordada dicha restitución por el juez cuando declara la nulidad del contrato» (FD CUARTO-6). Pero de ese deber del juez de declarar la restitución no deduce que la acción de restitución de lo indebidamente dado deba seguir la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho. Y estamos de acuerdo.

Desde nuestro punto de vista, el que haya quienes que, como estos magistrados del voto particular concurrente, estén considerando que la apreciación de oficio de los efectos restitutorios hace acercarse la acción de restitución a la acción de nulidad de la que deriva hasta el punto de que es considerada como una faceta de ella y debe seguir su imprescriptibilidad, puede parecer lógico pero, dicho con todo respecto, discutible.

Primero, porque reconocer que hay dos facetas que se encierran en el concepto de acción de nulidad: la que busca la declaración de abusividad de la cláusula y la que pretende la restitución de los efectos propios de la declaración, nos lleva de nuevo a la cuestión de ¿para qué dividir en facetas si consideran luego que no son independientes porque la apreciación de los efectos restitutorios es de oficio?

Segundo, porque, como ya apuntábamos anteriormente con nuestra mejor doctrina (ALBALADEJO, 2004, 26), el fundamento de estas acciones no

es el mismo; pedir la restitución de lo dado por un negocio nulo no puede ser asimilado a pedir la declaración de nulidad de dicho negocio nulo, por más que se argumente que por estar ante una declaración de nulidad se haya de declarar de oficio los efectos restitutorios y que la sentencia que lo haga no es incongruente. De hecho, el *prius* para hablar de independencia de ambas acciones es que puede darse una declaración de nulidad sin que necesariamente se hagan efectivos los derechos restitutorios previstos por la ley, pero no porque hayamos decidido que están prescritos por seguridad jurídica del tráfico (cosa que vendrá después y constituye el fundamento de la prescripción), sino porque simplemente cabe que no se activen por el que entabla la acción de nulidad o porque el que sea demandado reconozca que debe aquello que se le demanda fuera de plazo (margen de operatividad de la prescripción que la aleja de otras figuras como la caducidad).

Tercero, que hay que separar como expresó con brillantez DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1963, 994), el efecto automático de la prescripción y el necesario ejercicio de la facultad de prescripción; «el cumplimiento del plazo de prescripción automáticamente no produce otro efecto jurídico que atribuir al interesado una facultad que es la facultad de prescripción»; conclusión que viene de considerar que hay que separar la producción del efecto jurídico, siempre automática, *sine voluntate* y su puesta en vigor o actuación siempre *ex voluntate*[51].

En cuarto lugar, que el silogismo al modo aristotélico que emplean los magistrados y también el Tribunal Supremo es correcto solo si se formula así:

«Premisa mayor: La nulidad absoluta es apreciable de oficio.
Premisa menor: La restitución, es un efecto de la nulidad absoluta.
Conclusión: La acción de restitución, como faceta de la acción de nulidad, es apreciable de oficio».

Pero, no es correcto montar del anterior silogismo, este Segundo:

«Premisa mayor: La acción de nulidad absoluta es apreciable de oficio y por ello, imprescriptible.
Premisa menor: La restitución, es una faceta de la acción de nulidad.
Conclusión: La acción de restitución es imprescriptible».

Es cierto que podríamos entender que la situación de especial protección de los consumidores brindada por la Directiva 93/13 frente a la potestad casi absoluta de los predisponentes de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, ha podido llevar al segundo silogismo, de tal forma que cabe considerar que esta especial tutela llega a elevar la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de la acción de nulidad en un lugar más allá

de lo técnicamente establecido y, por tanto, a descartar el instituto de la prescripción construido para brindar protección a intereses particulares. Por eso no consideramos que se pueda hacer una crítica dura a la técnica jurídica empleada por los magistrados del voto concurrente a la sentencia de la Sala de discordia. El presupuesto del que parten es impecable y por eso preguntan que si se ha considerado que no es incongruente la sentencia que aprecia de oficio los efectos restitutorios, por qué no considerar que estos no tienen fijado un plazo de prescripción.

De hecho, que la prescripción solo puede ser apreciada si se alega es el único punto de partida. En nuestra mejor doctrina, DE CASTRO Y BRAVO (1976, 149, 148 y 146), considera con apoyo en la STS de 16 de febrero de 1961, que el carácter de orden público de la prescripción, a saber, cumplir con su función de limpieza y claridad o purificación «drástica» de situaciones residuales que obstaculizan en el tráfico jurídico el buen juego de las instituciones patrimoniales, solo se refiere a la prohibición de la previa renuncia a la prescripción (*ex.* art. 1935 CC), pero no a que las autoridades deban aplicarla sin que haya sido opuesta por la parte interesada. Así también, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1963, 989 y 992) afirma que la prescripción solo es apreciable a instancia de parte, que no puede ser puesta en marcha de oficio, porque lo que se tutela con ella es el interés del sujeto pasivo, quien solo si quiere beneficiarse de la prescripción, debe alegarla, no importando si dentro o fuera de estrados. Así lo expresa el autor:

«*Piénsese, además, que, sin perjuicio del interés general, a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el interés del sujeto pasivo. Se considera injusto y por ello inadmisible que una persona quede expuesta a pretensiones tardías. Pues bien, si el interés directamente tutelado es este, es claro que su ejercicio tiene que corresponder únicamente a los interesados. De ello se deduce, a mi juicio, que la prescripción no puede ser nunca puesta en marcha de oficio, sino que tiene que ser provocada por quien tenga interés en ella*»[52].

El contexto en que sitúa esta afirmación el autor (1963, 971), es el de la situación jurídica identificada por el propio autor con el núm. 3.º en la que Ticio, acreedor, omite reclamar la prestación debida a Cayo, deudor que no realiza ningún acto que entrañe reconocimiento del crédito. Inactividades de las partes en la relación que permite la liberación del deudor y la pérdida del crédito, modificando pues la situación jurídica de partida.

Cuando afirma que el interés protegido es el concreto del sujeto pasivo, es porque «se considera injusto e inadmisible que una persona quede expuesta a pretensiones tardías». Aquí, es donde empezamos de verdad

a hablar de cuál es el fin último de la prescripción, el fundamento que le separa, por un lado, de la faceta de la declaración de nulidad (por eso estamos de acuerdo con los magistrados) y de los institutos de la *usucapio* y de la caducidad: el ejercicio «intempestivo» que no «extemporáneo» de la facultad de «exigir» la conducta debida que no del derecho subjetivo, en una relación sinalagmática.

Sin embargo, como puede apreciarse por el encabezado del párrafo reproducido y no precisamente para agotar todas las posibilidades, el autor remarca que la tutela al interés individual de un deudor que dispensa la prescripción es «sin perjuicio del interés general…».

A nuestro juicio, es justo lo que los magistrados no han tenido en cuenta, es decir, que la prescripción protege al sujeto pasivo de una situación porque lo que subyace es un interés general; interés general que hoy resalta y preside la normativa de las situaciones jurídicas nacidas por el uso de condiciones generales impuestas a una de las partes y que no es necesario insistir por conocido[53]. En dicho contexto es donde creemos se potencia la doctrina de la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de una acción de nulidad que declare abusiva una cláusula omnicomprensiva de gastos y donde los magistrados del voto concurrente a la sentencia de la Sala de discordia ven la oportunidad de descartar la prescripción de los efectos restitutorios con el argumento de que su apreciación de oficio no casa con el interés particular del sujeto pasivo beneficiario de la prescripción.

No obstante, creemos precisamente que si bien no hay que olvidar que la activación de la prescripción depende del interés del sujeto pasivo, no es exactamente el binomio inactividad del titular del derecho y falta de reconocimiento del sujeto pasivo del mismo, lo que caracteriza el concepto de prescripción, sino que la situación interina en la que se encuentra un derecho cuando hay tiempo de reclamarlo no sea tal que sobrepase lo admisible. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 987-989)[54] lo expresa diciendo:

«*A mi juicio la razón última de la prescripción radica en la espera a que razonablemente pueda ser sometido el deudor o sujeto pasivo. Esta espera de la pretensión tiene que poseer una duración razonable dadas las circunstancias. La sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisible. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y la característica esencial de la prescripción tardía o extemporánea*».

Da, a nuestro juicio, la verdadera razón de ser del instituto de la prescripción, ser un límite al ejercicio intempestivo del titular del derecho o punto de vista «estructural», lo cual ya es algo distinto a lo sostenido por

los órganos jurisdiccionales. Pero, además, con lo que él llama punto de vista «funcional» completa todos los aspectos del interés público subyacente de la prescripción, y lanza su idea de la utilidad de construir en nuestro Derecho la figura alemana del abuso de la prescripción; teoría de la formulación tardía no de la pretensión sino de la tardía oposición a la pretensión cuando se ha creado la apariencia de que la prescripción no va a ser invocada.

Recapitulando, si el fundamento de la prescripción de una facultad de exigir la restitución de los gastos indebidos, de la acción de remoción en definitiva, está en la justicia que hay en negar el ejercicio inesperado de dicha facultad, no podemos quedarnos ahí y así el autor sostiene (creemos nosotros que como formando parte de dicho fundamento de justicia), que no se pueda tampoco invocar la prescripción de una acción por aquel cuya conducta, en el sentido objetivo de la palabra, ha creado la apariencia de que no se opondría a la restitución o petición de condena de los gastos indebidamente pagados alegando la excepción de la prescripción, pues ello constituiría un abuso de derecho.

Viendo que no solo juega el aspecto estructural de la prescripción, la objetiva deslealtad del retraso en la facultad de exigir la condena es el que juega, sino el punto de vista funcional, el abuso de oponerla frente a dicha facultad, podemos afirmar que la prescripción preserva no solo el interés del sujeto pasivo, sino que lo limita cuando se pueda decir que está abusando al oponerla al titular del derecho. Este aspecto funcional creemos debe de ser considerado incluso antes que el estructural en el tema que nos trae a estas páginas y es el que salva verdaderamente la objeción de los magistrados discrepantes porque es acorde absolutamente al contexto de sobreprotección del consumidor de cláusulas abusivas que se inaugura con la Directiva 93/13.

En resumen, el encabezado de la expresión entrecomillada del Profesor DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN «sin perjuicio del interés general» significa no solo que la prescripción protege el interés del beneficiario de la prescripción (que debe, acorde con él alegarlo para que se aprecie), sino que le limita cuando, como es el caso que nos ocupa, el interés general de la norma lo reclama.

Como se ha visto, a nuestro juicio, la doctrina del abuso de la prescripción que el autor dijo entonces (1963) que era necesaria introducir en nuestro Derecho, hoy se hace más patente aunque de alguna forma se esté aplicando sin saberlo o sin expresarlo por el Tribunal Supremo y por el TJUE en las ocasiones en las que sin decirlo le parecía que la Directiva de cláusulas abusivas no se vería lesionada por normativa o construcción jurisprudencial que reclamara un plazo de prescripción de los efectos restitutorios.

La crítica a este argumento del abuso de la alegación de la prescripción podría venir de que, en efecto, no es el prestamista quien ha creado con su conducta la apariencia de que se abstendría de invocar la prescripción cuan-

do el consumidor entable la acción de restitución de gastos. Pero recuérdese que esta apariencia sí que la crea y, por supuesto, del modo más objetivo que puede imaginarse, el conjunto de sentencias que pueden invocarse por los particulares en pro de su pretensión, hasta el punto de que, por cierto, en base a ella, se exige su conocimiento al prestatario por aquellos que apoyan como *dies a quo* el de las fechas de dichas resoluciones. Entendemos por ello y en orden a equilibrar dicha exigencia, a una prestamista de los préstamos que caen en el seno de la Directiva 93/13, no se le debería admitir la alegación de desconocimiento de las fechas de dichas sentencias para defenderse del abuso de alegación de prescripción de la acción de restitución ni que emplee de forma abusiva la alegación de la prescripción.

Nuestros tribunales no utilizan el argumento del retraso desleal y del abuso de la oponibilidad de la prescripción para combatir el argumento de la apreciación de oficio en orden a declarar imprescriptible la acción de remoción de los efectos restitutorios en el contexto de la Directiva 93/13. Se limitan a separar los dos planos en que se mueven la apreciación de oficio de los efectos de la restitución y la prescripción de la acción de restitución (FD CUARTO-8) y a reconocer que, aunque han sido contadas las ocasiones en las que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prescripción de la acción de restitución, se sienta doctrina con las señaladas por el Tribunal Supremo, la ya popular sentencia de 27 de febrero de 1964 y la más reciente sentencia 747/2010, de 30 de diciembre (FD CUARTO-9), en las que se asevera que ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales a la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato nulo, distinguiéndola de la acción de nulidad absoluta del contrato imprescindible.

Por ello, agradecemos al Profesor DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, su reflexión del año 1963 acerca de la necesidad de construir en nuestro Derecho la doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción, pues nos da la salida técnicamente airosa a la cuadratura del círculo de considerar la prescripción de la acción de restitución y la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad radical, al contexto en que nos movemos y de su preferible *dies a quo*. Con la olvidada doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción, insistimos, podría sin reparo técnico alguno, afirmarse que el prestamista entra en abuso de prescripción desde el momento en que, siendo conocedora de que las cláusulas omnicomprensivas de gastos han sido declaradas nulas desde 2019, invoca la prescripción. No sorprenderemos diciendo más tarde que siendo el comienzo del abuso de prescripción por parte de la prestamista el conocimiento de la doctrina de la nulidad de dichas cláusulas, estamos a favor de fijar como *dies a quo*, una de las posibles fechas de las sentencias a las que igualmente llega el Tribunal Supremo con preferencia a aquellas relativas a la resolución que

declare la nulidad de la cláusula o a la referente al cumplimiento de la prestación indebida.

Después de lo dicho, creemos que una mejor explicación técnica sobre la posibilidad de entender que no es incongruente la resolución que de oficio declarara la restitución de lo indebido con su prescripción, nace entre las filas de la doctrina de la que se ha afirmado no tener argumento propio en este gran tema, limitándose a copiar lo que le jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había declarado sin argumentos convincentes del todo.

B) … Frente al escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios

No entra tampoco el Supremo a valorar este argumento del escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios, señalado para argumentar a favor de la imprescriptibilidad de la acción de remoción y es comprensible.

Pero es que, a nuestro juicio, hay dos líneas de defensa que ya se han expresado y quizás por sabidas, piensa no hace falta hacerle aclaración al TJUE:

Por una parte, pese a que es indiscutible que el interés del que interpone la acción de remoción no suele ir más allá de la obtención de lo pagado indebidamente, de forma que si ya ha prescrito la acción decae el de obtener la declaración de nulidad del acto nulo dado lo inútil de dicha declaración para colmar su verdadero interés crematístico; sin embargo, como ha señalado el Profesor ALBALADEJO GARCÍA (2004, 27), aunque parezca que la declaración de nulidad se vea de alguna forma «*arrastrada a morir por la prescripción de la acción de restitución*», como ha de ser alegada, la posibilidad de que se olvide o no quiera alegarla su beneficiario, creará cierta expectativa o interés en ejercitar la acción de declaración de nulidad, siempre. Si no se provoca que se pueda alegar, no se cerrará esa posibilidad que, como hemos dicho, deja abierta el sistema en el que opera la prescripción (ZIMMERMANN, 2008, 148).

En efecto, el interés o no interés del consumidor en conseguir la declaración de nulidad de la cláusula sin que haya ya posibilidad de conseguir la remoción de sus efectos es algo que, lejos de pensarse excede del mundo del Derecho, es acorde con la esencia del instituto de la prescripción y que la distingue de la caducidad: que admite la voluntad de los interesados en la consolidación de la situación jurídica a que se refiere, mientras que la caducidad con su plazo preclusivo no lo admite habida cuenta de que lo que se pretende con ella es declarar permanente lo antes posible la situa-

ción transitoria (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 998-999). La potencial seguridad del tráfico que parece se brinda solo al deudor por la prescripción al depender de su interés activarla o no[55], hay que leerla también en la clave de que puede dar lugar a que no la alegue y triunfe la petición de condena. Digamos que, a diferencia de la caducidad, aunque es inadmisible que una persona quede expuesta a pretensiones tardías para la seguridad del tráfico jurídico, ello queda mediatizado por su voluntad pues al final, la facultad de exigir una condena puede tener importancia desde luego para el sistema jurídico, pero no al punto de que se cierre por el simple paso del tiempo. Recordemos que estamos ante una «pretensión» diseñada por el ordenamiento jurídico con carácter indefinido. En cambio, las facultades son «derechos potestativos» caducables cuando el sistema considera que lo antes posible es necesario se resuelva su naturaleza provisional. En la prescripción estamos ante el binomio inactividad del titular del derecho y la falta de su reconocimiento por parte del sujeto pasivo, mientras que en la caducidad solo tenemos el primer término del binomio anterior (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 999 y CAÑIZARES LASO, 2018, 97).

Por lo dicho, la doctrina citada ha insistido en considerar que es presupuesto ineludible del concepto de prescripción, incluso más importante que el propio paso del tiempo de inactividad de la pretensión, que no se haya producido un reconocimiento de la deuda. Negar esta posibilidad de conducta al beneficiado por la prescripción sería negar el pasado de esta figura (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 987).

Desde nuestro punto de vista, si admitimos que cabe la renuncia a la prescripción ganada, podríamos admitir que estamos ante dos facetas distintas de la nulidad: la declaración de nulidad propiamente dicha y la restitución de la pretensión en juego, que, porque actúa de forma independiente, puede quedar sometida a la no alegación de la prescripción, lo que supondría su renuncia y triunfo de los efectos restitutorios consecuentes a la declaración de la nulidad.

C) …frente a que la acción de declaración de nulidad retrotrae los efectos del acto nulo al momento del acuerdo

La retroactividad plena de la nulidad de cláusulas abusivas que se traduce en efectos *ex tunc*, ciertamente casa mal con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad. Pero claro, como advierte la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FJ SEGUNDO-10), es una consecuencia que solo la pueden sostener los partidarios de considerar que las acciones, declarativa de nulidad de una condición general nula por abusiva y de remoción de los

efectos de dicha cláusula, no son distinguibles y, por tanto, están sometidas al mismo régimen de imprescriptibilidad. Por eso, salva de forma general, la propia 15 AP-Barcelona no solo esta última objeción sino las mencionadas antes que esta, con invocación de la doctrina clásica que ya apuntaba la 28R AP-Madrid 929/2019 (DE CASTRO BRAVO y DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN) y la que califica de más moderna[56], afirmando que, sea desde el análisis de la teoría general del negocio jurídico, sea desde la perspectiva de la nulidad de las condiciones generales, es posible hablar de imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de prescripción de la acción de restitución de los efectos del acto nulo. La razón última para esta Audiencia, es que el fundamento de la prescripción, es que el acto nulo ha agotado sus efectos y son conocidos por el titular de la acción, de forma que por seguridad jurídica, por presunción de abandono y tolerancia frente a la situación de hecho, es posible hablar de prescripción de la acción de restitución de dichos efectos; no así cuando es una acción cuyo objetivo es declarar que el negocio es inexistente o el acto nulo de pleno derecho pues es verdad que el negocio jurídico no emerge o el acto nulo no se convalida por el transcurso del tiempo (FD SEGUNDO-11).

A nuestro parecer, pese a que no utiliza el verdadero punto de vista funcional de la prescripción que se ha explicado anteriormente, sin embargo, sí que afirma que solo pueden sostener la idea de los efectos restitutorios *ex tunc* aquellos que se muestran a favor de la existencia de una única acción y no de dos. Nosotros añadiremos que ello también es aplicable a los magistrados discrepantes del voto concurrente cuando señalan a la Sala de discordia, que el TJUE en sus sentencias de 14 de marzo 2019 y de 21 de diciembre de 2016 *Gutiérrez Naranjo y otros*[57], ha entendido acorde con el artículo 6-1 de la Directiva 93/13, considerar que una cláusula calificada de abusiva nunca ha existido y debe llevar al «restablecimiento» de la situación anterior, tanto de hecho como de Derecho, y ello aunque este apunte en concreto de estas dos resoluciones lo hagan defendiendo que es igualmente aplicable al caso que nos ocupa en que se dice que realmente hay terceros (notarios, registradores, gestores, esencialmente), afectados respecto de las resultas de los pagos indebidos.

Por otra parte, hay que recordar que en nuestro Derecho no es excepcional encontrar esta doble vara de medir en el régimen de prescripción de las acciones. Por ejemplo, la acción para exigir la obligación de pagar pensiones alimenticias (ex art. 1966.1.º CC), está sometida a un plazo de prescripción quinquenal, cuando el derecho de alimentos es imprescriptible por mor de los artículos 1951 y 1933 del Código Civil. No somos inconscientes de la crítica que podría merecer este argumento, a saber, que, el caso de la reclamación de los gastos indebidamente impagados por efecto de una cláusula nula de pleno derecho por abusiva no es el que recoge el

artículo 1966 del Código Civil en sus tres números, y no solo del que hemos traído como ejemplo referido al derecho de alimentos, ya que el objeto de las obligaciones contempladas en dichos números son una pluralidad de prestaciones cuyo cumplimiento se distancia en el tiempo mientras que en el caso de los gastos que analizamos estamos ante el pago de una prestación única. Sin embargo, dicha crítica puede verse menos sólida si consideramos que el fin de la norma es proteger a los deudores, un *favor debitoris* que les escudaba frente a los efectos antieconómicos del mercado por acumulación de deudas de importe difícil de afrontar[58]. Recuérdese que precisamente la preservación del efecto económico en el mercado es el que subyace en las resoluciones que, con ocasión de la utilización de cláusulas abusivas en los contratos construidos esencialmente con condiciones generales, se han venido sucediendo y que tanto pesa la necesidad de valorar el instituto de la prescripción de las acciones de restitución consecuencia de las acciones de nulidad. Finalmente, hay que considerar también que la prescriptibilidad de las pensiones alimenticias solo es predicable de las ya devengadas y aún no percibidas o «atrasadas» (ex art. 151 CC), de forma que en coherencia con la comparación que mantenemos, podría sostenerse que la prescripción se iniciaría desde el pago de los gastos indebidos, esto es, que el acto nulo ha agotado sus efectos (esto es lo que sostiene la 15 AP Barcelona 20/2020). Lo veremos luego cuando tratemos el tema del comienzo del plazo de prescripción, aunque ya hemos dado muchas pistas de la postura que mantendremos.

3. El fundamento de la nulidad parcial: la conservación del negocio si no se opone el receptor de la cláusula nula por abusiva

Todos partimos de la consideración del mismo régimen de ineficacia, la nulidad radical o absoluta si la cláusula es abusiva pero no todos creemos que los efectos restitutorios nacidos de la declaración de nulidad sean *ex tunc*. Así, los magistrados discrepantes del voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia en la Razón 4 denominada «Interpretación lógica y sistemática», consideran que como la acción de restitución está inserta en el régimen general de ineficacia contractual y en particular, en el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho y este régimen no permite contemplar las acciones de forma tabulada e independiente sino considerar que la acción restitutoria presupone una acción de declaración de nulidad pues es accesoria de esta, resulta paradójico que una declaración de nulidad o inexistencia del contrato o de una de sus cláusulas, «a su vez, produce [produzca], efectos por el transcurso del tiempo».

Efectivamente, el frontispicio de ineficacia es la nulidad de pleno de derecho[59], sin embargo, recordemos que siempre ha venido modulada por

el Principio de conservación de los contratos; principio que en el campo de la especial protección que brinda la Directiva 93/13 al consumidor de cláusulas abusivas predispuestas, ha tenido una expansión que podríamos calificar de «máxima» gracias a la interpretación que de la misma ha elaborado el Tribunal de Justicia, tanto respecto de cláusulas esenciales del contrato como de accesorias.

La nulidad de cualquier cláusula supone simple y llanamente su inexistencia por lo que ya estamos ante una invalidez parcial del negocio[60] aceptada en nuestro Derecho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 494 y 1961, 336, notas 156 bis-163), por ser acorde con el principio de conservación de los contratos junto con la llamaba «reducibilidad del negocio» de la que también hablará DE CASTRO Y BRAVO[61].

Solo la conservación a ultranza de los contratos que es el fundamento de la nulidad parcial valdría para deshacer la paradoja observada por los magistrados del voto particular concurrente a la Sala de discordia relativa a que las que denominan facetas de la acción de nulidad absoluta, la declarativa de nulidad y la de restitución de los efectos producidos, no deben diferenciarse hasta el punto de poder afirmar, como así se ha destacado subrayándolo, que la nulidad radical con sus efectos *ex tunc* caiga tanto sobre una cláusula relativa a un elemento esencial del negocio como sobre una cláusula accesoria al mismo.

Pero la verdad es que la nulidad parcial es admitida incluso en el caso de que la abusividad afecte a un elemento esencial del contrato como el precio. Recordemos que en la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado[62] o de las cláusulas suelo, se prefirió no anular el contrato por el perjuicio al que se vería abocado el consumidor cuando tuviera que proceder a la devolución del total del precio del préstamo una vez calificado de inexistente. La STJUE (Sala Cuarta), de 16 de julio 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (punto 50.), expresa que, *…según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)*.

Digamos pues que pese a que la nulidad de la cláusula pueda afectar a un elemento esencial del negocio es necesario que siga existiendo so pena de penalizar además al adherente que no pudo sino someterse al pago del precio.

Claro está, como dice nuestra doctrina clásica, lo que se quiere con el uso de la nulidad parcial es evitar el fraude de la Ley[63]. Invalidez parcial que en el caso de los gastos anejos al objeto principal del contrato es posible sostener sin peros porque no depende la existencia del negocio del acuerdo sobre quién de las partes debe soportar estos gastos; estamos ante unas cláusulas accesorias al contrato, al que no le falta ninguno de los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil. Pero incluso si no estamos bajo el especial paraguas de protección del consumidor que dispensa la Directiva 93/13 a este tipo de contratos de adhesión, la nulidad parcial podría hacer desaparecer la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato y que pese a todo, el contrato sobreviva. Fuera de esta protección específica contemplada para el consumidor de contratos con condiciones generales, estaríamos ante un contrato nulo e insanable (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 478 y 485).

Finalmente, consideramos con REDONDO TRIGO (2018, 106 y 108) que salvo que estemos (y lo estamos, por cierto), tratando de la restitución de efectos que alcanza a terceros, la nulidad parcial puede albergarse en el artículo 1303 del Código Civil, precepto que puede extenderse a otros supuestos más amplios del régimen clásico y estricto de la ineficacia contractual tanto por los propios términos en que se expresa, (habla de «nulidad de la obligación»), como porque la sanción de la nulidad de pleno derecho, es la reacción máxima prevista por la Ley para otorgar protección al contratante más débil y sobre todo, porque no hay argumento positivo para sostener lo contrario. En definitiva, no creemos que se esté forzando la interpretación del artículo por aplicarse a nulidad parcial; otra cosa, es que no estemos ante el mismo tipo de prestaciones del precepto mencionado y no podamos aplicarlo de forma directa. Lo vemos en el siguiente epígrafe.

4. Enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido. la acción subsidiaria

Frente al obstáculo de la reciprocidad de las obligaciones del artículo 1303 del Código Civil que lo hace inaplicable a la remoción de los gastos pagados a terceros, se alzan el enriquecimiento injusto y el pago de lo indebido.

Como acabamos de decir, la condición para que el artículo 1303 del Código Civil pueda albergar los efectos restitutorios de una cláusula nula por abusiva es que los efectos se produzcan entre las partes obligadas y no respecto de terceros. Por eso, aunque se pueda apoyar la independencia de las acciones de nulidad y de restitución, sin embargo, más allá de las partes

contratantes, la acción de restitución de gastos indebidamente pagados no encaja exactamente en el artículo 1303 del Código Civil ya que este precepto prevé la restitución de obligaciones recíprocas.

Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia 725/2018, de 19 de diciembre pero no se molesta en indicarle esta duda al TJUE en su auto, como tampoco la 15 AP-Barcelona 2020, Tribunal que da, como dijimos, solo dos posibilidades de basar la acción de restitución: la acción resarcitoria del artículo 1158 del Código Civil o el cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil (FD SEGUNDO-16). Ambos Tribunales tienen asumido, como así lo expresa la Sala de discordia, que cuando hablamos de gastos pagados por el prestatario hipotecario, estamos ante gastos pagados por prestaciones hechas por terceros y no por acciones efectuadas por el banco, de forma que lo pagado por el usuario del préstamo no es prestación sinalagmática de la obligación del prestamista de poner a su disposición el dinero objeto del préstamo; así, estos terceros profesionales que han actuado no pueden dejar de cobrar cuando se declare la abusividad de la cláusula [FD. CUARTO.2.º)]. Pero en este caso, la Sala de discordia, ante el escollo de no poder aplicar el artículo 1303 del Código Civil considera mejor entender que estamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa de la entidad prestataria, lo que, por otra parte, salta, como dijimos, la objeción de la imprescriptibilidad.

Quien pone al día al TJUE de la necesidad de buscar otro acomodo a la acción de restitución pues no encaja en el artículo 1303 del Código Civil es el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz; en su auto de 26 diciembre 2019 informa que la objeción hecha a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil no puede ser suplida por previsión jurídica alguna nacional y que la obligación de restablecimiento del desplazamiento patrimonial del consumidor solo puede realizarse considerando que la acción de restitución se base en una de estas dos situaciones aparentemente similares o análogas: el enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido; para la exposición de la propuesta utiliza los términos de la STS 725/2018, de 19 de diciembre (resumen de párrs. 27 y 28), resolución que luego, el Tribunal Supremo considera en su auto de 22 de julio de 2021 (que no la 15 AP-Barcelona), para comentar al TJUE que la acción de restitución deriva del cobro de lo indebido previsto en el artículo 1896 del Código Civil (FD CUARTO-11).

Por lo dicho, ante la imposibilidad de utilizar el artículo 1303 del Código Civil pues no estamos ante obligaciones sinalagmáticas, parece abrirse una doble vía de figuras análogas para resolver la restitución y la prescripción de esta restitución: la del enriquecimiento injusto (vía por la que opta la Sala de discordia) y la del cobro de lo indebido (vía que da como estable el TS).

REDONDO TRIGO (2018, 109)[64], en su comentario de la sentencia 725/2018, discrepa la afirmación de partida del Tribunal Supremo relativa

a que nos entramos ante una «situación asimilable a la del enriquecimiento injusto»; para este autor, con cita a MOISSET DE ESPANES, estamos ante un verdadero enriquecimiento injusto negativo[65] o enriquecimiento por ahorro[66] que puede «observarse» dentro del cobro de lo indebido del artículo 1897 del Código Civil pues en su opinión, cabe hacer una interpretación extensiva de los artículos 1895 y 1896 del Código Civil. Así, no es necesario recurrir a la analogía.

En esta línea de encontrar en el cauce del enriquecimiento injusto la posibilidad de activar la devolución de lo indebidamente pagado sin pegas de prescriptibilidad, debemos de apuntar:

a) Que, repasando nuestra doctrina y jurisprudencia, es cierto que de forma indistinta se utiliza el cobro de lo indebido o el enriquecimiento injusto como soluciones idóneas para salvar el escollo que presenta basar la acción de restitución de los gastos pagados de forma indebida a terceros en el contrato de préstamo[67]. No preocupa si estamos ante el cobro de lo indebido o si estamos ante un enriquecimiento sin causa y creemos que es un acierto pues aunque queramos ser puristas y distinguir la construcción jurisprudencial del enriquecimiento injusto de la regulación del enriquecimiento injusto de la Ley navarra 21/2019, de 4 de abril[68] o de la regulación del pago de lo indebido de los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, la verdad es que como expresa nuestra mejor doctrina, el cobro de lo indebido es una «variante» del enriquecimiento sin causa (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 1976, 547) o estos institutos están «emparentados»[69] y la acción de enriquecimiento injusto puede encontrar su base legal «por inducción directa» en el artículo 1901 del Código Civil[70], precepto que está en sede del «cobro de lo indebido» (sección segunda, tít. XVI CC), pero que «está pensado para una situación distinta del simple pago de lo indebido por error, porque si hubiera error, la reclamación sería siempre posible al amparo del artículo 1895»[71].

Añadiremos a estos argumentos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar precisamente aplicando la Ley 508 relativa al enriquecimiento injusto regulado en la Compilación navarra[72], que según constante jurisprudencia anterior y posterior al Código[73] y apoyada en conocidos textos del Digesto y las Partidas, el enriquecimiento injusto exige inexcusablemente la concurrencia de tres requisitos: «Primero. Un enriquecimiento patrimonial que puede consistir tanto en un incremento patrimonial como en la evitación de una disminución por el concepto de daño o gasto, a cuyos efectos se refiere la Ley navarra con la rúbrica de «lucro»[74]; Segundo. Que, para ser injusto o sin causa, carezca de toda razón jurídica; y Tercero. Que, en correlación con el enriquecimiento se produzca

un paralelo empobrecimiento en el patrimonio de otra persona, con el efecto de haberse de restituir o resarcir» CDO.2).

En consecuencia, lo cierto es que, se base el enriquecimiento sin causa en Derecho común en la expansión de los artículos 1895 o 1897 o en el fin último del artículo 1901 del Código Civil (todos ellos en sede del cobro de lo indebido), o en la ley 508 FN, es obligado pasar por estos requisitos y parece que también por los preceptos mencionados al objeto de rellenar la exigencia declarada desde antiguo por el Tribunal Supremo en la construcción de una acción genérica de enriquecimiento, de que «*no vale con invocar el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que representa el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la acción para ser un saludable postulado de la equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas*» (STS de 12 de enero de 1943[75]).

Encontramos, que, en el fondo, el Tribunal Supremo no está exigiendo que el principio de enriquecimiento sin causa se refleje en un precepto determinado del Código, sino una demostración de que se necesita esta acción de enriquecimiento por las particularidades que reviste el desplazamiento patrimonial y que se cumplen los requisitos que señala deben concurrir para apreciar el enriquecimiento; esto es, que no se invoque sin más el principio de que alguien se ha enriquecido a costa de otro y se entable una acción, porque ello perturbaría la seguridad jurídica que debe presidir cualquier relación jurídica.

En nuestro caso, el desplazamiento patrimonial ha sido calificado de nulo por abusividad de la cláusula general de gastos de hipoteca y, además, como no podemos apoyar nuestra petición de restitución en el artículo 1303 del Código Civil por la existencia de terceros que cobraron y proporcionaron indirectamente el enriquecimiento del prestamista, está claro que necesitamos la acción de enriquecimiento; no estamos perturbando la seguridad jurídica de las relaciones procedentes, en este caso, de un préstamo garantizado con hipoteca; si acaso, estamos canalizando la legitimación de la restauración del gasto a través de una acción en la que no se necesita sino probar que se pagó indebidamente, no importando si el enriquecido actuó con mala fe. En definitiva, si el órgano jurisdiccional con la declaración de abusividad de la cláusula gastos, ya ha considerado la inexistencia de *causa retinendi*, no necesita quien acciona la restitución, probar más allá de que fue el pagador del gasto por su relación obligacional con el prestamista. No necesita, como expresa la ley 509 FN una vez pagado el gasto, probar la inexistencia de la obligación; en cambio, al que cobró, le queda probar su existencia si niega dicha prueba. No cabe en el caso que analizamos, probar

que no hay tal error en el pago, como posibilidad que recoge el precepto puesto que, como ya hemos visto, partimos de que el juez ya ha calificado la cláusula como abusiva y el error del pago por parte del prestatario puede no haber sido tal por habérsele conminado al mismo.

Bajar a la arena, como hemos hecho en este caso, nos confirma la postura apuntada por LACRUZ BERDEJO (1969, 579), quien, en sus notas sobre el enriquecimiento sin causa, considera que, al final, tampoco es esencial que se base el enriquecimiento sin causa en la ley o en un principio general, pues lo más importante es determinar si hay o no *causa retinendi* frente a la obligación de restitución de lo prestado, atribuido o apropiado sin causa que, —añade— no es ni contractual (no proviene de contrato) ni delictual (la obligación surge con independencia de la ilicitud), ni legal (pues media siempre un hecho actual en su «originación»), sino que está basada en la falta de equidad en el desplazamiento patrimonial. Este apunte apoyaría la idea de que más allá del contrato, tenemos una acción de restitución que nace con independencia de la acción de nulidad del contrato, que tiene su base en la falta de equidad constatada cuando se declara la nulidad de la cláusula abusiva de atribución general de gastos por falta de transparencia; y que, por esa autonomía, consideramos podría predicarse que es prescriptible frente a la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad del contrato[76].

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI[77], en el mismo sentido, considera que siendo uno de los requisitos de la acción de enriquecimiento injusto la falta de causa habrá que definirla porque ello lleva a su delimitación con otras acciones reipersecutorias de lo retenido sin causa; para el autor, la ausencia de causa implica la ausencia de un negocio jurídico válido o de una ley que fundamente y regule la adquisición de un bien o provecho. En definitiva, si hay legítimo derecho a ese provecho, bien por acuerdo de las partes bien por ley, tendremos causa o justificación y no podrá apreciarse el enriquecimiento sin causa.

En la comunidad autónoma de Navarra, tenemos regulación del enriquecimiento injusto y podría pensarse que fuera más fácil apoyar la acción de enriquecimiento injusto o sin causa, pero como hemos visto, desde 1984, vigente la ley 508 originaria de la Ley 1/1973, Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el Tribunal Supremo exigía los mismos requisitos que ahora con la ley 508 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. Otra cosa es que, primero, confirme con el la ley 509 que ya existía desde la Compilación y no ha sido modificada por la Ley 29/2019, que el enriquecimiento necesita de la prueba del pago de lo indebido y las señale, de forma que une inevitablemente otra vez el cobro de lo indebido y el enriquecimiento sin causa; segundo, que el enriquecimiento puede venir

por medio de un tercero; y tercero, que separe la obligación de restituir lo recibido o abonar el valor de la ventaja patrimonial de la obligación de indemnizar al empobrecido que pesa sobre el enriquecido, obligación esta última que depende de lo previsto legalmente o del juicio o valoración del órgano jurisdiccional[78].

b) Esta acción ha sido planteada como «subsidiaria» en la reciente STS núm. 970/2021, de 16 de marzo[79] (Pte: PARRA LUCÁN), por la entidad bancaria (Kutxabank S.A.), a propósito del gasto de tasación (Antecedente de Hecho PRIMERO.1.)[80], para el caso de que se entendiera por el Tribunal Supremo que el imponer los gastos de tasación a la prestamista recurrente no infringe el artículo 1303 del Código Civil [81]. Así, su segundo motivo de casación se funda, con cita de las SSTS de 31 de enero de 2008 y de 13 de abril de 2009, en la infracción por inaplicación del principio de enriquecimiento injusto, que para la recurrente se ha producido porque considera que es el prestamista quien debe de asumir los gastos de tasación ya que es quien debe ofrecer la garantía para obtener la financiación del préstamo. Si, como pasó en primera y segunda instancias, debe asumir ella como prestamista este gasto que, en el día de su planteamiento, no estaba atribuido por ley a ninguna de las partes, el prestatario se enriquecería sin causa (FD TERCERO-1)[82].

Plantearse la acción de enriquecimiento injusto como subsidiaria de otras acciones es un clásico[83] y sigue siéndolo[84], en concreto, de la acción indemnizatoria o de la acción reivindicatoria, dado el titubeo doctrinal y jurisprudencial habido, que unas veces considera que puede ser interpuesta de forma autónoma y a elección del titular de las acciones (por ejemplo, porque hayan prescrito) y, otras veces, solo cuando las acciones con las que concurra la acción de enriquecimiento injusto, no estén previstas.

Parece que vuelve a emerger la cuestión hoy de la subsidiariedad o posibilidad de concurrencia de la acción de restitución por enriquecimiento injusto con otras acciones, pero el argumento de que estamos ante un *obiter dicta* se predica ahora de las resoluciones que estiman la no subsidiariedad de la acción, cuando antes, en los sesenta, se había predicado de aquellas de las que se decía estimaban que la acción de enriquecimiento sin causa era subsidiaria.

Está claro que no quedó pacificada a finales de los sesenta ni de los setenta la cuestión de si la acción *conditio sine causa* es subsidiaria o no, cuando nuestra mejor doctrina[85] señaló con buenos argumentos que solo era acertada la línea jurisprudencial que se limitaba a negar, con carácter general, la subsidiariedad de la *conditio sine causa*. Entonces se demostró que las resoluciones del Tribunal Supremo de aquel periodo y de las que se decía podrían construir doctrina jurisprudencial a favor de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, no lo habían afirmado en *ratio decidendi*[86]

y que, contrariamente, dichas resoluciones habían apreciado la autonomía de esta acción respecto de otras con las que concurrían. Además, argumentos de considerable peso como aquel que afirmaba que el carácter supletorio del principio general en el que se recoge el enriquecimiento injusto, hace que la reclamación que en él se base deba ser considerada igualmente subsidiaria[87], se contraargumentó afirmando que el que se invoquen principios generales en defecto de ley aplicable no implica que, salvo si por ley aplicable se veta expresamente el camino hacia otra acción o si en ella se puede considerar que está contemplada exclusivamente una acción en específico, no pueda accionarse vía enriquecimiento injusto; porque si la ley cierra la puerta a otra acción, es claro que ya no cabe la invocación de la fuente subsidiaria o principio prohibitivo del enriquecimiento injusto.

Pero se vuelve, como hemos dicho, a plantear la subsidiariedad de la acción o no porque el Tribunal Supremo, con la sentencia de 22 de febrero de 2007 y con apoyo en las sentencias de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003, ha afirmado que la acción de enriquecimiento injusto es subsidiaria y residual siempre que haya una acción específica prevista por ley; y de igual forma que se hizo en los sesenta por nuestra doctrina, el Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 22 de febrero de 2007 que las sentencias de 19 de marzo de 1993, 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1999, niegan la subsidiariedad, pero que lo hacen igualmente en *obiter dicta*. Aporta también nuestra doctrina moderna[88] en apoyo de la subsidiariedad de la acción, las sentencias de 30 de abril y 4 de junio de 2007, de 19 de mayo y 3 de enero de 2006 y 21 de octubre de 2005[89], reconociendo, no obstante que la sentencia de 12 de abril de 1955 y otras anteriores que ya hemos mencionado, sí que habían establecido la doctrina de la no subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto.

En efecto, plantear la acción de enriquecimiento sin causa ha constituido un ardid o un «último cartucho»[90] para no perder la pretensión de restitución cuando ha prescrito la acción que legalmente se preveía para ese propósito y así lo ha entendido la jurisprudencia desde antiguo y parte de la doctrina; pero pese a ello, el Tribunal Supremo, a juicio de LACRUZ BERDEJO, siempre trazó una línea jurisprudencial que entiende como regla general que la acción de enriquecimiento sin causa no es subsidiaria y que puede ejercitarse, a opción por el titular de las acciones que concurren, bien de forma sucesiva o escogiendo la que quiera. Parece que OROZCO MUÑOZ, considera que las que llama 4.ª y 5.ª acepción[91] de la palabra «subsidiariedad» cuando estamos hablando de la acción restitutoria por enriquecimiento injusto, son las correctas. Conforme a la 4.ª, la acción de enriquecimiento general se aplicará de forma directa o preferente cuando se trate de una acción típica y solo en caso de no estar prevista ni operar la analogía *legis*, será posible apelar a la acción general de enriquecimiento, por

lo que será aplicable de forma residual o en defecto de legislación específica (cita la STS 318/2016, 27 de marzo). Así el actor no puede elegir libremente entre la acción general y la especial, lo que tiene verdadera importancia cuando una y otra estén sometidas a distinto plazo de prescripción, ya que hay jurisprudencia que afirma que no puede accederse a la acción de enriquecimiento cuando esta es utilizada por prescripción o rechazo de una específica aplicable. Otra cosa, como afirma el autor, es que la jurisprudencia no sea clara dada su ambigüedad terminológica.

A nuestro modo de ver, da igual que se plantee de forma subsidiaria o no la acción de enriquecimiento injusto, y aquí hacemos un voto concurrente con REDONDO TRIGO[92], ya que, por una parte, venimos de la declaración de nulidad de una cláusula que ha sido calificada de abusiva, de la que se ha afirmado (aunque sea para dudar de que no sean autónomas la acción de nulidad y la acción de restitución que se base en ella), puede apreciarse de oficio los efectos restitutorios[93]; ergo, planteada tan solo por el actor la declaración de nulidad, el órgano jurisdiccional podrá estimar efectos restitutorios apoyando su fallo en el enriquecimiento injusto o en el pago de lo indebido, pero como se ve, no hace falta que la parte solicite por acción subsidiaria de enriquecimiento injusto, las resultas de la declaración de nulidad de la cláusula; y por otro lado, como cualquiera de las dos acciones (indemnizatoria y la acción reivindicatoria, que son las que se plantean en la sentencia de 22 de febrero de 2007), tampoco encajan bien en el supuesto que estudiamos, y van a vulnerar la filosofía restauradora del equilibrio de las partes del artículo 6.1 Directiva 93/13, habrá que atender la acción planteada también por el *solvens* frente al prestamista que no puede ser otra que la acción personal propia de un enriquecimiento injusto negativo que podemos derivar, haciendo una interpretación extensiva, como dijimos, bien del artículo 1897 bien del artículo 1901 del Código Civil o bien de la ley 508 Fuero Nuevo.

En efecto, la acción indemnizatoria vulnera el artículo 6.1 Directiva 93/13 porque no restablece el desequilibrio patrimonial entre las partes sino que nos lleva a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil y a que el interés (que sería legal, pues no habría en nuestro supuesto ningún interés convenido), se devengaría desde la fecha de la reclamación extrajudicial[94] (art. 1109 CC: dice «judicial»), lo que es un efecto de la sentencia de condena (MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, 2000, 38-39), la cual tiene su origen en una acción de restitución que puede basarse en la normativa del pago de lo indebido; y la acción reivindicatoria tampoco preserva la norma imperativa del artículo 6.1 Directiva 93/13 porque es una acción real que, dejando aparte la eterna discusión de si encaja en el pago de lo indebido, puede cohonestar con un enriquecimiento injusto positivo que es el que realmente está regulando el artículo 1897 del Código Civil pero no

en el enriquecimiento injusto negativo dado que si no hay desplazamiento patrimonial hacia el prestamista, nada hay que podamos reivindicar.

La infracción del artículo 1303 del Código Civil y del enriquecimiento injusto del prestatario, son dos motivos de casación tratados al unísono en la STS 970/2021 y son desestimados, siendo la razón por la que se desestima este segundo que ahora analizamos que en el momento en que se celebró el contrato de préstamo hipotecario no existía una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos (FD TERCERO.1.3.), por lo que conforme a la STJUE de 16 de julio de 2020, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva[95].

Tras lo afirmado, la verdad es que la separación entre la restitución y la indemnización se incluye en la ley 508 FN, precepto que contempla la restitución de la ventaja patrimonial y solo cuando lo diga la ley (lo dice en los párrafos siguientes del precepto que contempla la adquisición por acto ilícito o inmoral y la retención sin causa de una cosa[96]) o lo estime procedente el juez, podrá completarse con una indemnización por el perjuicio causado al empobrecido.

Concluimos pues este epígrafe afirmando que la acción de restitución de los gastos hipotecarios es, por una parte, independiente de otras acciones que pueden concurrir con ella, de las que no es subsidiaria y, además, puede basarse en el enriquecimiento injusto que podemos basar en una interpretación extensiva del artículo 1902 del Código Civil o de la ley 508 FN; enriquecimiento injusto que se basará siempre en la falta de justificación del desplazamiento patrimonial.

5. Preservación de los principios de equivalencia, de seguridad y de eficacia

Pero sigamos ahora con la prescripción de la acción y con la discusión de si hablar de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios se opone a los principios de equivalencia, de seguridad y de efectividad.

Partimos del análisis no solo de las SSTJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, apdo. 41), de 21 de diciembre de 2016, (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, asunto C-154/15, apdo. 69) y 31 de mayo de 2018, C-483/2016, a. Szibrer), sino de las SSTS de 27 de febrero de 1964, 25 de marzo de 2013, 19 de noviembre de 2015 y núm. 558/2017 de 16 de octubre, entre otras, que afirman que el Derecho de la Unión no se opone al establecimiento de plazos razonables de prescripción.

La Sala de discordia expresa que, aunque la acción de nulidad de condiciones generales de contratación es imprescriptible porque estamos en presencia de una nulidad radical o de pleno derecho conforme a lo que declaran los artículos 83 LGDCU y 8.2 LCGC, no aplicar el mismo régimen a la acción de restitución derivada de ella afecta a los principios de efectividad, de equivalencia y de seguridad, proclamados por el TJUE (FJ SEGUNDO). Así, afirma:

Primero, que con la consideración de un plazo de prescripción legal suficientemente amplio para que el consumidor pueda tutelar sus derechos, NO queda afectado el principio de efectividad ni el efecto útil perseguido por la Directiva 93/2013 (FD SEGUNDO-párr. 19). Pero por muy amplio que sea el plazo de prescripción los magistrados del voto particular al fallo de la Sala de discordia consideran que sí queda afectado dicho principio porque el consumidor que viera declarada la nulidad de pleno derecho de una cláusula, tendría que soportar sus efectos claudicantes.

Segundo, que, con el mantenimiento de la prescripción de la acción de restitución, no se está dando peor trato jurídico a los supuestos de nulidad condiciones generales abusivas de la Directiva 93/2013 que a los supuestos de nulidad contemplados en Derecho Nacional; puesto que no se predica la prescripción de las acciones de nulidad solo de las derivadas de condiciones generales de contratación sino de cualquier acción de restitución de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que no se vulnera el principio de equivalencia (FD SEGUNDO-párr. 20). El correspondiente contrargumento del voto concurrente ha sido, con base en la STS de 25 de marzo de 2013, que se está tratando de diferente modo la acción de restitución de una acción de nulidad de una cláusula abusiva de otros tipos de nulidades como la simulación que se trata en la resolución, la cual es considerada imprescriptible. Son ambas ineficacias contractuales y tanto el Tribunal Supremo como el TJUE no suelen distinguir la nulidad de la ineficacia (Razón o punto 2-Principio de equivalencia). Y,

Tercero, que con el sostenimiento de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de restitución se permitiría reclamar con independencia de la fecha de celebración del contrato e incluso décadas después de su consumación, y, por ende, obligaría a admitir reclamaciones de incluso herederos del prestatario; lo que resultaría un grave quebranto de la seguridad jurídica (FD SEGUNDO-párr. 24). Para los magistrados discrepantes del voto particular concurrente del fallo de la Sala de discordia, la preferencia por la seguridad respecto de la justicia no es acorde siquiera con la doctrina del Tribunal Supremo que considera que la seguridad no es un criterio de preferencia sino una justificación, de forma que la prescripción debe ser objeto de interpretación restrictiva pues la prescripción se funda en razones de seguridad

y no de justicia; y así, proponen el análisis del caso que nos ocupa: si es apto de ser incardinado en la norma general de la imprescriptibilidad o no, porque en cualquiera de los dos casos, para estos magistrados no padecería la seguridad (Razón o punto 1-Las razones de seguridad jurídica).

La Sala de discordia, en efecto, está expresando con la posibilidad de reclamación infinita que se abriría si fuera imprescriptible también la acción de restitución, el fundamento del instituto de la prescripción que hemos visto, a saber, asegurar la certeza de las relaciones jurídicas, de forma que aunque a veces se ha visto como una sanción a la posición pasiva del titular que abandona su derecho hasta por la propia jurisprudencia, en realidad el Derecho posibilita a las partes en la relación, cerrar la vía a toda reclamación extemporánea o tardía.

Este argumento de la seguridad jurídica que proporciona la prescripción es válido porque, como dijimos, a juicio de la 15 AP Barcelona 20/2020, el instituto de la prescripción da «un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas» (FJ SEGUNDO-15); por tanto, será la base para la apreciación de la prescripción de la acción de devolución de los gastos que, pagados en el momento de la suscripción del contrato de préstamo garantizado con hipoteca en 1999, se interpone 18 años más tarde por los prestatarios contra el Banco de Santander, por virtud del artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre (FJ SEGUNDO-20). Da con razón por sentado el conocimiento de los argumentos que manejan tanto la Sección 9.ª de la AP de Valencia de 1 de febrero de 2018 como secc. 4.ª de la AP de La Coruña de 29 de noviembre de 2017 (4 AP La Coruña 411/2017), que cita (FJ SEGUNDO-14), y se centra en los perfiles diferenciables y propios de la acción de remoción frente a la acción de nulidad y consiguiente restitución de los efectos de una cláusula suelo[97]. Pero es que está claro, la 9 AP de Valencia 66/2018, reproduce el argumento de la STS de 27 de febrero de 1964 relativo a que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial de la época, reconocen la necesidad de dotar de «estabilidad económica» a la propiedad y todos los demás derechos a través del instituto de la prescripción; argumento que la propia sentencia de 1964 afirma proviene de una última sentencia que cita de la época, la STS de 7 de enero de 1958, con la que dice se puede hablar de doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta sentencias anteriores como, entre otras, las de 8 de mayo de 1903, 2 de marzo de 1912, 26 de marzo de 1915 y 13 de abril de 1956. De su propia cosecha, la AP de Valencia considera que hay que distinguir las acciones, de nulidad y la de restitución, porque, al ser la acción de restitución una acción de condena a diferencia de la acción de nulidad que es declarativa es necesario otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas. Declara que «de no admitir esa distinción, resultaría difícil conciliar que la acción de restitución no tenga plazo para su ejercicio, fuera también imprescriptible, con la existencia de plazos para usucapir,

ya se trata [correc. e], de bienes muebles o inmuebles, y fuese la usucapión ordinaria o extraordinaria» (FJ TERCERO-párr. 3.º).

Los magistrados discrepantes del voto particular concurrente de la sentencia de la Sala de discordia AP de Madrid 929/2019, ya dijimos, argumentan en contra que también es criterio jurisprudencial que las razones de seguridad que asisten al instituto de la prescripción no deben de prevalecer frente a la justicia, por lo que debe ser objeto de interpretación restrictiva. No dan estos magistrados ningún detalle del criterio en cuestión y frente a ello, nuestra mejor doctrina, apoyada en la doctrina jurisprudencial, considera que lo mejor es enemigo de lo bueno; esto es, que siempre hay que aceptar un mal menor de injusticia cuando hablamos de seguridad, porque la seguridad se refiere no al caso en particular, sino que atiende al orden público (CDO. STS de 27 de febrero de 1964 y FD SEGUNDO SAP Madrid, Sala de discordia núm. 929/2019). Por citar a doctrina que no haya sido tenida en cuenta en estas sentencias nos gustaría recordar con ALBALADEJO (1980), que si bien «*el Derecho,…, con la prescripción facilita un arma para que pueda ser utilizada a discreción, moralmente no debería servirse de ella quien se sabe obligado a lo que se reclama*[98]*, y que es preferible correr el riesgo de que la use injustamente una persona a dejar expuestas a todas las reclamaciones viejas de cuya legitimidad o ilegitimidad es difícil estar seguro por el tiempo transcurrido*». Porque, como expresaban ALAS, DE BUEN y RAMOS[99], «*la sociedad está interesada en no traer de nuevo a la luz cuestiones que desde hace tiempo yacen en la sombra y que afectan nada más ni nada menos que a un elemento tan indispensable para la vida social, como la seguridad de los patrimonios*, *tiene un interés vivo en que las relaciones se manifiesten*»; no está interesada —dicen los autores citando a GRAWEIN cuando distingue la prescripción de la caducidad—, en utilizar la prescripción como un modo de liberar al deudor de la obligación de pagar.

III. CONCLUSIONES

1. *Statu Quo*

1. *División dentro de nuestra jurisprudencia respecto a la consideración del grado de independencia de las acciones declarativa de nulidad radical de una cláusula abusiva y de restitución de sus efectos,* de forma que frente a ciertas AAPP, el Tribunal Supremo y otras AAPP se muestran partidarios de la existencia de doctrina relativa a la prescriptibilidad de los efectos restitutorios desgajados de la imprescriptible acción declarativa de nulidad de la cláusula condición general que alberga los gastos imputados al prestatario. Hablar de prescripción de la acción de restitución derivada de una cláusula

nula por la que se atribuye de forma general el pago de los gastos derivados de un contrato de préstamo hipotecario parece algo superado por nuestro Tribunal Supremo, aunque sorprenda que su doctrina jurisprudencial la forme con alguna sentencia distinta de las empleadas habitualmente por las AAPP. Así el Tribunal Supremo informa al TJUE en el auto de 22 de julio de 2021 en el que plantea el mejor plazo de prescripción de la acción de restitución y su *dies a quo*, que las sentencias que forman doctrina acerca de la independencia de las acciones y la posibilidad de poder considerar a la declarativa de nulidad como imprescriptible y a la de condena de restitución de lo indebidamente pagado como prescriptible, son la antigua e indiscutible sentencia de 27 de febrero de 1964 y la sentencia 747/2010, de 30 de diciembre; resolución esta última que no se había considerado nunca incluso por los órganos jurisdiccionales que se muestran partidarios de la división de acciones y de la existencia de una doctrina acera de la prescriptibilidad de la acción de remoción de los gastos.

2. *División dentro de nuestra jurisprudencia respecto de los argumentos que sostienen y contraargumentan la doctrina de la prescriptibilidad de los efectos restitutorios*

Los argumentos que se manejan para discutir la doctrina de que los efectos restitutorios prescriben son esencialmente:

Primero, que el doble silencio del Código Civil y de la LCGC respecto a la prescriptibilidad o no de la acción de restitución no puede interpretarse diciendo que el Derecho interno, si hubiera querido hablar de imprescriptibilidad de la acción de restitución, así lo hubiera expresado y menos que de forma sistemática por mor del artículo 1930.2.º del Código Civil se entienda que cualquier acción sobre cuya imprescriptibilidad el Código no se hubiera pronunciado, es prescriptible.

Consideramos oportuno que se pueda analizar de cada tipo de acción, su prescriptibilidad como así se hizo con la acción de declaración de simulación absoluta de la STS de 25 de marzo de 2013, en la que efectivamente se declara imprescriptible por el Alto Tribunal, porque al fin y al cabo hay que interpretar la prescripción de forma restrictiva dado que por ella hay que aceptar un cierto grado de injusticia y, por tanto, no participamos de la posición mantenida por el comentarista MANRESA. Sin embargo, consideramos que no es un caso extrapolable al de la acción de restitución de los pagos indebidos que analizamos porque la simulación es un supuesto distinto de ineficacia que la nulidad de una cláusula abusiva y, valoramos otros argumentos que damos a continuación.

Segundo, que es incongruente que exista doctrina del Tribunal Supremo que declare que una sentencia, sin necesidad de *petitum,* puede apreciar de oficio los efectos restitutorios de la acción declarativa nula y la prescripción se base en que ha de ser alegada por quien quiera beneficiarse de ella.

Consideramos que cabe contrarrestar este argumento invocando otra vez que el grado de independencia de las acciones declarativa de nulidad y de restitución es de tal magnitud si tenemos en cuenta su distinto objeto (en la acción de restitución la «facultad de exigir» la condena frente a la declarativa de nulidad que es obtener la declaración de nulidad del negocio o de la cláusula), que permite la posibilidad de que dichas acciones actúen o se activen de forma independiente (dependiendo del interés de las partes y además porque no es obligatorio ni reconocer la deuda ni alegar la prescripción). Por lo que no es correcto el silogismo de llegar desde la apreciación de oficio de los efectos restitutorios a la conclusión de que la acción de restitución es imprescriptible o que los efectos ipso iure o automáticos (*sine voluntate*) son iguales a su actuación (*ex* voluntate).

Pero sobre todo, participamos de lo afirmado por nuestra mejor doctrina sobre que la razón última de la prescripción, su doble característica esencial consiste en no solo acabar con la espera a que razonablemente puede quedar sometido el sujeto pasivo (es inadmisible una espera indefinida o excesivamente prolongada), sino evitar el abuso de la oponibilidad de la prescripción al que pueda llegar ya que conoce que esas cláusulas que él predispuso han sido declaradas abusivas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, cuyas sentencias, sus fechas constituyen a nuestro parecer, la forma más objetiva de saber dónde comienza dicho abuso.

Por lo dicho, agradeciéndole a nuestra doctrina clásica la idea de que es necesario que se construya en nuestro Derecho la doctrina alemana del abuso de la oponibilidad de la prescripción, con el doble aspecto señalado, «estructural» y «funcional», creemos que es hoy más que nunca aplicable a este contexto de protección frente a las cláusulas abusivas pilotado por los efectos restitutorios del artículo 6.1 Directiva 93/13; contexto en el que si bien lógicamente también se ve potenciada la apreciación de oficio de los efectos restitutorios, ello no debe servir de excusa para considerar que no cabe hablar de la prescripción de la acción de restitución.

Por otra parte, aunque es cierto, como se ha dicho, que el consumidor pierde el interés de entablar una acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva si no obtiene los efectos restitutorios por haber prescrito la acción, también es cierto que siempre está la expectativa de que se reconozca dicha deuda o que no se alegue la prescripción tras el ejercicio de la declaración de nulidad.

Tercero, que es absurdo que la acción de remoción de los gastos indebidos se base en una declaración de nulidad de la cláusula que los atribuía y que luego no se puedan retrotraer los efectos de la nulidad al momento del acuerdo.

Además de que pueda servir para contradecir el argumento, como dice la 15 AP Barcelona 20/2020, que el fundamento de la prescripción es que el acto nulo ha agotado sus efectos, nosotros añadimos: por un lado, que

hay también acciones de restitución como son las que se enumeran en el artículo 1966 del Código Civil que, pese a que las acciones declarativas de las que derivan son imprescriptibles, se han considerado prescriptibles (por ejemplo la acción para exigir la obligación de pagar pensiones alimenticias, *ex* art. 1966.1.º CC, está sometida a un plazo de prescripción quinquenal, cuando el derecho de alimentos es imprescriptible por mor de los arts. 1951 y 1933 CC); y por otro, que estamos ante la nulidad de una cláusula abusiva que, relativa o no a un elemento accesorio del contrato de adhesión, en el contexto de sobreprotección que al consumidor de estas cláusulas otorga la Directiva 93/13, se entiende inexistente pudiendo seguir conservando parcialmente el negocio, claro está, si el consumidor no se opone a ello.

Cuarto, que no cabe albergar en el sinalagma de prestaciones del artículo 1303 del Código Civil la restitución de los pagos hechos a terceros en el contrato de préstamo debido a que esto es la característica que conforma el perfil propio de la acción de restitución de los gastos del préstamo indebidamente pagados; y que la acción de restitución es imprescriptible porque la acción de enriquecimiento injusto es una acción subsidiaria de otras acciones: indemnizatoria o reivindicatoria.

En efecto, reconocemos que a pesar de que no haya prohibición de calificar a la acción de restitución como prescriptible, no es fácil ubicarla en el artículo 1303 del Código Civil, precepto que de forma general prevé el efecto restitutorio de contratos nulos y anulables, puesto que los gastos que incluye la cláusula nula por falta de transparencia han sido pagados por el prestatario a terceros y no al prestamista, y dicha regla jurídica está pensada para reestablecer los efectos generales del contrato nulo o de los efectos derivados de las prestaciones declaradas nulas (en una nulidad parcial que se admite por la preservación del principio de conservación de los contratos), entre las partes contratantes; es decir, para preservar el sinalagma que encierra.

Siendo esto así, se ha intentado encontrar la base sobre la que descanse la acción de restitución bien en el articulado relativo al cuasicontrato pago de lo indebido (arts. 1895-1991), bien en el principio general del enriquecimiento injusto que construye la jurisprudencia del mismo articulado y así ha sido planteado por los tribunales incluso al TJUE (lo plantea el JPI de Badajoz).

Sin embargo, de esta primera objeción, creemos que la distinción, posible técnicamente, entre el pago de lo indebido y el principio de enriquecimiento injusto, puede considerarse superada tanto por la doctrina (que ya calificó al cobro de lo indebido como una variante del enriquecimiento injusto), como por la jurisprudencia.

Por una parte, porque el principio de enriquecimiento injusto o «injustificado» se puede basar bien en alguno de los preceptos conformadores en

el Derecho Común del pago de lo indebido (esencialmente, en el art. 1901 CC), o de la Compilación navarra (en particular, en la ley 508 donde hace una mixtión entre el enriquecimiento y el pago de lo indebido).

Por otra y es lo más importante desde nuestro punto de vista, porque la base del principio del enriquecimiento injusto, esto es, que el correlativo empobrecimiento-enriquecimiento de las partes, se fundamente en la inexistencia de *causa retinendi*, y nos llevaría a sostener: primero, que la falta de equidad en el desplazamiento patrimonial que es lo que representa la *causa retinendi* constituye otro argumento más a favor de la prescriptibilidad de la acción de restitución ya que puede nacer sin estar necesariamente ligada a una previa acción de declaración de nulidad; y, segundo, además, en nuestro caso concreto, al partir de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva se llevaría a invertir la carga de la prueba del indebido desplazamiento patrimonial, hacia quien se enriqueció negativamente en el sentido de que estamos ante el pago de gastos realizados a terceros. De esta concepción de que estamos ante una acción de enriquecimiento negativo y de la redacción de la ley 508 FN, es de donde nace también nuestra respuesta a la segunda objeción relativa a que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria de otras acciones como la acción indemnizatoria.

Quinto, que la prescriptibilidad de los efectos restitutorios no es acorde con los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad, consagrados por el TJUE.

Creemos que una vez salvado que no solo se predica la prescripción de las acciones de restitución derivadas de condiciones generales de contratación abusivas sino de cualquier acción de restitución de nuestro ordenamiento jurídico y, que por tanto, el principio de equivalencia no puede considerarse vulnerado, los principios de seguridad y de eficacia que deben presidir la oportuna decisión sobre la protección, en este caso, frente a cláusulas abusivas por contener la atribución al adherente de todos los gastos derivados de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, deben jugar cohonestados y la única forma es atendiendo a la exigencia del Tribunal de Luxemburgo del plazo «razonable»; porque solo será razonable el plazo que pueda ser conocido por el prestatario razonablemente atento y perspicaz a tiempo para actuar la acción de restitución pues es a él a quien se le va a oponer la prescripción (principio de efectividad); efectividad preservada que lleva a evitar la injusticia de dejar las pretensiones abiertas *in eternum* con el consiguiente desajuste en el orden público económico, y por tanto, lograr la certidumbre a las relaciones jurídicas. Todo lo dicho teniendo en cuenta que la otra injusticia consistente en mermar las reclamaciones al titular del derecho al reembolso de los gatos indebidamente pagados se ataca con la posibilidad de aplicar la doctrina alemana del abuso de oponibilidad de la prescripción.

Sexto, que no hay plazo de prescripción para este caso concreto de efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y menos aún acuerdo sobre cuándo debe comenzar. El comienzo del plazo por el que nos decantamos, punto que consideramos más importante que su duración (aunque también nos parece razonable que sea corto por aquello de uniformarnos con Europa), es, en aras de preservar los principios de seguridad jurídica y de efectividad, (y con ello, adelantamos nuestra propuesta de la segunda parte de este artículo), es la fecha de las «sentencias uniformes» del Tribunal Supremo, 23 de enero de 2019, cuya «notoriedad» es indiscutible tanto para el titular de la acción de remoción como para el consumidor de la cláusula abusiva; notoriedad del conocimiento de la nulidad de gastos hipotecarios por abusiva, esto es, del hecho que genera el derecho, que objetivará el criterio «subjetivo» del *dies a quo* del que parte la doctrina y las pretendidas normas armonizadoras tanto del Derecho europeo de contratos (Principles of European Contract Law-PECL y Draft Common Frame of Reference-DCFR) como de los contratos comerciales internacionales (Principios Unidroit o Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales-PICC) y que permite plantear la aceptación del rechazado «realismo jurídico» que nos lleva a posicionar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un lugar «notorio» sin menoscabar el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores. De ello hablaremos en la segunda parte de este artículo que se publica en el siguiente número.

II. Nuestras propuestas:

1. Recordar el diseño técnico de la prescripción para que la acción de restitución sea lo suficientemente independiente de la acción declarativa de nulidad radical:

— El objeto directo e inmediato de la prescripción es pedir que se nos devuelva lo que hemos dado indebidamente o la condena (en nuestro caso por efecto de la cláusula declarada nula por abusiva) y no pedir que se declare la nulidad de un negocio o de una cláusula.

— Su potencialidad de extenderse en el tiempo según los intereses no solo del titular del derecho sino del sujeto pasivo en principio beneficiado por ella.

— La prescripción no tiene como fin liberar al deudor del pago de la deuda sino proporcionar seguridad jurídica y certeza a las situaciones jurídicas que, a juicio del Derecho, puedan esperar a quedar definitivamente permanentes.

— El interés individual que preside el ejercicio de la facultad de exigir la restitución de lo indebidamente pagado no debe enturbiar la consideración

de que hay un orden público subyacente que podrá limitar tanto el abuso de alegación de la prescripción por el prestamista como la reclamación extemporánea de la deuda por el prestatario.

2. Rescate de la doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción para acabar con lo injusto que es que el sujeto pasivo utilice el plazo de prescripción al que queda limitado el acreedor de los gastos cuando conoce que es abusiva la cláusula.

3. Unificación de la doctrina del enriquecimiento injusto y pago de lo indebido importando solo la falta de la «causa retinendi».

4. La fecha de las «sentencias uniformes» del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 como mejor «dies a quo» para resolver el problema actual de las acciones de exigir la condena al pago de los gastos indebidos.

JURISPRUDENCIA

2017: Imprescriptibilidad

- SAP de Pontevedra, de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES: APPO:2017:571).
- SAP de La Coruña, 338/2017, 18 de octubre de 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2173).
- SAP de La Coruña, 339/2017, de 18 de octubre de 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2170).
- SAP de La Rioja, 314/2017, de 13 de noviembre de 2017 (ECLI:ES: APLO:2017:314).
- AP de Asturias, 535/2017, de 23 de noviembre de 2017 (ECLI:ES: APPO:2017:571).

2017: Prescriptibilidad

- SAP de La Coruña (Sección 4.ª), 494/2017 de 29 de noviembre (ECLI:ES: APC:2017:2609).
- SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª), de 12 de diciembre de 2017 (ECLI:ES: APIB:2017:2186).

2018: Imprescriptibilidad

- SAP de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084).
- SAP de Palencia (Sección 1.ª), 315/2018, 19 de septiembre (ECLI:ES: APP:2018:391).

- SAP de Asturias (Sección 1.ª), 628/2018, de 20 de diciembre (*JUR* 2019:37639).

2018: Prescriptibilidad

- SAP de Valencia, (sección 9.ª), 66/2018, de 1 de febrero (Roj: SAP V 1121/2018).
- SAP de Valladolid, (sección 3.ª), 68/2018, de 13 de febrero.
- SAP de La Rioja, (sección 1.ª), 59/2018, de 21 de febrero.
- SAP de Zaragoza, (sección 5.ª), 407/2018, de 24 de mayo de 2018. (ECLI: ES:APZ:2018:1272)
- SAP de Zaragoza, (sección 5.ª), 479/2018, de 15 de junio (ECLI:ES: APZ:2018:1725).
- SAP de Barcelona, (sección 15.ª), S de 25 de julio de 2018 (ECLI:ES: APV:2018:1121)
- SAP de Burgos, (sección 3.ª), 352/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES: APBU:2018:818).
- SAP de Barcelona, (sección 15.ª), 923/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES: APB:2018:12088).

2019: Imprescriptibilidad

- SAP Cádiz (Sección 5.ª), 323/2019, de 25 de abril *(JUR* 2019, 171339).
- SAP Granada (Sección 3.ª), 462/2019 de 14 de junio *(JUR* 2020, 10237).
- SAP Valladolid (Sección 3.ª), 270/2019, de 25 de junio *(JUR* 2019, 235023).
- SAP Palencia (Sección 1.ª), 285/2019 de 30 de julio *(JUR* 2019, 267742).
- SAP Zamora (Sección 1.ª), 397/2019 de 21 de noviembre (*JUR* 2020, 77246).
- SAP Albacete, de 21 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 38924).
- SAP León (Sección 1.ª) 651/2019, de 26 de diciembre (*JUR* 2020, 85709).
- SAP Zamora (Sección 1.ª), 180/2019.

2019: Prescriptibilidad

- SAP de Murcia, (sección 4.ª), 34/2019, de 10 de enero de 2019 (ECLI:ES: APMU:2019:397).

- SAP de Pontevedra 226/2019 de 23 abril (*JUR* 2020, 276886).
- SAP de Lugo, (sección 1.ª), sentencia núm. 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295).
- SAP de Alicante (Sección 8.ª), 583/2019 de 13 de mayo (*JUR* 2019, 256762).
- SAP de Teruel (Sección 1.ª), 164/2019 de 5 de junio (*JUR* 2019, 226664).
- SAP de Valencia (Sección 9.ª), 829/2019 de 25 de junio (*JUR* 2019, 236104).
- SAP de Madrid (sección 28.ª Refuerzo) 929, de 11 de septiembre (ECLI: ES: APM:2019:16041).
- SAP de Burgos (Sección 3.ª), 445/2019 de 24 de septiembre (*JUR* 2019, 291841).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.ª), 772/2019 de 12 de noviembre (AC 2020, 84).
- SAP de Palencia, (sección 4.ª), 393/2019, de 15 de noviembre de 2019.
- SAP de Palencia (Sección 1.ª), 399/2019 de 19 de noviembre (ECLI: ES: APP: 2019:617).
- SAP de Zaragoza (Sección 5.ª), 958/2019 de 27 de noviembre (*JUR* 2020, 8502).
- SAP de Zaragoza (Sección 5.ª), 1071/2019 de 17 de diciembre (*JUR* 2020, 43327).

1990-2012: Imprescriptibilidad

- STS 105/1990, de 24 de febrero.
- STS 120/1992, de 11 de febrero.
- STS 772/2001, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6465).
- STS 81/2003, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2003:852).
- STS 812/2005, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6545).
- STS 934/2005, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7386).
- STS 473/2006, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3034).
- STS 1385/2007, de 8 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:380).
- STS 843/2011, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8900).
- STS 557/2012, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6225).
- STS 265/2015 de 22 de abril (ECLI:ES:TS: 2015:1723).

2010-2019: Prescriptibilidad

- STS 747/2010, de 30 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7666).

- STS 485/2012, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5290).
- STS de Pleno (Sala de lo Civil) 705/2015, de 23 de diciembre, (Id. Cendoj: 28079119912015100044).
- STS de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI: ES:TS:2018: 4236).
- STS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019: 102).
- STS 662/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3911).

CUESTIONES PREJUDICIALES

2019-2021:

- auto JPI núm. 17 Palma de Mallorca, 47/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES: JPI:2019).
- auto JMer núm. 1 Badajoz, de 26 diciembre de 2019 (notificado a TJUE el 16 de julio de 2020 y retira su cuestión prejudicial el 25 de septiembre de 2020).
- auto Secc. 9.ª AP Alicante de 22 de enero de 2020 de la (DOUE C/161/25-26, 11 de mayo de 2020).
- auto de Pleno Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 (ECLI ES:2021: 10157.ª).
- auto Secc. 15 de la AP-Barcelona, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES: APB:2021: 9348.ª).

DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN:

1. Fecha del pago de la última factura y/o celebración del contrato

- SAP de Palencia, 393/2019, 15 de noviembre.
- SAP de Barcelona (Sección 15.ª), 20/2020, 8 de enero (ECLI:ES: APB:2020: 2.º).
- SAP de Madrid (Sección 28.ª), 779/2020, de 19 de marzo (*JUR* 2020, 176402).
- SAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de noviembre de 2020.
- SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 17 de diciembre de 2020.
- SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 30 de diciembre de 2020.
- SAP de Valencia (Sección 9.ª), de 22 de junio de 2021.
- SAP de Baleares (Sección 5.ª), de 2 de julio de 2021.

2. Fecha de la declaración de nulidad de la cláusula

- AP de Cáceres, (Sección 1.ª), sentencia de 22 de diciembre de 2017.
- AP de La Rioja (Sección 1.ª), sentencia 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES: APLO:2018:114).
- AP de Lérida (Sección 2.ª) AP sentencia 321/2021 de 7 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APL:2021:387).

3. Fecha de alguna de las sentencias notorias

3.1. STS de 23 de diciembre 2015:

- SAP de Palencia, sentencia 393/2019, de 15 de noviembre.
- SAP de Gerona, (Sección 1.ª), sentencia de 10 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APGI:2021:488).
- SAP de Tarragona, (Sección 1.ª), sentencia de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES: APT:2021:704).
- SAP de Orense, sentencia 537/2021, de 21 de julio (ECLI:ES: APOU:2021:537).

3.2. SSTS de 23 de enero 2019:

- SAP Lugo (Sección 1.ª), 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295).
- SAP Lugo (Sección 1.ª), de 23 de febrero 2021 (ECLI:ES: APLU:2021:118).

SSTJUE:

- STJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, ECLI:EU:C:2009:305).
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08, ECLI:EU: C:2010:193).
- STJUE de 15 de diciembre de 2011, (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, ECLI:EU: C: 2011:844).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980).
- STJUE de 7 de agosto de 2018, (Banco de Sabadell y Escobedo Cortés, C-96/2016 y C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643).

- STJUE de 14 de marzo de 2019, (Dunai, C-118/17, ECLI:EU: C:2019:207).
- STJUE (Sala Cuarta) 9 de julio de 2020 (Reiffesisen Bank y Brd Groupe Société Générale, C-698/18 y C-669/18, ECLI: EU:C:2020:537).
- STJUE (Sala Cuarta) 16 de julio de 2020, (Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578).
- STJUE de 22 de abril de 2021 (Profit Credit Slovakia s.r.o, C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313).
- STJUE de 10 de junio de 2021 (BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, ECLI: EU:2021:470).

BIBLIOGRAFÍA

ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.R. (1918). *De la prescripción extintiva*, Sección de Derecho Civil bajo la dirección de Clemente de Diego. Madrid: Centro de Estudios Históricos.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La prescripción extintiva*, Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

— (1980). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Vol. 2.º, La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 6.ª Edición, Barcelona: Bosch.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1979). *Enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias. *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 61-72.

ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. (2020). Qué ha cambiado tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas. *Diario La Ley*. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/21/que-ha-cambiado-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020-gastos-hipotecarios-comision-de-apertura-prescripcion-de-la-accion-y-costas

AÑÓN CALVETE, J. (2021). Plazo de prescripción de la reclamación de restitución de las cantidades pagadas por aplicación de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE 22-4-2021, C-485/19 - Profi Credit. *Revista de Derecho vLex*, núm. 203. Disponible en: https://vlex.es/vid/plazo-prescripcion-reclamacion-restitucion-865822086

— (2021) Plazo de prescripción de las acciones sin plazo especial. Fin del plazo de prescripción de 15 años. *Actualidad Civil*, núm. 1/ Persona y derechos.A fondo.

BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2022). La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el auto Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3.

CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*/ Some keys to the reform of the prescription. In particular, the problem of dies a quo. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 89-138.

CARRASCO PERERA, A. (2017). A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios. *Publicaciones Jurídicas*, *Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en : http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf

DE CASTRO y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.

— (1961). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. *Anuario de Derecho Civil*, vol. XIV, núm. 2, 295-341.

— (1975). *Temas de Derecho Civil*. Rivadeneyra, S.A.

DEL OLMO GARCÍA, P. (2016). Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del common law. Anuario de Derecho civil, núm. 1, 6-98.

DE LOS MOZOS, (1960). La inexistencia del negocio jurídico. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XL, núm. 4.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1961). Eficacia e ineficacia del negocio jurídico, *Anuario de Derecho civil,* vol. 14, núm. 4, 809-834.

— (1963). En torno al concepto de prescripción, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, núm. 4, 969-1000.

— (1991-1). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (2093-2095).

— (1991-2). Comentario al artículo 1969 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (2166-2167).

— (2007). *La prescripción extintiva, En el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2.ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas,

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1976). *Sistema de Derecho Civil* (6.ª ed.)*,* vol. II. Madrid: Tecnos.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2009). La prescripción en los PECL y en el DCFR. *InDret,* núm. 3/2009, 1-29. Disponible en https://core.ac.uk/download/pdf/39072763.pdf

DURÁN RIVACOBA, R. (2021). Cuestión prejudicial acerca del comienzo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula. *Diario La Ley,* núm. 9919, 1-7. Disponible en https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3108/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf

LACRUZ BERDEJO, (1969). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 470, 569-603.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (1995). Lección 23.ª: Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos. En A. López, y V.L. Montes (coords.). *Derecho Civil, Parte General*, (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch (515-558).

MARÍN LÓPEZ (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 22/2017.

— (2021) Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 40/2210. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8144349.pdf

MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021). Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17 de noviembre de 2020. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 31/2021, (12-32). doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2658file:///C:/Users/UNED/AppData/Local/Temp/2658-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12021-1-10-20210118.pdf

MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000). *El cobro o pago de lo indebido*. Barcelona: Bosch.

LANDO, O. y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law: Parts I and II.* Kluwer Law International BV.

OROZCO MUÑOZ (2015). *El enriquecimiento injustificado*. Thomson Reuters Aranzadi.

REGLERO CAMPOS, F. (1994). Comentario al artículo 1961 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 2.º. Madrid: EDERSA (123-148).

REDONDO TRIGO, F. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. *Dykinson-AEBOE*, 101-114. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-6

RODRÍGUEZ MORATA, F.A. (1993). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 1.º. Madrid: EDERSA (221-239).

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2017). La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes. *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 483-514.

SABATER BAYLE, E. (2016). Derecho de obligaciones y actualización del Fuero Nuevo, *Iura Vasconiae: Revista de Derecho histórico y autonómico de Vasconia,* vol. (13/2016), 157-207.

ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*. Barcelona: Editorial Bosch

— (2002). *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511495113

NOTAS

[1] Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. párr. 1.º.

[2] ECLI ES:2021:10157.ª.

[3] Roj AAP B 9348/2021-ECLI:ES:APB:2021:9348.ª.

[4] Cita el voto particular de la sentencia de la Sala de discordia, especificando «entre las más recientes» incluso sentencias del Tribunal Supremo de las que se puede deducir que considera imprescriptible la acción de restitución; estas: STS 570/16 de 29 de septiembre, 167/2016 de 17 de marzo y 654/2015 de 19 de noviembre, dice, «por citar solo algunas de las más recientes»; no consideramos que utilice un buen argumento este conjunto de magistrados, ya se verá en estas páginas pero en el concreto en el que sitúa estas resoluciones, diremos solo que este se sitúa en el que denomina Razón 5- «Un argumento de refuerzo» y que el ponente ya comienza diciendo que «no es ni mucho menos autosuficiente».

No obstante, nosotros mencionamos en estas páginas otras resoluciones que se pueden clasificar entre las que consideran que la acción de restitución derivada de una acción de nulidad debe ser considerada como esta imprescriptible (*vid.* cuadro resumen de sentencias).

[5] La Razón 4. Interpretación lógica y sistemática. párr. 16.º Voto particular de la sentencia de Sala de discordia, cita a Díez Picazo a modo de ejemplo de autores que están a favor de considerar la prescriptibilidad de la acción de restitución y el voto mayoritario de dicha sentencia cita además a Delgado Echevarría, Parra Lucán, Carrasco Perea, Marín López y Miquel González (FJ SEGUNDO-párr. 11.º); el FJ SEGUNDO-11 de la sentencia de la Secc. 15 AP de Barcelona 24/2020, de 8 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:24) nombra a los profesores De Castro y Díez Picazo. *Vid.* también a LÓPEZ Y LÓPEZ y VALPUESTA FERNANDEZ (1995, 535). Nosotros mencionaremos también en estas páginas autores que están a favor de considerar como *dies a quo* la fecha de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, lo que es tanto como afirmar la imprescriptibilidad de la acción de remoción.

[6] Utilizamos la expresión que especifica, en la búsqueda del concepto de prescripción extintiva que hace DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1963, 987), el objeto directo e inmediato de la prescripción. *Vid.* que al hablar de que sostener que la prescripción no afecta al derecho subjetivo sino a esa faceta procesal de exigir la condena, no fue una propuesta bien acogida pese a señalar la brillantez de la propuesta por DE CASTRO Y BRAVO (1975, 168), quien encuentra no es compatible con el sistema del Código Civil.

[7] En este caso está utilizando la categoría de «inexistencia» como algo asimilable a la nulidad radical, con la que se confunde, porque como apunta este autor, esa equiparación era la tendencia dominante española en este sentido desde principios del siglo XX (*vid.* la nota a pie de pág. 84 de su artículo en la que recoge sentencias españolas más significativas), era la postura de autorizada doctrina española como Mucius Scaevola, Manresa, De Diego, Castán y Martín Retortillo y no compartida por Pérez y Alguer, Moxo Ruano, Valverde y Sánchez Román, (1960, 484, 495 y 496). Él mismo en su artículo pretende buscar una utilidad a este concepto de «inexistencia» que reconoce escurridizo y problemático (p. 497) y llega en su gran discurso a la formulación de que la inexistencia no es más que la forma más absoluta de la ineficacia jurídica, la nulidad radical (p. 517). Un poco más tarde, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en el ensayo de una Teoría general de la ineficacia del negocio jurídico (parte Segunda de su artículo 1961, 824 y 825), considera que solo es admisible el término inexistencia cuando estamos ante casos en los que realmente no se ha realizado ningún negocio, ni revista la apariencia de negocio el fenómeno jurídico discutido, pues esa apariencia, que es consecuencia de una conducta real, es la que daría lugar a hablar de «ineficacia». Corrobora lo dicho por DE LOS MOZOS desde luego con más sentencias la tendencia jurisprudencial apuntada respecto de la asimilación o equiparación entre la inexistencia y la nulidad radical.

[8] Disposición final primera. *Modificación del Código Civil en materia de prescripción.*
Se modifica el artículo 1964 del Código Civil, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 1964.

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan».

[9] Con la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, que era en la versión primigenia del Código de 15 años. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1991, 2157).

[10] «Disposición transitoria quinta. *Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes.*

El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil». El artículo 1939 del Código Civil, famoso precepto transitorio que sigue mal ubicado, establece la misma regla francesa de su origen, a saber, la irretroactividad de la prescripción sea adquisitiva o prescriptiva, pues se rige por el momento en que el fenómeno de la prescripción se produce, no aplicándose la ley nueva. Ahora bien, hay una cierta retroactividad basada en lo injusto que es que un titular de un derecho cuya prescripción haya comenzado se beneficie de mayor plazo que el titular de un derecho al que se le aplique el nuevo plazo más breve de la norma que entró en vigor. En consecuencia, el 2.º párrafo del artículo 1939 del Código Civil autoriza se pueda comenzar el plazo de prescripción bajo el imperio de la nueva ley (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991, 2040-2041).

[11] STJUE (Sala Cuarta) 16 de julio de 2020, (C-224/19 y C-259/19, Asunto Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ECLI:EU:C:2020:578)

[12] STJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o, ECLI:EU:C:2021:313).

[13] En la propia Sala de discordia, formulan voto particular cuatro de los ocho magistrados pertenecientes a la Sección 28 de la AP-Madrid (PLAZA GONZÁLEZ, GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ SÁNCHEZ y DE VICENTE BOBADILLA), y, uno de la Sección 28 Refuerzo (PEÑAS GIL). GÓMEZ SÁNCHEZ, como ponente del voto particular, señala que no se ha de hacer distinción entre la acción de declaración de nulidad y la acción de restitución; considerando que esta última deriva de la primera, afirman que no puede sostenerse la imprescriptibilidad de la primera y la prescriptibilidad de la segunda, siendo ambas acciones pues imprescriptibles. Se alinean con algunas AAPP como la AP de Alicante (Secc. Tribunal de Marca Comunitaria-8.ª), sentencia núm. 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084) que, por cierto, luego corrige su posición en la sentencia 583/2019 de 13 de mayo (*JUR* 2019, 256762).

[14] *Vid.* cuadro anexo.

[15] Es notificado de la STJUE de 16 de julio de 2020 y retira su cuestión prejudicial el 25 de septiembre de 2020. Pero hay que resaltar para ser lo más precisos posible, que, si bien este juzgado de lo mercantil no plantea cuestión previa al TJUE acerca de la dicotomía entre prescripción o no de la acción de restitución de las cantidades correspondientes a los gastos de hipoteca, pues solo una cuestión previa de las que plantea, se focaliza, en preguntar si la inevitable moderación de los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos al prestatario (formalización, novación o cancelación) por abusiva, es contraria al artículo 6.1 Directiva 93/13 (CUESTIÓN PREJUDICIAL 1), sí que explica al TJUE en su ANÁLISIS FÁCTICO DEL PROCEDIMIENTO (FD TERCERO), estas dos cuestiones: 1) que someter a un plazo de prescripción la acción de restitución de cantidad a pesar de que la acción de nulidad es imprescriptible e insubsanable, es una práctica que pudiera suponer una

«moderación» judicial de dichos efectos y, por ello podría resultar contraria al principio de «no vinculación» al consumidor de la cláusula declarada nula por abusiva consagrado en el precepto mencionado (párr. 19); y 2) que como el efecto restitutorio del artículo 6.1 Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código Civil porque no estamos ante prestaciones recíprocas ya que se han pagado dichos gastos a terceros y no al prestamista, es necesario, por virtud de dicho precepto, que se constituya un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor, a través de situaciones similares o análogas como el enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido (resumen de párrs. 25, 27 y 28).

[16] Asunto C-31/20, DOUE 20/C-161/34, 11 de mayo de 2020. Son estas cuatro cuestiones las que plantea al TJUE: 1) ¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva (1), una interpretación judicial (consistente en que la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la cláusula de gastos, inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, no es un efecto de la declaración de nulidad sino una acción autónoma, sujeta a plazo de prescripción) que permite que el consumidor quede definitivamente vinculado por la cláusula de gastos, en cuanto no podrá obtener su reembolso si dicha acción ha prescrito?

2) ¿Es compatible con dicho principio el instituto de la prescripción de la pretensión de restitución de lo indebidamente pagado en virtud de la aplicación de la cláusula declarada abusiva, en cuanto pueda suponer la pérdida del derecho restitutorio, no obstante, la declaración de nulidad de la cláusula?

3) Caso de respuesta afirmativa, ¿el concepto de «plazo razonable de prescripción» a que se ha referido el TJUE debe ser interpretado con unos parámetros exclusivamente nacionales o, al contrario, la razonabilidad debe contar algún tipo de exigencia, a fin de proporcionar un nivel mínimo de protección a los consumidores prestatarios en todo el ámbito de la Unión Europea y no afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula declarada abusiva?

4) Caso de considerarse que la razonabilidad del plazo prescriptivo debe contar con unos presupuestos mínimos, ¿la razonabilidad puede depender del momento en que una legislación nacional establezca que la acción puede ejercitarse?; ¿es razonable que el cómputo del plazo prescriptivo comience en la fecha de celebración del contrato, o al contrario, el principio de no vinculación a las cláusulas abusivas requiere la previa o simultánea declaración de nulidad de la cláusula de gastos, a fin de que el prestatario cuente con un plazo razonable para solicitar la devolución de lo indebidamente pagado?

[17] AP Zamora (Sección 1.ª), sentencia núm. 397/2019 de 21 de noviembre *(JUR* 2020, 77246); AP de León (Sección 1.ª) sentencia núm. 651/2019, de 26 de diciembre *(JUR* 2020, 85709); AP de Girona (Sección 1.ª) sentencia núm. 9/2020 de 8 de enero *(JUR* 2020, 41798; AP de Soria (Sección 1.ª) sentencia núm. 9/2020 de 13 de enero *(JUR* 2020, 86124); AP de Albacete (Sección 1.ª) sentencia núm. 138/2020 de 6 de abril *(JUR* 2020, 156357).

[18] Roj: SAP de B 24/2020 - ECLI:ES:APB:2020:24.

[19] ECLI ES:2021:10157A.

[20] *Vid.* 1., 2., y 3. PARTE DISPOSITIVA, auto de Pleno de 22 de julio de 2021. Recurso 1799/2020. Cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios.

[21] El día de celebración del contrato o la fecha en la que se hicieron los pagos indebidos, se descartan por el Tribunal Supremo porque se argumenta que el TJUE los había previamente descartado.

[22] Roj AAP B 9348/2021-ECLI:ES:APB:2021:9348A.

[23] Decimos sorprendentemente porque ni el auto 47/2019, 13 de marzo que plantea el JPI-Palma de Mallorca ni la AP de Madrid (Sala de discordia) en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, hacen alusión a dicha resolución.

[24] ECLI: ES:TS:2010:7666.

[25] No interviene en el Pleno el magistrado SANCHO GARGALLO y actúa como ponente el magistrado VELA TORRES.

[26] Roj: SAP de B 24/2020-ECLI:ES:APB:2020:24.

[27] Sin embargo, luego, como veremos, el Tribunal Supremo cita la sentencia STS 725/2018, de 19 de diciembre, para basar la acción de restitución en el cobro de lo indebido del artículo 1896 del Código Civil (FD CUARTO-11), que tratamos más tarde.

[28] ROJ: SAP de M 748/2007 - ECLI:ES: APM:2007:748.

[29] Integraban la Sala entonces los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique GARCÍA GARCÍA y D. Gregorio PLAZA GONZÁLEZ.

[30] El Tribunal Supremo (FD DECIMOCUARTO 2.º), indica que la acción meramente declarativa de la nulidad absoluta de un acto jurídico se considera por la jurisprudencia imprescriptible por su mencionada naturaleza de instrumento procesal dirigido a la mera declaración de una realidad jurídica previamente existente y perdurable —la invalidez de los actos ejecutados con infracción de normas imperativas y prohibitivas resulta insubsanable por el paso del tiempo: «quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere», Digesto 50.17.29—. En contra de lo afirmado por el Tribunal de apelación, la referida regla de imprescriptibilidad no es incompatible con nuestro sistema de marcas —que, indudablemente, ha entrado relativamente en juego en el litigio, aunque la acción ejercitada no sea alguna de las que regulaba la legislación derogada y aplicable—, como evidenciaban los artículos 3, apartado 2, 47, apartado 3, de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, y hace hoy el artículo 51, apartado 2, de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre.

El Tribunal Supremo en casación llega a la misma conclusión de que la acción de restitución es una acción personal que puede prescribir por el transcurso de 15 años del artículo 1964 del Código Civil.

Es importante señalar que la propia AP llega a discutir la imprescriptibilidad alegada por las demandadas, argumentando que «si se considerara no aplicable tal plazo prescriptivo por no tratarse de una acción ejercitada contra el primer titular registral de la marca, también ha transcurrido con creces el plazo de 6 años que el artículo 1962 del Código Civil establece respecto de las acciones reales sobre bienes muebles, e incluso el plazo de 15 años del artículo 1964 del Código Civil que durante la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial, dada la especial naturaleza de los derechos reconocidos en el mismo y la falta de previsión expresa de un plazo de prescripción extintiva en tal Estatuto, había declarado aplicable la jurisprudencia en relación a determinadas acciones en materia de marcas (por todas, 16 de mayo de 1958 y 20 de mayo de 1975), y que a falta de una previsión especial en la Ley de Marcas para el caso de acciones reivindicatorias contra segundos o ulteriores adquirentes de la marca, serían de aplicación si no se estima aplicable el plazo quinquenal del artículo 2.2 de la Ley de Marcas de 1988» (FD QUINTO).

[31] Por lo apuntado, aunque no leemos literalmente en la sentencia de la Sala de discordia que la STS 725/2018 forme jurisprudencia con la de 27 de febrero de 1964, sin embargo, al expresar que «la idea de la distinción de las acciones parece también latir en la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018», parece que propicia el pensamiento de que hay doctrina jurisprudencial*; pero lo cierto es que* no se está pronunciando, como hemos dicho, sobre el fundamento de la construcción del distinto tratamiento en cuanto a la prescripción se refiere de las acciones de declaración de nulidad y de restitución.

[32] La AP de Oviedo consideró que los intereses de los gastos de tasación y gestoría a los que fue condenado el banco desde la primera instancia deberían de devengarse, conforme al artículo 1108 del Código Civil, desde la reclamación extrajudicial pero no desde la fecha en que el consumidor los abona (FD-PRIMERO-3).

[33] El Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 no considera siquiera que nuestra doctrina de autores deba argumentar más para apoyar su decisión de que se puede hablar de prescripción de la acción de restitución y, por lo tanto, no la menciona. Le basta, ya lo hemos dicho en el cuerpo de este escrito, con afirmar que en las sentencias

de 27 de febrero de 1964 y 747/2010, de 30 de diciembre mencionadas, él ha distinguido entre la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato (la cual considera imprescriptible) y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, a la que ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales (FD CUARTO-9).

[34] De hecho, a veces, haciendo gala de su gran transparencia en el tratamiento de los temas que desarrollaba, el Profesor ALBALADEJO GARCÍA (2004, 9), en el inicio de su Prólogo a su obra, explica así el distinto enfoque que da al instituto de la prescripción, según el objeto perseguido en distintos momentos de su fecunda vida académica: «Antes de este libro he escrito mucho sobre la prescripción extintiva, lo mismo abarcando toda la figura, que tocando solo los puntos concretos de algunos de sus extremos. Tratándola en general, lo he hecho a veces muy sintéticamente, como en mi *Compendio de Derecho civil*, otras menos brevemente, como en el *Curso de Derecho civil* y, por fin, unas terceras con algo más de detenimiento, como en mi *Derecho Civil*, donde la expongo, si bien no por extenso, sí con cierto detalle en lo esencial de la misma, razonando todas las afirmaciones que hago y recogiendo lo que la jurisprudencia ha dicho en cada caso».

[35] *Vid.* DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007), recoge el resumen de 1250 sentencias del Tribunal Supremo (desde la sentencia de 1 de abril de 1884 a la sentencia de 7 de diciembre de 2006), precedidas de 256 páginas de investigación sobre la prescripción extintiva.

[36] Fíjese el lector que el autor está escribiendo un año antes de la sentencia de 27 de febrero de 1964, la que luego le sirve de apoyo para sostener el fundamento de la prescripción, sin formular crítica alguna. Fíjese también el lector que en la bibliografía que aportamos este autor tiene otras importantes obras sobre la materia, dejando aparte los conocidos manuales y en particular el que comparte con el Profesor GULLÓN BALLESTEROS (1982, 475), es el que manejan los magistrados discrepantes del voto concurrente de la Sala de discordia (Razón 4.- Interpretación lógica y sistemática).

[37] Roj: SAP de V 1121/2018-ECLI:ES:APV:2018:1121.

[38] De hecho, da la razón a la prestamista y admite la prescripción alegada, de forma que modifica la opinión de la sentencia de primera instancia que consideró que la acción de restitución es imprescriptible. Hace una distinción entre la acción de nulidad y la de restitución declarando que la primera es declarativa de nulidad y no constitutiva de suerte que es imprescriptible, no teniendo ni plazo de prescripción ni de caducidad ya que se trata de una ineficacia *ipso iure*. La acción de restitución persigue un pronunciamiento de condena y está sujeta a plazo porque es necesario otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas.

[39] Seguimos a ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 16). respecto a que no vamos a meternos a hacer la distinción entre acción y derecho en estas páginas y que, por tanto, vamos a emplear, salvo en determinados momentos, como términos similares. Sin embargo, ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 102 y 237), prefieren hablar por ser más correcto de prescripción de acciones porque el momento que tiene interés la prescripción es el momento en que se manifiesta como acción y porque el capítulo III del título XVIII del Código Civil se intitula de la prescripción de las acciones.

[40] La Audiencia Provincial de La Coruña, en realidad no da argumentos para afirmar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y la prescriptibilidad de la acción de restitución, se limita a citar en su favor tanto SSTS como SSTJUE. En efecto, negando la alegación de la recurrente de la caducidad de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil con el argumento de que la nulidad por contravención de la Ley no es claudicante ni susceptible de confirmación, distingue la acción de nulidad de una cláusula nula y la acción de restitución de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula nula, afirmando que la primera es imprescriptible y la segunda puede estar sometida al plazo de prescripción general del artículo 1964 del Código Civil porque así lo han expresado entre otras las SSTS de 21 de enero de 2003, 24 de abril de 2013, 19 de diciembre de 2015 y 6

de octubre de 2016 y porque el TJUE ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto *C-40/08,* ap. 41, y 21 de diciembre de 2016, asunto *C-154/15* y otros, ap. 69) (FD TERCERO).

[41] Señala que no solo el Código Civil sino otras Leyes declaran imprescriptibles ciertas acciones como las acciones de filiación (arts. 132.1.º y 133 CC), la de división de la cosa común (art. 400 CC), o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCat.

[42] ZIMMERMANN, (2008, 146-147), apunta que en el párrafo 194 I BGB y en el artículo 14:101 PECL, relativos al objeto inmediato de la prescripción se utiliza el término «prestación» o «ansprüche», definiéndose en este último como el «derecho a exigir el cumplimiento de una obligación» mientras que el artículo 10 PICC se refiere a los derechos regulados por dicho cuerpo legal, es decir, los que se desgajan derivan de forma directa de un contrato, como el derecho a terminarlo o a reclamar una reducción del precio, mantiene su dicción y por tanto, antes y después de la reforma. *Vid.* para determinar cuál es el objeto de la prescripción tanto en los PECL, PCCI como en DCFR o los Derechos forales navarro y catalán. DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 7 y 8), para quienes, por una parte, la clave es que los artículos 14:101 PECL y III-7:101 DCFR, hablan, como se ha apuntado, de «pretensiones» y así, si expirado el plazo se paga, no puede repetir lo pagado; y por otra, que la terminología para nombrar la prescripción de los distintos derechos y textos en nuestro caso, «prescripción extintiva» (prescripción negativa» en Derecho escocés, «limitation of actions» en Derecho inglés o irlandés o «prescripción liberatoria» en los Derechos francés y belga), pueden llegar a disfrazar el verdadero debate sobre la naturaleza de la prescripción: si es sustantiva o procesal, por las consecuencias que ello conlleva.

[43] Cita como recientes para el momento en que la Sala de discordia se pronuncia (2019) y a título de ejemplo estas: la SAP de Burgos, sección 3.ª, 352/2018, de 28 de septiembre; la SAP de Zaragoza, sección 5.ª, 479/2018, de 15 de junio; la SAP de La Rioja, sección 1.ª, 59/2018, de 21 de febrero; la SAP de Valladolid, sección 3.ª, 68/2018, de 13 de febrero; la SAP de Valencia, sección 9.ª, 66/2018, de 1 de febrero; la SAP de Barcelona, sección 15.ª, 923/2018, de 12 de diciembre, SAP de Murcia, sección 4.ª, 1070/2018, de 10 de enero de 2019 y SAP de Lugo, sección 1.ª, 283/2019, de 2 de mayo. (FD SEGUNDO, *in fine*).

[44] Porque participamos de la reflexión que hacen ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 121), que consideran errónea la posición del comentarista MANRESA acerca de que fuera del artículo 1965 del Código Civil todas las acciones se consideran por la ley prescriptibles.

[45] Hacemos ahora un juego de palabras porque ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 12), en su Prólogo recoge la expresión de la jurisprudencia a propósito de la prescripción considerando que es un instituto no fundado en la «intrínseca justicia».

[46] Cita estas: SSTS 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre, 557/2012, de 1 de octubre, y 265/2015 de 22 de abril, añadiendo «entre otras muchas».

[47] Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 3.º. párr.

[48] Palabras tomadas del voto concurrente de la sentencia de discordia (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. últ. párr.).

[49] ECLI:ES:TS:2011:8900.

[50] ECLI:ES:TS:2012:5290.

[51] *Vid.* últimamente, DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 4).

[52] *Vid.* ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.R. (1918, 243 y 247).

[53] *Vid.* la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, *caso Asbeek Brusse y de Man Garabito* que destacan los magistrados «discrepantes» (calificativo que emplea el título del voto particular, primer párrafo).

[54] Es decir, no encuentra DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 987-989), exacta la idea del «silencio de la relación jurídica» sostenida por otros autores como ALAS, RAMOS y DE BUEN que englobaría tanto la falta de ejercicio del derecho por su titular como la falta de reconocimiento del sujeto pasivo del derecho.

[55] Recordemos además con DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 992), que «la invocación, dentro o fuera del proceso, de la prescripción, es independiente de la posición procesal que el favorecido ocupe, de donde se deduce que la prescripción no constituye necesariamente una «excepción» en sentido técnico, aunque este sea el cauce normal para hacerla valer».

[56] Destaca, lo dijimos también a DELGADO ECHEVARRÍA, PARRA LUCÁN, CARRASCO PEREA, MARTÍN LÓPEZ y MIQUEL GONZÁLEZ.

[57] C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980. *Vid.* apdo. 61.

[58] Así lo comenta DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991-2, 2158 y 2159).

[59] Los artículos 83 LGDCU y 8.2 LCGC hablan de que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y, por tanto, tiene razón la Sala de discordia cuando parte de que estamos antes una nulidad absoluta en la que no puede plantearse ni la caducidad ni la prescripción propias de la acción de anulabilidad (FJ SEGUNDO.4.º).

[60] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 118).

[61] DE CASTRO Y BRAVO, (1985, 492), habla de «podar» aquella parte del negocio jurídico que resulte *contra legem* y que de modo semejante se ofrece la llamada «reducibilidad del negocio» que define como «disminuir el alcance de las prestaciones pactadas, para ajustarlas a las exigencias legales (p. ej. La tasa de precios, reducción de intereses).

[62] *Vid.* sentencia TJUE de 26 de marzo 2019 que responde de forma acumulada a los auto del Tribunal Supremo 8 de febrero de 2017 (ATS 271/2017 - ECLI: ES:TS:2017:271A) y de JPI núm. 1 de Barcelona 30 de marzo 2017, (asuntos C-70/17 y C-179/17), que (65) que aunque los artículos 6 y 7 Directiva 93/13 se oponen en principio a que una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva sea conservada parcialmente cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, sin embargo NO se oponen a que el juez ponga remedio a su nulidad sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que la inspiró, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que este NO pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a «consecuencias especialmente perjudiciales».

[63] DE CASTRO Y BRAVO, (1985, 494).

[64] Señala el autor que dicho ahorro de costes o de gastos, son definidos en sede de enriquecimiento: VII-5:103 (2) por el *Draft Common Frame of Reference*, como la disminución de activo o el aumento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento.

[65] Afirman del enriquecimiento negativo DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (1976, 545), que «…se da, cuando es evitada una disminución del patrimonio. En este sentido, un no gasto es un ingreso. Se comprenden aquí todos los casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a otro o servicios recibidos a expensas hechas por un tercero, si el enriquecimiento ha evitado de esta forma un gasto».

[66] *Vid.* concepto de enriquecimiento negativo en OROZCO MUÑOZ, (2015, 87), que puede consistir en su modalidad de ahorro de gastos y que se contempla en el DCFR artículo VV 5:103(2).

[67] Incluso, de forma general, dice OROZCO MUÑOZ (2015, 62-63), cierta jurisprudencia (cita este autor la STS 882/2006), no duda en equiparar el enriquecimiento injusto y el cobro de lo indebido; pero que hay otras resoluciones (cita la SSTS 751/2009, 30 de noviembre y 541/2013, 13 de septiembre), que separan ambas acciones considerando especial y típica el cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil y residual la acción de enriquecimiento sin causa. Cita a LACRUZ BERDEJO y a REBOLLO PUIG

como autores que hacen la distinción entre una y otra y él se adhiere a esta diferenciación, aunque afirmando que existe una zona común de intersección entre las mismas.

[68] La Ley navarra 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 Sábado 8 de junio de 2019 Sec. I. Pág. 59769), que incluye el enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones (ley 488), lo incluya en un capítulo independiente (Capítulo VII: «Del enriquecimiento sin causa»: leyes 508 a 510, dentro del Título I «De las obligaciones en general» del nuevo Libro cuarto rubricado «De las obligaciones, estipulaciones y contratos»), la verdad es que en dicho capítulo también incluye la prueba en el pago de lo indebido (ley 509) y las Obligaciones naturales (ley 510); afirma su preámbulo que se aclara su redacción en la ley para contemplar una causa general que incluya tanto las transmisiones indirectas como el enriquecimiento indirecto y se sistematiza la adquisición y retención sin causa adicionando las consecuencias que acompañan a la obligación de restitución tal y como han ido siendo establecidas por la doctrina jurisprudencial. Se mantiene la resolución basada en la denominada «causa data, causa non secuta» en sede de enriquecimiento sin causa.

De reglas del enriquecimiento injusto se habla en libro sexto del Código Civil catalán (Ley 3/2017, 15 de febrero del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, BOE núm. 57, 8 de marzo de 2017), pero respecto de la gestión de asuntos ajenos sin mandato que dice: «El gestor, si su pretensión no se ajusta a los requisitos de la gestión de asuntos ajenos, puede recurrir a las reglas del enriquecimiento injusto» (art. 622-42.4).

[69] MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000, 9), señalan que la AP de Madrid de 13 de diciembre de 1993, afirma que la doctrina más moderna ha considerado artificiosa de la categoría de los cuasicontratos en la que se ubica el pago de lo indebido, a pesar de que el Código la regule en sede de cuasicontratos como una especie intermedia de fuente de las obligaciones situada entre los contratos y la ley.

[70] MENDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000, 10), citando la SAP de Madrid de 13 de diciembre 1993, explican que cuando se habla de que uno de los requisitos del pago de lo indebido es además del pago efectivo con *animus solvendi* o, en general de cumplir un deber jurídico, la inexistencia de la relación obligacional entre el *solvens* y el *accipiens*, que no es más que la falta de causa, puede entenderse en bien de forma subjetiva o ex persona, supuesto en el que hay vínculo que relaciona personas distintas del que da y el que recibe, o bien de forma objetiva o ex re, supuesto en el que, no hay relación de obligaciones entre el *solvens* y el *accipiens* ya porque nunca existió la obligación, ya porque no se ha constituido aún la obligación o bien porque se ha saldado la deuda o incluso se ha entregado una cantidad mayor a la debida. Este aspecto objetivo se encuentra en el artículo 1901 del Código Civil.

[71] LACRUZ BERDEJO, (1969, 573). Para OROZCO MUÑOZ, (2015, 59), este planteamiento es cuestionable porque argumenta que el tenor del artículo 1901 del Código Civil no permite sino deducir que el fin del precepto es más limitado y es regular la presunción probatoria del error en el pago.

[72] La STS 754/de 21 de diciembre 1984 (ECLI: ES:TS:1984:1848).

[73] Corroboramos que las SSAP de Navarra 223/2013, 25 de noviembre (ECLI: ES: APNA:2013:810) y 40/2014, 13 de marzo (ECLI: ES: APNA:2014:420), citan esta STS de 21 de diciembre de 1984, y presagian (FD CUARTO-4.4.º y FD SEGUNDO, que copia el anterior), la reforma de la ley 508 por la Ley Navarra 21/2019, pues dicen respecto a la versión anterior de este precepto que, como así lo establece la STSJ Navarra 31 de enero de 1997, en él se contempla además de los dos supuestos de enriquecimiento sin causa (el que adquiere sin causa y el que retiene sin causa) otros supuestos de enriquecimiento sin causa, que hoy recoge el renovado y son: las «adquisiciones sin causa» que se corresponden con las derivadas de un acto ilícito o de un convenio prohibido o inmoral

para el adquirente, y las «retenciones sin causa» en que se incardinan los de cesación de una causa inicialmente válida para la adquisición que deja de justificar lo adquirido, lo cual sucede con la efectuada para realizar una contraprestación que deja finalmente de cumplirse, y el cobro de lo indebido, por error de quien paga o de quien cobra».

[74] La referencia al «lucro» que en la resolución se identifica con «daño o gasto», y que había sido criticada por SABATER BAYLE, parece que se mantiene ahora en la nueva versión de la ley 508 FN.

[75] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 578). Esta sentencia, en la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS, se caracteriza la acción, como señala ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 55 y 56), a través del concepto de «causa»; el otro, es su diferencia con el principio en que se basa y que —dice— «comporta —o puede comportar— una la relajación de las reglas positivas». *Vid.* además sobre la distinción principio y de la acción, la opinión del autor, en 65 y sigs.

[76] ELSA SABATER, (2016, 200), señala que «en la tendencia actual [está afirmándolo antes de la modificación del Fuero por la Ley 29/2019], prima el enfoque de esta institución [el enriquecimiento injusto], propio del sistema anglosajón, que resta importancia al empeño de determinar las múltiples formas en que puede tener lugar el enriquecimiento y regula la materia desde la perspectiva práctica de los intereses en juego, que son los del empobrecido, a los efectos de procurarle la efectiva restitución de los lucros percibidos a su costa».

[77] El autor, (1979, 62), apuntilla que el contrato oneroso está justificado, aunque las prestaciones entre las partes no sean equivalentes (es la aplicación del *pacta sunt servanda* del art. 1255 CC) y que es independiente que en el momento de la celebración del contrato los contratantes sean conscientes del desequilibrio en el valor de las prestaciones (1979, 63).

[78] Así dice la ley 508: Clases. Enriquecimiento sin causa general.

El que adquiere, retiene o se enriquece de cualquier otro modo por sí o por medio de un tercero sin que exista causa que lo justifique, y obtiene un lucro de otra persona o a su costa que empobrezca su patrimonio, queda obligado a restituir lo recibido o a abonar el valor de la ventaja patrimonial obtenida. Deberá también indemnizar el perjuicio causado al empobrecido cuando así se establezca legalmente o el juez lo considere procedente.

Adquisición por acto ilícito o inmoral. Se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente.

En tal caso, el adquirente queda obligado a restituir lo recibido con sus frutos, rendimientos o intereses e indemnizar el perjuicio sufrido. Dicha obligación subsistirá cuando la cosa se hubiera perdido, aun cuando fuera por caso fortuito, debiendo restituirse su valor además de indemnizar el perjuicio en el caso de que proceda.

Lo previsto en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el adquirente sea una persona menor de edad no emancipada o con la capacidad judicialmente modificada, que responderá tan solo de su enriquecimiento.

Retención sin causa. Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pago y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento sin perjuicio, además, de lo dispuesto en la presente Compilación para la posesión».

La redacción original era la siguiente: «Ley 508. Clases. El que adquiere o retiene sin causa un lucro recibido de otra persona queda obligado a restituir. Se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente, quien queda obligado a restituir lo recibido e indemnizar el perjuicio sufrido sin posible limitación por la pérdida fortuita, a

no ser que se trate de un incapaz, en cuyo caso responderá tan solo del enriquecimiento. Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pago y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido. En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento».

[79] ECLI:ES:TS: 2021:970, Id Cendoj: 28079110012021100134.

[80] Menos las costas, los demás gastos que incluía la cláusula gastos hipotecarios del préstamo, ya se dirimieron en primera y segunda instancia. En esta última la AP de Bilbao redujo el importe de la condena de Primera instancia respecto de los gastos tributarios (FD PRIMERO)

[81] Justifica esta recurrente el interés casacional de quién debe soportar el gasto de la tasación por la inexistencia de norma legal que lo imponga y por la existencia de jurisprudencia menor contradictoria de Audiencias, de forma que considera que al ser la tasación una premisa para la formalización de la garantía corresponde asumir dicho gasto al prestatario que es quien ofrece la misma (FD PRIMERO-4).

[82] El Tribunal Supremo desestima ambos motivos de casación: la denunciada infracción del artículo 1303 del Código Civil porque considera que los gastos de tasación, conforme a la STJUE 16 julio 2020, no están atribuidos al prestatario por Ley (en aquellos momentos, no estaba vigente el apartado i) del artículo 14.1.e) Ley 5/2019, de 15 de marzo) y en la situación de inexistencia de norma, considera que cabe la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula omnicomprensiva de gastos que fue declarada abusiva; y la denunciada inaplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, porque entendiendo que no hay norma que atribuya en esos momentos los gastos al prestatario, la interpretación y aplicación jurisprudencial de las consecuencias de la nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario, es fundamento jurídico que no permite apreciar que el prestatario al que se le devuelven los gastos, se vaya a enriquecer. En definitiva, para nosotros lo que hace el Tribunal Supremo es considerar que el fundamento base de las sentencias de la que trae causa esta, es la causa que justifica la devolución y, por tanto, impide la apreciación de enriquecimiento alguno (FD TERCERO-2).

[83] LACRUZ BERDEJO, (1969, 595 y sigs.); DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 5.ª edición 1988, 547), ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 55-59); recalca que la mejor aportación de la jurisprudencia es la negación de su carácter subsidiario (p. 62). Si embargo, OROZCO MUÑOZ, (2015, 78 y 339), apunta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por la no subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, tomado este como «obligación de enriquecimiento injustificado», lo que no tiene que ver con la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado.

[84] Apunta REDONDO TRIGO, (2018, 110), que la concurrencia de las pretensiones restitutoria e indemnizatoria caben en esta acción de enriquecimiento injusto; acción que es recogida en el DCFR VII.-7:102, cuando expresa que la satisfacción de una de estas pretensiones reduce la otra en la misma cuantía. *Vid.* en general sobre el enriquecimiento injusto en el *common law*, DEL OLMO GARCÍA, (2016).

[85] Cita LACRUZ BERDEJO, (1969, 596), en esta línea de entender que la acción de restitución por enriquecimiento injusto es subsidiaria a NÚÑEZ LAGOS, FERRANDIS VILELLA y HERNÁNDEZ GIL; además, rebate que las sentencias que suelen citarse para sostener el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento (12 de enero de 1943; 5 y 28 de enero de 1956 y 22 de diciembre de 1962 la sentencia de 12 de abril de 1955), pueden ser tenidas en cuenta porque dice que lo afirman en *obiter dicta*, y porque al contrario, en dichas resoluciones el Tribunal Supremo afirma la posible concurrencia de acciones diferentes; por ejemplo, en la de 12 de abril de 1955, que es la que más desarrolla, concurren la acción interdictal, la reivindicatoria y la declarativa de culpa, las cuales no tienen un orden preestablecido de precedencia; además, señala el Alto Tribunal que

la acción de restitución acciones aquiliana y la *condictio sine causa* son independientes (pág. 598). En efecto, como afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 58), a partir de la STS de 12 de abril de 1955, que cita la STS de 5 de mayo de 1964, en la que el Tribunal Supremo afirma la independencia de la acción aquiliana de la acción de restitución basada en el artículo 1902 del Código Civil, se abre una línea jurisprudencial nueva que asienta, no sin titubeos, dos de los grandes problemas que asoman en la acción de enriquecimiento injusto: la subsidiariedad o no de la acción y la consideración de que es requisito que el enriquecimiento indebido tenga su origen en el empleo de medios reprobables; línea que afirma no solo la independencia de la acción sino del requisito de la mala fe; así, se afirma su naturaleza no subsidiaria y que solo es importante examinar si ha habido causa o no en dicho incremento patrimonial.

ALVAREZ CAPEROCHIPI (1979, 57), da como argumento para rechazar la doctrina de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, que la jurisprudencia patria anterior a la guerra civil no se lo planteaba, por lo que no hay raigambre histórica; que si bien es verdad que dicho requisito de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto se toma de la doctrina de NÚÑEZ LAGOS, lo que se refleja en la STS de 2 de junio de 1946, CDO tercero y sobre todo la STS de 7 de noviembre de 1947, (por cierto, no citadas por LACRUZ BERDEJO), era el temor a la oscuridad de la causa, a la gran amplitud que tendría la acción si no fuera subsidiaria, la influencia de la jurisprudencia francesa y sobre todo, al fundamento mismo de la acción, esto es, los principios generales del Derecho. Además, sigue la historia jurisprudencial (pág. 60), subrayando que después, la STS de 28 de enero de 1956 nos lega un memorable considerando en el que constituye una verdadera teoría general del enriquecimiento sin causa hasta el punto de ser tildada de «considerando de estilo» y con ella las SSTS de 17 de mayo de 1957, de 7 de abril de 1960. Finalmente, considera que la mejor aportación de la jurisprudencia es la negación de su carácter subsidiario, y que, siendo uno de los requisitos de la acción la falta de causa, habrá que definirla porque ello lleva a su delimitación con otras acciones reipersecutorias de lo retenido sin causa; para el autor, la ausencia de causa implica la ausencia de un negocio jurídico válido o de una ley que fundamente y regule la adquisición de un bien o provecho (62); en definitiva si hay legítimo derecho a ese provecho, bien por acuerdo de las partes bien por ley, tendremos causa o justificación y no podrá apreciarse el enriquecimiento sin causa.

[86] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 51), considera igualmente que el Principio «nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro», se concreta en declaraciones *obiter dicta;* véase también en pág. 55, la explicación de por qué se formulaba con ese adverbio el principio y su evolución hacia los adjetivos «indebido» o «injusto», aplicados al enriquecimiento.

[87] LACRUZ BERDEJO, (1969, 597), pone en boca de HERNÁNDEZ GIL, este entrecomillado: «La acción dirigida a corregir la situación de enriquecimiento [añade Lacruz para su entendimiento: cuando no procede de una norma legal concreta (por ejemplo, el art. 1895), sino del principio general de Derecho prohibitivo del lucro injusto], tiene que ser subsidiaria, porque subsidiaria es la fuente del Derecho de que procede. Si el supuesto de hecho generador de un desequilibrio patrimonial ha sido previsto por una norma legal o consuetudinaria para derivar del mismo una consecuencia jurídica y dotar al perjudicado de una acción protectora de sus intereses, es claro que ha de estarse a lo que resulte de la norma legal o consuetudinaria. Solo cuando falten disposiciones de esa clase, podrá acudirse a la acción de enriquecimiento como último y único remedio para reparar el desequilibrio patrimonial, porque únicamente entonces podrá entrar en juego el Principio general de Derecho en que descansa».

[88] REDONDO TRIGO, (2018, 111); OROZCO MUÑOZ, (2015, 339), afirma que en general la acción de enriquecimiento es considerada subsidiaria y cita por todas la STS de 8 de junio de 1995.

[89] REDONDO TRIGO, (2018, 110-111).

[90] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 51), afirma que el principio del enriquecimiento sin causa «es el último cartucho amparado en su propia vaguedad, es una llamada a la justicia en abstracto. Parece que el abogado que ve naufragar sus argumentos jurídicos, en el enriquecimiento torticero buscase un camino directo a la deontología del juez».

[91] La 5.ª acepción es la que llama subsidiariedad subjetiva o subsidiariedad indirecta que es la que se produce cuando interviene en el desplazamiento patrimonial entre empobrecido y enriquecido un intermediario que recibe el enriquecimiento inicial y luego lo proyecta al enriquecimiento final. En este caso el empobrecido tendrá derecho a entablar la acción frente al enriquecido cuando no pueda recuperar su patrimonio del intermediario, de forma que la acción indirecta de enriquecimiento es subsidiaria.

Las otras tres acepciones del vocablo «subsidiariedad» son: 1) como apelación al principio de enriquecimiento injusto que actuaría como remedio excepcional y que descarta porque dice que aquí no estamos es hablando del principio de interdicción del enriquecimiento injusto sino de la obligación de restitución por enriquecimiento injustificado; 2) cuando no falta la causa que justifica la acción de enriquecimiento pues aquí es realmente una exclusión de la acción más que una subsidiariedad; y 3) cuando falta el requisito del empobrecimiento del actor porque puede ejercer una acción reivindicatoria). OROZCO MUÑOZ, (2015, 339-344).

[92] Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, Epígrafe 5.2., pág. 114.

[93] Así lo hace el Tribunal Supremo en su auto de 22 julio 2021 (FD CUARTO-6), considerando que, planteado con frecuencia ante él si la sentencia que declara la nulidad acuerda además la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, cuando no ha sido pedido por la parte, es incongruente, entiende que no lo es y la razón es que la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el artículo 1303 del Código Civil, no necesita la petición expresa de la parte y debe ser acordada por el juez cuando declara la nulidad del contrato. Cita en apoyo de esta afirmación sus sentencias 843/2011, de 23 de noviembre y 485/2012, de 18 de julio.

MARÍN LÓPEZ, (2017, 90), considera que es una consecuencia lógica del principio de congruencia que las sentencias de Audiencia que cita como ejemplos [Gerona 55/2011 (Secc. 1.º), de 10 de marzo de 2016; Zamora 101/2017, de 30 de marzo de 2017; Madrid 139/2017 (Secc. 20.ª), de 31 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 144838); Madrid 75/2016 (Secc. 12.ª), de 29 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 115862); Álava 266/2016 (Secc. 1.ª), de 1 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 243691); Ávila 50/2017 (Secc. 1.ª), de 3 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 111325); Huelva 537/2016 (Secc. 2.ª) de 21 de noviembre de 2016 *(JUR* 2017, 58477); Jaén 153/2016 (Secc. 1.ª), de 7 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 153270); La Rioja 131/2016 (Secc. 1.ª), de 16 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 184857); Valencia 252/2015 (Secc. 9.º), de 15 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 272933); Valencia 578/2016 (Secc. 9.ª), de 27 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 155263); Valencia 617/2016 (Secc. 9.ª), de 4 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 214702); Murcia 140/2016 (Secc. 4.ª), de 25 de febrero de 2016 *(AC* 2016, 489); SJM n.º 1 de San Sebastián 81/2006, de 3 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 120408); SJM n.º 1 de San Sebastián 89/2016, de 8 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 57311)], no aprecien de oficio las cantidades abonadas por el prestatario en concepto de gastos si la demanda únicamente solicitó la declaración de nulidad de la cláusula pero no la restitución de dichas cantidades, aunque deja apuntado que el Tribunal Supremo ha sostenido en ocasiones lo contrario. Pues bien, un pronunciamiento tal se contiene en el auto apuntado de hace unos meses y en el tema en concreto de gastos hipotecarios cuya prescripción plantea al TJUE. Está claro que para llegar a la conclusión de que es imprescriptible la acción de nulidad y prescriptible la acción de restitución sería mejor que no se pudiera dar más de lo que se pide, pero parece que Tribunal Supremo le resta importancia amparándose en el propio tipo de ineficacia de la cláusula en la que estamos.

Recordemos que justo este argumento de dar la consecuencia de la nulidad declarada, aunque o fuera pedida es utilizado por el voto particular a la sentencia de discordia para mantener que la acción de restitución y la declarativa son inescindibles.

[94] En la sentencia 725/2018 de 19 de diciembre, la AP de de Oviedo (Secc. 1.ª) de 21 de marzo de 2018, estima el recurso de apelación en este punto de considerar que el interés legal que debe devengar el montante de las cantidades a abonar por el banco en concepto de gastos de tasación y gestoría sería no desde la fecha en el que el consumidor los abona, como así había estimado el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo sino desde la fecha de la reclamación extrajudicial, *ex* artículo 1108 del Código Civil (FD PRIMERO-3).

[95] No obstante, confirma el anuncio hecho por la anterior STS 35/2021, de que cuando entre en vigor la LCCI deberá correr con el gasto de la tasación [*ex* art. 14.1.e) i)] el prestatario.

[96] Incluye aquí estos dos casos: 1) cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pagó y del que cobró, y 2) cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

[97] Así, en primer lugar, expone que puede ser considerada una acción resarcitoria sustentada en los artículos 1158 y 1895 del Código Civil, esto es, repetición por pago por cuenta de otro o por cobro de lo indebido; y, en segundo lugar, que la remoción no es automática pues la restitución debe de ser acorde a las normas sectoriales y las particulares circunstancias de cada caso (FD SEGUNDO-16).

[98] Porque, como decían ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 61), tomando una cita de Pugliese, concebir la prescripción como una pena no es dable porque «si moralmente es censurable el titular que permanece inerte, no lo es menos el deudor que, conociendo la obligación, no la cumple: el uno y el otro están en culpa y no hay razón para castigar a uno y recompensar a otro».

[99] Estos autores (1918, 62, 63 y 82), son partidarios de las teorías objetivas de la prescripción que la fundan en el influjo del tiempo, en la protección de situaciones estables, y en facilitar la prueba.

(Trabajo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)

DICTÁMENES Y NOTAS

Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge[1]. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)

The garnishment of the assets of a non-debtor spouse for debts contracted by their partner. (Reasons for why it is not possible to assign private property to an execution procedure in which the injured party has not been a party)

por

MARIA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora titular de Universidad
Universidad de Córdoba

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) sostiene, en relación con la responsabilidad del cónyuge no deudor con

sus bienes propios por deudas generadas durante la vigencia del régimen de gananciales, que cabe el embargo de sueldos y salarios del cónyuge no deudor obtenidos tras la disolución de la sociedad de gananciales. Entre otros argumentos, esgrime el privilegio de la autotutela del que goza la Administración pública para el ejercicio de su acción recaudatoria, así como que, entendiendo aplicables las normas sobre partición y liquidación de las herencias, el artículo 1401 despliega sus efectos ante la posibilidad de que los cónyuges sustraigan bienes gananciales de la acción de los acreedores. Podría aceptarse que respondiera el cónyuge no deudor con sus bienes propios, pero hasta el valor de lo que le hubiera correspondido en la adjudicación de su cuota ganancial, pero en ningún caso puede aceptarse una responsabilidad *ultra vires*, ilimitada, tal y como mantiene este razonamiento. Este trabajo tiene como finalidad exponer los argumentos que avalan la conclusión expuesta y proponer, como única forma de proteger los bienes propios del que no fue nunca deudor, el régimen de separación de bienes desde la celebración del matrimonio.

ABSTRACT: The Supreme Court (Administrative Litigation Chamber) has ruled, in relation to the liability of a non-debtor spouse with his or her own assets for debts generated during the matrimonial property arrangement, that it is possible to garnish the salaries and wages of the non-debtor spouse obtained after the dissolution of the matrimonial property partnership. Among other arguments, it has cited the self-protection privilege enjoyed by the public administration for the exercise of its collection actions, as well as arguing that the regulations on the division and liquidation of inheritances are applicable, such that Article 1401 takes effect given the possibility that the spouses might extract matrimonial assets from creditors' actions. In my opinion, it could be accepted that the non-debtor spouse stand liable with their own assets, but only up to what would have corresponded to him or her in the adjudication of his/her matrimonial share, but in no case should ultra vires liability be accepted; that is, unlimited liability, as this reasoning asserts. The purpose of this work is to present the arguments that support the above conclusion and to propose, as the only way to protect the assets of one who was never a debtor, the separation-of-assets arrangement from the celebration of the marriage.

PALABRAS CLAVE: Bienes gananciales. Responsabilidad. Deudas de un cónyuge. Embargo salarios. Cónyuge no deudor.

KEY WORDS: Matrimonial assets. Liability. Debts of a spouse. Wage garnishment. Non-debtor spouse.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL PASIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. DEUDA Y RESPONSABILIDAD DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN: 1. El Código Civil. 2. La derogada remisión al Código de Comercio. —III. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PRIVATIVOS DEL CÓNYUGE NO DEUDOR: 1. Durante la vigencia de la sociedad de gananciales. 2. Sociedad de gananciales disuelta. el artículo 1317 del Código Civil.—IV. LOS ARTÍCULOS 1401 Y 1402 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. DERECHO ARAGONÉS Y SOLUCIÓN ADOPTADA.—VII. EMBARGO POR DEUDAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.—VIII. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTE EL EMBARGO DE BIEN INMUEBLE INSCRITO A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR.—IX. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, A PESAR DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, POR TRATARSE DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA.—X. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en una sentencia de fecha 14 de diciembre de 2020 (hay otras posteriores en el mismo sentido) ha establecido doctrina con relación a la responsabilidad del cónyuge no deudor con sus bienes propios por deudas generadas durante la vigencia del régimen de gananciales por uno solo de los cónyuges, y que esos bienes propios son los sueldos y salarios del cónyuge no deudor obtenidos tras la disolución de la sociedad.

De entrada, hay que afirmar que esta conclusión no casa con el régimen de deudas y responsabilidad en el régimen económico matrimonial de gananciales, pues conviene adelantar que la Sala construye su argumento sobre la base de una regla —supuestamente— implícita en el articulado del Código Civil a la que añade el privilegio de la autotutela de que goza la Administración. Del análisis de los preceptos del Código Civil y del Código de Comercio (preceptos en vigor a la fecha de la sentencia) no puede —en ningún caso— extraerse tal conclusión, por lo que entendemos obligado este estudio, que no se circunscribe al ámbito de una sentencia concreta, sino al análisis del supuesto de hecho y de las posibles soluciones.

La cuestión podría enunciarse de la siguiente manera: ¿Se pueden embargar al cónyuge no deudor bienes propios obtenidos tras la disolución de la sociedad de gananciales? No nos referimos al embargo de los bienes que

le hubieran sido adjudicados en la liquidación, sino al de otros (sueldos y salarios) obtenidos tras la disolución. Esta es la pregunta a la que la Sala Tercera del Tribunal Supremo contesta que sí. Veamos, en primer lugar, los hechos concretos:

1.º. Se trataba de un matrimonio en gananciales, en el que el marido era el administrador único de una sociedad que genera deudas por cotizaciones a la Seguridad Social. En 2011 otorgan capitulaciones matrimoniales por la que disuelven, aunque no liquidan, la sociedad de gananciales y pactan separación de bienes.

2.º. En 2014 la TGSS dicta resolución por la que establece que la empresa citada mantenía descubiertos con la Seguridad Social por varias anualidades, señalando que dicha deuda es de incuestionada naturaleza ganancial, porque se generó constante la sociedad de gananciales y declarando al marido responsable solidario de la misma.

3.º. En 2015 se embargan a la esposa (cónyuge no deudor) bienes propios obtenidos tras la disolución, en concreto sueldos, salarios y pensiones.

4.º. La esposa recurre en alzada y se desestima el recurso. Posteriormente interpone recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dicta sentencia estimatoria ordenando que se le reintegraran las cantidades embargadas. La TGSS interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que dicta la sentencia cuya doctrina hoy examinamos.

Sus argumentos, en síntesis, son los siguientes:

1. Disuelta la sociedad de gananciales permanece indivisa una masa patrimonial de bienes que antes eran gananciales y que forman una comunidad *sui generis* regida por las normas de la comunidad ordinaria. En tal comunidad los cónyuges ostentan una cuota abstracta sobre la totalidad.

2. El artículo 1317 del Código Civil señala que la modificación del régimen económico no perjudicará los derechos de los acreedores. A tal prevención hay que añadir el privilegio de la autotutela del que goza la Administración pública para el ejercicio de su acción recaudatoria. Recordemos que la autotutela es el privilegio de las Administraciones públicas según el cual sus actos se presumen válidos y pueden ser impuestos a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad del concurso de los tribunales, y al margen del consentimiento de aquellos.

3. La regulación de las operaciones de liquidación (formación de inventario, pago de deudas y adjudicación del remanente entre los cónyuges) se completa con dos reglas supletorias: el 1402 del Código Civil que dice que se aplicarán las normas sobre partición y liquidación de las herencias, y el 1410 del Código Civil que señala que se observará lo dispuesto sobre

partición y liquidación de la herencia para la formación de inventario, tasación y venta de bienes.

4. El artículo 1401 despliega sus efectos ante la posibilidad de que los cónyuges sustraigan bienes gananciales de la acción de los acreedores. Como cuando el heredero pierde el beneficio de inventario si deja de incluir en el inventario alguno de los bienes o derechos de la herencia (art. 1024.1 CC).

Lo que dice la Sala Tercera es que, aunque no lo señale expresamente, el artículo 1401 del Código Civil recoge implícitamente una regla para que el cónyuge no deudor responda con sus propios bienes (no con los que le hubieran correspondido en la liquidación de gananciales) ante la eventualidad que se hayan dejado de incluir deliberadamente en el inventario bienes gananciales.

II. EL PASIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. DEUDA Y RESPONSABILIDAD DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN

1. El Código Civil

En general se suele estudiar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas privativas, es decir, la vinculación del patrimonio ganancial a las deudas contraídas por un solo cónyuge. Son las obligaciones de la sociedad de gananciales: aquellas deudas de uno o de los dos cónyuges de las que también responden, directamente, frente al acreedor, los bienes gananciales. Obligaciones solo privativas de un cónyuge son aquellas deudas suyas, de las que responde frente al acreedor solo con los bienes propios (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1991, 687).

Las cargas son los gastos de los que siempre y, en todo caso, responde el patrimonio ganancial porque sirven para el sostenimiento de la familia. Es la finalidad del gasto lo que determina su carácter, independientemente de quién haya contraído la deuda (1362 CC).

Las obligaciones, por el contrario, las contraen los cónyuges y, dado que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, el responsable es el cónyuge que contrae la deuda, y lo es con su patrimonio personal y, además, con el patrimonio ganancial por ser común y, en consecuencia, también suyo. Respecto del otro cónyuge, el Código Civil prevé un sistema de ajuste entre patrimonios. El patrimonio ganancial no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino a través de los cónyuges y titulares de este, cuyos actos son los que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad.

El Código Civil contempla tres supuestos de deudas que pueden plantearse durante la vigencia de la sociedad de gananciales:

1.º. Deuda privativa (art. 1373 CC). En este caso, cuando se trata de deudas propias, responde cada cónyuge con su patrimonio personal y, si no fueran suficientes sus bienes privativos, entonces el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales, notificando el embargo al otro cónyuge quien podrá pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, embargo que disuelve el régimen de gananciales.

2.º. Deuda de un cónyuge que sea, además, deuda de la sociedad (art. 1369 CC). Son las deudas de los artículos 1362 y 1363: las generadas por el sostenimiento de la familia (alimentación y educación de los hijos, la adquisición y gastos de bienes comunes, la administración ordinaria de bienes privativos y la explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge). En relación con estas últimas, el Código especifica que ha de tratarse de la explotación regular de los negocios o profesión de cada cónyuge. Así lo refrendaba el artículo 1365 en su apartado 2.º, hasta la reforma operada por la Ley 16/2022, Concursal[2], que ha suprimido del artículo 1365 del Código Civil el adjetivo de «ordinario» del ejercicio de la profesión: deudas contraídas en el ejercicio *ordinario* de la profesión arte u oficio —decía, hasta entonces, el precepto—. Ambos vocablos (*regular* y *ordinario*) debían considerarse equivalentes y se contraponen a los gastos extraordinarios derivados de la actividad económica que son siempre a cargo de la sociedad de gananciales, salvo que se realicen sobre establecimientos o explotaciones de carácter privativo. El mismo criterio debe aplicarse a los gastos relacionados con el ejercicio de la profesión (GARDEAZÁBAL DEL RÍO, 2002, 144).

Debemos detenernos en este punto para señalar que, en este último apartado estarían incluidas las deudas con la Seguridad Social por cotizaciones impagadas, puesto que en la sentencia que analizamos, la Sala se refiere a deudas «de incuestionada naturaleza ganancial», aunque en ningún momento justifica ni argumenta por qué lo son ni en base a qué precepto del Código Civil. Por otra parte, de tratarse de una deuda de esta naturaleza, la responsabilidad recae, a tenor del artículo 1365 del Código Civil, sobre el patrimonio personal del deudor y, solidariamente, sobre todos los bienes gananciales. Esto es lo que dice el Código Civil. Ningún precepto y en ningún caso señala que de este tipo de deudas responda el patrimonio privativo del cónyuge no deudor, por lo que habrá que indagar en qué se basa la Sala Tercera para determinar que procede el embargo de bienes propios del no deudor.

3.º. Deudas originadas por las necesidades ordinarias de la familia. Es lo que se conoce como la potestad doméstica, los actos encaminados a

atender las necesidades ordinarias de la familia a que se refiere el artículo 1319 del Código Civil. Los patrimonios responsables de atender a estas deudas son solidariamente, el común y el del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, el del otro cónyuge.

Este es el único caso en el que el Código Civil señala como responsable subsidiario el patrimonio del no deudor, pero la deuda que nos ocupa no tiene esta naturaleza, y ello está claro porque la sentencia no utiliza este argumento para derivar la responsabilidad al no deudor aun tratándose de una norma de régimen matrimonial primario y, por tanto, aplicable a cualquier matrimonio.

La falta de pago de las cotizaciones a la Seguridad Social de uno de los cónyuges no es una deuda derivada de la potestad doméstica. Lo que ampara el artículo 1319 del Código es la actuación indistinta de los cónyuges para contratar en beneficio del grupo familiar. En esta materia, en la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia, cada cónyuge tiene las mismas posibilidades de comprometer, no ya solo los bienes comunes, sino también los del otro cónyuge (HERRERO GARCÍA, 1981, 584). Las deudas a que se refiere el artículo 1319 son aquellas derivadas de los actos domésticos encaminados a dar cobertura a las necesidades vitales de la familia (alimentación, vestido, educación, transporte, entretenimiento, suministros, reparaciones ordinarias, etc.).

Ante la duda, por tanto, de si el artículo 1319 del Código Civil pudiera albergar las deudas contraídas por un cónyuge respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social y, en consecuencia, afectar el patrimonio del cónyuge no deudor, la respuesta ha de ser negativa, máxime cuando el propio Tribunal Supremo no ha valorado ni siquiera esta posibilidad.

En conclusión, no hay más camino que afirmar que, cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo afirma con rotundidad que estamos ante una deuda de «incuestionada naturaleza ganancial», ha de tratarse, por exclusión, de una de las que recogen los artículos 1362 del Código Civil cuando se refiere a gastos derivados de la «explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge», y —en el mismo sentido— 1365 del Código Civil en su apartado 2.º («deudas contraídas en el ejercicio *ordinario* de la profesión arte u oficio»). En consecuencia, deuda «a cargo de la sociedad de gananciales» (1362 CC) y deuda de la que responden directamente los bienes gananciales (1365 CC)[3].

2. La derogada remisión al Código de Comercio

Puesto que la naturaleza de estas deudas con la Administración responden a una actividad mercantil, por lo que resulta de interés conocer lo que

diga el Código de Comercio, por si sus normas pueden arrojar algo de luz en este asunto, ya que el artículo 1365 del Código Civil remite —o remitía hasta hace bastante poco— a este texto legal para determinar la responsabilidad frente a terceros de los bienes gananciales cuando se ejerce el comercio por uno de los cónyuges, puesto que contiene particularidades en estos casos. Como señala GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002,150), el régimen especial tuvo importancia al tiempo de su aprobación por la Ley de 2 de mayo de 1975, al situar a ambos cónyuges en un estricto plano de igualdad; sin embargo, en la actualidad es, cuanto menos, discutible, la necesidad de un régimen especial por razón de la condición de casado de alguno de los cónyuges.

Quizá ha sido ese motivo lo que ha movido a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, Ley Concursal, a derogar los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, relativos al ejercicio del comercio por persona casada. En consecuencia, se ha eliminado del artículo 1365.2 del Código Civil la remisión a estas normas, por lo que hay que entender que la responsabilidad por deudas del cónyuge comerciante está sometida ahora al régimen general del Código Civil, en concreto al artículo 1365. ¿Cómo queda ahora, entonces, resuelto, este supuesto concreto?

Hasta ahora, el artículo 6 del Código de Comercio decía que, «en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». A la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges, por tanto, solo resultarían afectados los bienes propios del deudor comerciante y, dentro de los bienes gananciales, los que conforman una categoría especial que son los adquiridos con las «resultas» del ejercicio del comercio. Esta categoría especial constituye un «patrimonio separado» dentro del patrimonio ganancial, sin que su composición quede mínimamente concretada (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1991,693). En todo caso, por lo que nos interesa, solamente se contemplaba la afección del patrimonio privativo del deudor y de parte del ganancial. Para que la responsabilidad recayera sobre los demás bienes comunes era necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Después, los artículos 7 y 8 del Código de Comercio lo que hacían era señalar cuándo se entendía prestado el consentimiento del que habla el artículo 6 (para afectar los bienes comunes). Se entiende prestado «cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo» y también «cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro». Se trata, por tanto, de un consentimiento presunto, por lo que sería precisa la oposición del cónyuge no comerciante.

Para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante el consentimiento habrá de ser expreso en cada caso (señalaba el derogado art. 9 CCo). El consentimiento puede ser general o especial para determinados negocios. No es el caso del supuesto de hecho que analizamos, por lo que no es preciso abundar más en este tema.

Retomando la pregunta que planteábamos más arriba, hemos de preguntarnos cuál es el régimen aplicable ahora, tras la reforma operada por la Ley 16/2022.

Pues parece que ahora los bienes gananciales responden de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante *en todo caso*, según la regla general del artículo 1365.2° del Código Civil, precepto también modificado por la Ley 16/2022. Y decimos *en todo caso,* por la eliminación del carácter de «ordinario» del ejercicio de la profesión que antes se recogía y suprimiendo la remisión al Código de Comercio. Es decir, que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la profesión, tenga ese ejercicio carácter de ordinario o de extraordinario, lo que amplía el espectro de responsabilidad a cargo de la masa patrimonial ganancial. El artículo 1362 del Código Civil se sigue refiriendo a la explotación *regular* de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991, 693) que este apartado segundo del artículo 1365 del Código Civil se refiere a la potestad de gestión en la propia esfera patrimonial. Los bienes gananciales responderán también, y directamente, frente al acreedor, de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio (ordinario) de la profesión, arte u oficio en la administración ordinaria de los bienes propios o en la explotación regular de los negocios. Siguiendo a BENAVENTE MOREDA (2012), se consideran incluibles en el ejercicio ordinario de la profesión y, por tanto, de responsabilidad de la sociedad de gananciales, las deudas tributarias procedentes del ejercicio de la actividad profesional de los cónyuges, sin que, en la mayoría de los supuestos en que resuelven los tribunales sobre el tema, se discrimine entre la responsabilidad misma por la deuda y la que deriva del pago de sanciones como consecuencia de la infracción cometida.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PRIVATIVOS DEL CÓNYUGE NO DEUDOR

1. Durante la vigencia de la sociedad de gananciales

Como se ha indicado al principio de este trabajo, la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que las deudas son personales

de los cónyuges, de uno o de los dos, en cuanto son los titulares de la masa patrimonial común.

Se trata ahora de determinar cómo se resolvería la situación expuesta pero no cuando la sociedad de gananciales está disuelta, sino vigente. Veamos qué ocurriría. Situaríamos un matrimonio casado en gananciales, en el que uno de los cónyuges, administrador único de una sociedad, deja de pagar las cotizaciones a la Seguridad Social. Puesto que no estamos en fase de disolución ni de liquidación, no serían aplicables ninguno de los artículos del Código Civil recogidos en la sección 5.ª del capítulo IV del título III del libro IV rubricada como «De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», sino que serían de aplicación —en relación a las deudas— los artículos de la sección 3.ª: «De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», es decir, los artículos 1362, 1365 y 1369, además de otros específicos para supuestos muy concretos.

Como afirmación inicial, hay que señalar que, salvo el artículo 1319 del Código Civil, que es una norma de régimen económico matrimonial primario y, por tanto, aplicable a todos los regímenes económicos, y que permite la afección del patrimonio del cónyuge no deudor cuando se trate de deudas relativas a necesidades ordinarias de la familia, no existe en el Código Civil ninguna otra norma que ampare la vinculación de los bienes propios del cónyuge que no es deudor durante la vigencia del régimen. No serian aplicables, en consecuencia, ninguno de los artículos que esgrime la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con esta materia. Con base en los artículos 1362.4.ª, 1365.2.º y 1369 del Código Civil, la Seguridad Social, habría de dirigirse contra el patrimonio del deudor y contra todo el patrimonio ganancial. En ningún caso contra el patrimonio privativo del cónyuge no deudor.

Si, intentado el cobro por el actor, no hubiera bienes suficientes —ni privativos del deudor ni consorciales—, se generaría una deuda de la sociedad de gananciales que integraría el pasivo de la comunidad. Si, acreditada la insuficiencia de bienes gananciales, los cónyuges desearan, después, pactar separación de bienes, ¿podría entenderse, de algún modo, que esta insuficiencia supone un inventario defectuoso y, con ello, la aplicación de una regla implícita que traería consigo la afección de bienes presentes y futuros del no deudor? Si no hay bienes gananciales que repartir en la liquidación y es imposible achacar una actuación fraudulenta, habría que cuestionarse qué sentido tiene realizar un inventario y/o realizar liquidación en ausencia de bienes comunes. El acreedor solo tendría la opción de dirigirse contra los bienes futuros del deudor, porque durante la vigencia del régimen o no hubo bienes gananciales o, los que hubo se emplearon en responder parcialmente de la deuda.

Parece exagerado otorgar al acreedor de manera sorpresiva un derecho sobre los bienes futuros del no deudor por no liquidar o hacer un inventario

que incluyese solo el pasivo. Del mismo modo resulta lógico deducir que lo que impide el artículo 1317 del Código Civil es que el cambio de régimen perjudique a los acreedores, no que les otorgue garantías que no tenían durante la vigencia de los gananciales.

Así las cosas, nunca sería aconsejable la disolución del régimen consorcial porque agravaría la situación del cónyuge no deudor si, por cualquier causa, el inventario no estuviera correctamente confeccionado.

2. Sociedad de gananciales disuelta. El artículo 1317 del Código Civil

Una vez disuelta la sociedad de gananciales los acreedores pueden tratar de hacer efectivos sus créditos. Entendiendo que, habiéndose devengado durante la vigencia del régimen, son deudas gananciales.

Es necesario analizar el funcionamiento de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. La situación es la misma que en el supuesto de vigencia del régimen, salvo que no ingresaran más bienes con carácter ganancial que deban responder de las obligaciones gananciales, excepcionando la aplicación del principio de subrogación real.

La primera cuestión que debe aclararse es si el acreedor, en cada caso, lo es de la sociedad de gananciales o si, por el contrario, es un acreedor privativo. En el supuesto de hecho que nos ocupa, dice el Tribunal Supremo que se trata de una deuda de «incuestionada naturaleza ganancial». Tratándose de acreedores consorciales, la tesis predominante (GUILARTE GUTIÉRREZ, 1993, 605) considera como más adecuada la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial, por la aplicación conjunta de los artículos 1317, 1401 y 1402 del Código Civil, sin necesidad de impugnar las capitulaciones. Si se tratara de deuda privativa sería esta la única vía posible: la impugnación de las capitulaciones vía rescisión por fraude (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 223).

En este supuesto no deben regir las normas de los artículos 1397 y siguientes del Código Civil que se refieren a operaciones de liquidación. Hay modificación de régimen económico matrimonial a futuro, pero por este hecho no se ven perjudicados los derechos de los acreedores, puesto que siguen existiendo los mismos bienes que antes conformaban la masa común antes ganancial, es decir, persiste la misma deuda y existen los mismos bienes.

El Código Civil no impone una obligación de liquidar ni un plazo para ello como tampoco lo impone a los herederos para partir la herencia.

En el supuesto debatido no hubo liquidación puesto que no hubo bienes gananciales. Sin embargo, la Sala aplica artículos que se refieren a adjudicaciones que exigen la previa liquidación. Pero si no hay bienes gananciales

que respondan de una obligación ganancial, hay que cuestionarse el sentido que tendría liquidar. Entendemos que ninguno. Cuestión distinta sería la ocultación de bienes gananciales para no liquidarlos, pero debería probarse la existencia de los mismos.

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo llega a la conclusión que, una vez disuelta la sociedad de gananciales se puede embargar *el patrimonio propio del no deudor generado con posterioridad a la disolución*, patrimonio que nunca fue ganancial. Ni siquiera lo podríamos denominar patrimonio privativo porque, constante la sociedad de gananciales, estos bienes no existían. La única opción viable para que pudiera trabarse el embargo en un bien privativo adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales sería acreditar una subrogación real de los bienes, es decir, que el adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad. Así lo señala reiterada jurisprudencia[4] y el artículo 1346.3.º del Código Civil.

La Sala sustenta su argumentación en el juego de los artículos 1317 y 1401 y 1402 del Código Civil. El 1317 establece una garantía de protección a los derechos adquiridos por terceros (acreedores), señalando que no les perjudicará la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio. El 1401, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y, en consonancia con el ya citado artículo 1373 del Código Civil, dice que los acreedores conservarán sus créditos contra el deudor, de manera que el no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Finalmente, el artículo 1402 dice que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en la liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y en la liquidación de las herencias.

Una interpretación conjunta de los tres preceptos viene a decir lo siguiente: los bienes que integraban el patrimonio ganancial siguen respondiendo de las deudas de la sociedad de gananciales, a pesar de la disolución de esta (PÉREZ GARCÍA, 2002, 229). No obstante no señala cual es la sanción para el supuesto en que tales derechos se vean perjudicados, sino que, si la modificación del régimen económico implica perjuicio para los terceros, las capitulaciones no serán oponibles a aquellos.

La jurisprudencia[5] se ha ocupado de fijar el verdadero sentido del artículo 1317 del Código Civil, que no es otro que «evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales (…), para lo que hay una vinculación real de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico matrimonial». El artículo 1317 del Código Civil permite a los acreedores acudir a la acción rescisoria, siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen[6]. Explica SÁNCHEZ

GONZÁLEZ (2002, 150) que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública considera que el artículo 1317 del Código Civil es aplicable solamente cuando se trate de créditos anteriores a la modificación del régimen económico y se trate de deudas que tengan la consideración ganancial o consorcial[7]. Por el contrario, los acreedores particulares de uno de los cónyuges no tienen «derecho adquirido» alguno para proceder contra tales bienes[8].

El propio Tribunal Supremo ha explicado dónde están los límites: «la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente (…) ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 del Código Civil se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que *estos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084, todos del Código Civil), tal responsabilidad será* ultra vires*, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquella, tenían naturaleza ganancial*»[9].

Los acreedores siguen teniendo las mismas posibilidades —o más— de cobrar sus créditos, cuando el régimen económico se modifica.

IV. LOS ARTÍCULOS 1401 Y 1402 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1402 del Código Civil señala lo siguiente: «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias». El patrimonio ganancial —dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991,787)— igual que el patrimonio hereditario, permanece afecto a las deudas a que está afecto independientemente de quién sea su titular. Persiste en todo caso, incluso cuando sin pagar a los acreedores, la sociedad se ha disuelto. En la comunidad postganancial (hasta su liquidación), los cónyuges ostentan una cuota abstracta sobre la totalidad de lo que fue patrimonio ganancial, sin atribución de cuotas singulares.

Conviene hacer las siguientes consideraciones:

1. Aunque los cónyuges cambien el régimen económico los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales conservan su fuerza respecto

del patrimonio ganancial (art. 1317 CC). Siguen teniendo como garantía de sus créditos la masa de bienes del patrimonio privativo del deudor y, además, la masa de bienes gananciales. La disolución del régimen económico no impide que los acreedores sigan teniendo sobre el patrimonio ganancial en liquidación las mismas posibilidades (embargo y ejecución, facultad de intervenir en la división del condominio ordinario en el que una cuota sea ganancial, tercerías) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1991, 787).

2. El patrimonio ganancial persiste individualizado cualesquiera que sean las vicisitudes de su titularidad hasta que se extingan las deudas a las que está afecto. Persiste cuando aún no se ha hecho la liquidación y partición de gananciales y también cuando la adjudicación y partición ha sido acordada entre los cónyuges.

3. El patrimonio ganancial no pasa a integrar el patrimonio personal de cada cónyuge hasta la liquidación de las deudas. Aunque esté adjudicado a uno u otro cónyuge o a sus herederos. Lo mismo ocurre cuando se trata del patrimonio hereditario, cuyas reglas son aplicables a la liquidación de gananciales.

El artículo 1399 del Código Civil viene a decir: 1.º, que los acreedores por deudas de la sociedad de gananciales tienen preferencia sobre los acreedores por deudas privativas de los cónyuges, lo mismo que los acreedores de la herencia son preferentes a los acreedores particulares de cada heredero y, 2.º, que la no existencia de inventario no puede menoscabar la posición de los acreedores.

Por su parte, el artículo 1401 del Código Civil señala que, si no se han pagado las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor y que el no deudor responderá con los que le hubieran sido adjudicados si se hubiera formado inventario.

La interpretación que de este precepto hace la sentencia de 14 de diciembre de 2020 es la siguiente: cuando el artículo 1401 del Código Civil dice que el cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, contiene una norma implícita que viene a decir que si no se ha formulado debidamente inventario el cónyuge no deudor responde ilimitadamente con sus bienes propios. En la misma línea dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 227) que la consecuencia de adjudicar bienes gananciales sin formación de inventario es que la responsabilidad del cónyuge que no era deudor se universalice. La diferencia con la doctrina de la Sala Tercera es que, en el caso que esta resuelve, no se habían adjudicado gananciales, muy probablemente porque no los había y, además, lo que se embargan son los sueldos y salarios del no deudor generados con posterioridad a la disolución.

El otro argumento es la aplicación del artículo 1402 del Código Civil, que dice que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en la

liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias. Así, tomando como aplicable el 1084 del Código Civil, deduce la responsabilidad «ultra vires» del cónyuge no deudor: «hecha la partición los acreedores podrán exigir el pago de la deuda por entero de cualquiera de los herederos que no hubiese aceptado a beneficio de inventario». Como la sentencia no explica por qué entiende aplicable este artículo, entendemos que, lo que quiere decir es que el acreedor de la sociedad de gananciales puede, analógicamente, exigir la deuda de uno de los cónyuges al otro, casado en separación de bienes, suponiendo, como ya se ha dicho, que deliberadamente no incluyó la deuda en el inventario y considerando implícita una norma sancionadora que el Código no recoge en ningún sitio. En realidad, esta responsabilidad «ultra vires» lo que implica es que, aunque los bienes gananciales estén adjudicados a uno u otro cónyuge, sigue existiendo una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales.

La reclamación al cónyuge no deudor será posible, claro está, pero solo podrá hacerse efectiva sobre los bienes que le hubieren sido adjudicados en la liquidación. La remisión a las normas sucesorias significa lo siguiente: será posible la reclamación al cónyuge no deudor cuando haya perdido el beneficio de inventario (arts. 1402, 1410, 1003 y 1084 CC), de manera que en este caso responderá solidariamente con todos sus bienes y de todas las deudas de la sociedad de gananciales. También podrá acudirse al patrimonio del no deudor —como se ha explicado más arriba— cuando estemos ante uno de los supuestos del artículo 1319 del Código Civil.

V. LA DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo resolvió un supuesto idéntico al que nos ocupa en la sentencia de 7 de noviembre de 1997. Se embarga un bien adquirido por la esposa e inscrito con carácter «presuntivamente ganancial» por deudas del marido con la TGSS devengadas con posterioridad a las capitulaciones de separación de bienes (no liquidan gananciales).

La doctrina que recoge se puede resumir en los siguientes puntos:

1. Es necesario distinguir entre disolución y liquidación. La sociedad de gananciales no liquidada es una comunidad post ganancial o post matrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no es el de la sociedad de gananciales, sino de una comunidad ordinaria en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta, no sobre bienes concretos.
2. La Ley autoriza el cambio de régimen económico. La remisión que establece el artículo 1410 del Código Civil permite mantener que durante

ese período transitorio nos encontramos ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria, de la que son titulares ambos cónyuges.

3. Para que subsistiera el embargo sobre un bien privativo adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales ha de acreditarse una subrogación real de los bienes, es decir, que lo adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad.

4. El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio. Lo que se niega es que se puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la Comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio.

5. La preservación de los derechos de los acreedores (art. 1317 CC) se traduce en que estos conservan sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formado debidamente inventario.

6. Para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y, además, se le adjudiquen bienes gananciales, produciéndose entonces la confusión de patrimonios.

No se le han adjudicado ni se ha demostrado subrogación, por lo que la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

7. Fraude de ley para sustraer el patrimonio conyugal de las responsabilidades que le afectaban. La sentencia excluye la posibilidad del fraude al haberse adquirido la vivienda cuatro años después de las capitulaciones matrimoniales y ser la traba muy posterior.

Tampoco se ha acreditado la inexistencia de otros bienes para la satisfacción del crédito.

Para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden estos con los suyos propios, Este supuesto de hecho es diferente al que nos ocupa, en el que se parte de que no hubo liquidación ni adjudicación de bienes, por lo que falta la base fáctica para el acogimiento del motivo, al no constar tampoco, como se ha dicho, una subrogación real. En definitiva, la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

Dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2002, 318) que la tesis de esta sentencia es discutible porque, aunque no se oponga al tenor literal del artículo 1401 del Código Civil, la falta de inventario realizado en un tiempo prudencial convierte en dudosa la procedencia de los fondos empleados por el cónyuge no deudor para adquirir los bienes con posterioridad a la disolución de la sociedad.

De entender que los fondos son gananciales por no haber hecho inventario estaríamos alimentando aún más el excesivo valor de la presunción de ganancialidad. Tendríamos que pensar que todo bien adquirido con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales se ha pagado con dinero ganancial, y ello porque no se ha hecho inventario. En todo caso, lo que cuestionamos en este estudio se excluye de esta posibilidad, puesto que lo que se embarga son los sueldos del no deudor adquiridos con posterioridad a la disolución del régimen.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 17 de febrero de 1992[10] y 25 de octubre de 2005[11]: «disuelta la sociedad de gananciales, los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, hasta el momento en que se practique la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes, y no al de sociedad de gananciales» (STS de 19 de junio de 1998). Tratándose de una deuda de la sociedad de gananciales contraída antes de su disolución, los capítulos matrimoniales no son oponibles a los terceros acreedores, que, de acuerdo con el artículo 1401 del Código Civil podrán dirigirse contra los bienes adjudicados al cónyuge no deudor.

VI. DERECHO ARAGONÉS Y SOLUCIÓN ADOPTADA

Hasta este momento, todo lo expuesto se refiere al régimen de gananciales. Las normas aplicables son las del Código Civil y, concretamente, las recogidas en sede de liquidación del régimen económico de gananciales.

Estas normas, como es sabido, no son aplicables a aquellos regímenes forales que también están conformados por bienes comunes o consorciales y que cuentan con una regulación específica. Nos hemos detenido en el régimen foral aragonés porque la solución que se da a la responsabilidad por deudas comunes sobre el patrimonio privativo del cónyuge no deudor nos parece más acertada y justa que la que adopta la jurisprudencia en esta última tendencia de la Sala Tercera que se ha expuesto. Y no solamente eso, sino que esa solución normativa apunta de manera precisa como deberían ser interpretados los artículos 1401 y 1402 del Código Civil.

La justificación de la afección de los sueldos y salarios del no deudor adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad, parte de una

interpretación *a sensu contrario* del artículo 1402 del Código Civil a la que se une una incorrecta remisión a las normas de las herencias que da por supuesta una responsabilidad que entendemos que no se deriva de ningún artículo ni principio de nuestro sistema de Derecho civil.

Veamos la solución de las normas forales aragonesas.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas recoge el denominado «régimen conyugal de consorcio» en el que existen —al igual que en el de gananciales— bienes comunes tal y como señala el artículo 210. Su naturaleza y efectos son iguales que los bienes gananciales en derecho común.

El artículo 252 de este texto legislativo se refiere a la responsabilidad de los bienes comunes en el sentido siguiente:

«1. Hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes, pero los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos.

2. Los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquella».

En relación con las deudas comunes tras la división, el artículo 268 del Código aragonés prescribe:

«1. La división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común.

2. El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero *exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario*. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

3. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado un partícipe mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra los que resultasen favorecidos y en la proporción en que lo hayan sido».

El apartado segundo del artículo 268 concilia los derechos de los acreedores con el derecho del cónyuge no deudor a no responder de manera más gravosa que como respondería si no hubiera habido disolución del régimen consorcial.

De esta regulación se extraen las siguientes conclusiones:

1.ª. Prescinde de la inexistencia del inventario para agravar la responsabilidad del no deudor y, por tanto, no tiene en consideración si se ha formado correctamente o no. Nada añade la existencia del inventario.

2. El cónyuge no deudor responde *exclusivamente* con los bienes que le hayan sido adjudicados en la liquidación (*cum viribus*).

3. Esa responsabilidad con los bienes adjudicados solo se extiende a los propios suyos cuando se den cumulativamente dos circunstancias: la primera, que los bienes adjudicados no sean suficientes y, la segunda, que no sean suficientes por haberlos enajenado, consumido, perdido o deteriorado. Juega, por tanto, el principio de subrogación real.

Lo que busca el precepto es evitar que los bienes que fueron comunes se distraigan por el cónyuge no deudor. Para el supuesto en que tuviera lugar este hecho, es entonces, cuando, para proteger a los acreedores, extiende la responsabilidad a los bienes propios del no deudor, pero con el límite del valor de los bienes comunes adjudicados.

Entendemos que es la solución justa, porque no disminuye las garantías que tenían los acreedores antes de la disolución para cobrar sus créditos.

Por el contrario, la solución adoptada para el derecho común que estamos estudiando, lo que hace es aumentar la garantía de cobro de los acreedores por el solo hecho de disolver el régimen de gananciales.

VII. EMBARGO POR DEUDAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, recoge en sus artículos 106 y 107 la responsabilidad patrimonial y régimen sancionador del contribuyente. En particular, el artículo 106 prescribe que «las deudas tributarias y, en su caso, las sanciones tributarias, por el impuesto sobre la renta de las personas físicas tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 84 de esta ley para el caso de tributación conjunta».

El apartado 6 del artículo 84 establece que «Todos los miembros de la unidad familiar quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto, sin perjuicio del derecho a prorratear entre sí la deuda tributaria, según la parte de renta sujeta que corresponda a cada uno de ellos».

En definitiva, que un cónyuge debe responder por las deudas impagadas del otro aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial. Las deudas y sanciones Tributarias son deudas derivadas de una obligación legal (la obligación de declaración del impuesto sobre la renta) y, por ello, no cabe hablar de obligaciones extracontractuales derivadas de dolo o culpa del cónyuge deudor. Los bienes gananciales responden directamente de esas deudas[12].

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado) tuvo ocasión de resolver un recurso contra la negativa del registrador a inscribir una finca con carácter privativo al no acompañarse resolución judicial firme en el procedimiento declarativo del que resulte el carácter ganancial de la deuda. Se trataba de una deuda exigible al amparo de la Ley 18/1991 del IRPF vigente en el momento del devengo. El artículo 85 (Responsabilidad patrimonial del sujeto pasivo) establecía, en el mismo sentido que el vigente: «las deudas tributarias por el impuesto sobre la renta de las personas físicas tendrán la misma consideración de aquellas otras a las cuales se refiere el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado cuatro del artículo 89 de esta Ley para el caso de tributación conjunta».

En resolución de fecha 7 de enero de 2015 establece la siguiente doctrina:

— Que para que pueda anotarse el embargo es necesario que sea declarado el carácter ganancial de la deuda en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges.

— Que tratándose de una deuda derivada del impago del IRPF y, para el supuesto de tributación separada surge la responsabilidad patrimonial civil, lo que implica que un cónyuge deba responder por las deudas impagadas del otro aun cuando estos hayan disuelto la sociedad de gananciales o incluso su vínculo matrimonial, si bien en este supuesto el cónyuge no deudor podrá resarcirse en la vía civil.

En general, por lo que atañe a los embargos administrativos, esta resolución cobra importancia por cuanto niega a la Administración pública «autoridad para decidir si un bien antiguamente ganancial debe responder o no de una determinada deuda tributaria», concluyendo que «solo un mandamiento de la autoridad judicial puede determinar la responsabilidad del bien por deudas gananciales».

VIII. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTE EL EMBARGO DE BIEN INMUEBLE INSCRITO A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR

En este trabajo hemos intentado argumentar por qué no se sustenta jurídicamente el embargo de los sueldos y salarios del cónyuge no deudor generados con posterioridad a la disolución de la comunidad, cuando ese embargo trae causa de deudas devengadas durante la vigencia de una sociedad de gananciales ya disuelta. Nos planteamos ahora que el cónyuge no deudor, al que se hace responsable de la deuda, fuera titular de un bien inmueble, y que la Sala entienda afecto dicho inmueble al pago de la deuda, dictando mandamiento de embargo. Aplicando los mismos criterios que se han aplicado para el embargo de salarios, es decir, que en el artículo 1402 del Código Civil ha de entenderse implícita una responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor cuando el inventario se ha confeccionado defectuosamente, no siendo necesario ahora entrar en argumentos que ya se han expuesto en este trabajo. Y ante el supuesto que ahora nos planteamos, recordemos que la Sala no ha entendido determinante que *no se haya notificado al cónyuge no deudor la providencia de apremio que autoriza el embargo de sus bienes*[13].

La cuestión, en definitiva, no es otra que determinar cómo puede coordinarse esta práctica con el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución y que tiene su reflejo en la legislación hipotecaria a efectos de la anotación del embargo a favor de la Administración (arts. 1, 20 y 40 LH entre muchos otros). En particular, el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria limita los casos en los que se puede anotar el embargo contra persona que no haya sido parte en el procedimiento a aquellos «criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento». *A sensu contrario*, por tanto, en ningún caso puede seguirse este criterio cuando se trata de un embargo administrativo.

La doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Dirección General de los Registros y del Notariado en el momento de la emisión) puede exponerse como sigue al resolver recursos planteados en supuestos prácticamente idénticos al que tratamos:

En las resoluciones de 3 de junio de 2002 y 5 de julio de 2007 —entre otras— se presenta en el Registro mandamiento de embargo en procedimiento dirigido contra la esposa por deudas a la Seguridad Social. Se

solicita el embargo de un bien privativo del marido, como responsable solidario de la deuda generada en periodo de régimen económico de gananciales por su esposa. El registrador suspende la práctica de la anotación por hallarse la finca inscrita a nombre del marido de la demandada con carácter privativo y no haber declaración judicial de ganancialidad de la deuda. La TGSS recurre alegando que tanto la deuda como el bien fueron gananciales.

La Dirección General desestima el recurso porque, aparte de que el bien se inscribió como privativo del marido desde su adquisición, la sola afirmación por el Recaudador de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales no es suficiente para hacer posible la anotación. Para ello es necesario que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, en procedimiento declarativo entablado contra ambos cónyuges para evitar la indefensión, puesto que no existe en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1375 CC). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución española.

Conviene destacar que en este caso lo que se embarga es un bien privativo y que la sociedad de gananciales no está disuelta.

En la resolución de 20 de junio de 2018, la Dirección General concluye que, para practicar una anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges con carácter privativo por liquidación de la sociedad de gananciales, por deudas contraídas por el otro consorte, será preciso que se dé alguno de estos casos: 1.º. El procedimiento del que resulta el mandamiento que ordena la anotación debe haberse dirigido contra ambos cónyuges. 2.º. Aun tratándose de un procedimiento dirigido solo contra el cónyuge deudor, deben cumplirse los dos requisitos previstos en el artículo 144.4, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario. Estos requisitos son:

1.º. El bien debe haber sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución,

2.º. Del mandamiento ha de resultar la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquella.

En definitiva, ni la mera determinación de la ganancialidad de la deuda por el Recaudador, ni la falta de notificación del mandamiento de embargo al cónyuge no deudor —ambas circunstancias concurrentes en la doctrina emitida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo— harían posible la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad cuando de un bien inmueble se tratara, sea por privativo del cónyuge contra quien no se ha dirigido el procedimiento, o se ha notificado, pero con posterioridad a la liquidación de gananciales, sea por no haberse declarado judicialmente la ganancialidad de la deuda.

IX. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, A PESAR DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, POR TRATARSE DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA

La resolución de 23 de junio de 2000 entiende que se cumple el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH cuando el procedimiento administrativo de apremio de la Agencia Tributaria y el embargo va dirigido contra el cónyuge titular registral al que se había adjudicado el inmueble en virtud de capitulaciones matrimoniales y disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad a la diligencia de embargo, siendo el concepto en que se decreta el apremio y el embargo el de ser la esposa responsable solidaria de las deudas devengadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales con el marido, el cual era administrador único de una entidad y era responsable subsidiario en concepto de administrador, limitándose la resolución a señalar que «el procedimiento del que emana el embargo que se pretende anotar aparece dirigido contra el titular registral del derecho embargado, apareciendo, por tanto, plenamente satisfechas las exigencias del principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH, siendo problema diferente en el que no se entra al no haber sido planteado en la nota calificadora el de si es competente la Administración Tributaria para declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias de las que sea sujeto pasivo o responsable legal uno solo de los cónyuges o para ejecutar, por el procedimiento de apremio administrativo, bienes que pertenecen a persona distinta del sujeto pasivo de la deuda tributaria o del responsable legal de la misma, por no haber sido planteada en la nota calificadora».

Por su parte, la resolución de 21 de septiembre de 2006 declara que cabe anotación de embargo preventivo ordenada por la Agencia Tributaria dentro de un expediente de derivación de responsabilidad contra la titular registral como responsable solidaria de las deudas de su marido, aunque conste inscrita la escritura de disolución de la sociedad de gananciales,

pues no se trata de ninguna declaración de ganancialidad de la deuda, que corresponde a los Tribunales, sino de acción de ocultación de bienes que determina la responsabilidad solidaria, lo cual cabe dentro del procedimiento administrativo por colaboración en la ocultación maliciosa de bienes.

X. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA

La afección de los bienes presentes y futuros del cónyuge no deudor (responsabilidad patrimonial universal) se defiende sobre la base de la remisión que hace el artículo 1402 del Código Civil a las reglas de las herencias: «Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las Leyes en la partición y liquidación de las herencias». Como conclusión a todo lo expuesto, es preciso hacer las siguientes consideraciones:

I. El artículo 1402 del Código Civil remite a las normas sobre partición y liquidación de las herencias, no a las herencias en su globalidad. Estos derechos a que hace referencia son los que los artículos 1082 y siguientes reconocen a los acreedores: 1.º) Artículo 1082 del Código Civil. «Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos»; 2.º) Artículo 1083 del Código Civil. «Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos»; 3.º) Artículo 1084 del Código Civil «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda».

De la lectura de estos artículos no se deduce el derecho a cobrar sobre todos los bienes del heredero. Ese derecho deriva de la aceptación pura y simple de la herencia (art. 1003 CC) o por la pérdida del derecho al beneficio de inventario, pero ello es consecuencia del fenómeno sucesorio, nunca de la partición. Sin partición ya hay responsabilidad universal del heredero que ha aceptado, e incluso no habrá partición cuando haya heredero único. Es la aceptación la que provoca esa responsabilidad.

II. Aplica las normas de la liquidación cuando no hubo liquidación, al tratarse de una sociedad disuelta pero no liquidada. En consecuencia, no

hubo inventario. La remisión del artículo 1410 lo que permite entender es que nos encontramos ante una comunidad especial, equiparable a la hereditaria antes de la partición. La modificación del régimen no lleva aparejada una liquidación inmediata u obligatoria de la masa común antes ganancial. La modificación hace cesar el régimen de gananciales a futuro, pero no trasmuta automáticamente los bienes existentes gananciales en privativos. Para ello es necesaria la fase de liquidación previo inventario y posterior adjudicación y ahí, en esas operaciones es donde pueden verse burladas las garantías de los acreedores gananciales si los bienes gananciales durante la vigencia del régimen pasan a ser en todo o en parte privativos del no deudor en la adjudicación

III. El artículo 1317 debe entenderse en el sentido de que la modificación no perjudica a los acreedores respecto al carácter de la deuda ni al carácter de los bienes que pudieran cambiar en su perjuicio en la liquidación, pero no en el sentido de que respecto a los excónyuges y los acreedores no se haya disuelto el régimen y ya no haya a futuro más bienes gananciales. Es decir, que lo que perjudica es la liquidación, no la modificación.

IV. Entiende implícita una norma (la responsabilidad *ultra vires* del no deudor) que no puede deducirse, porque es gravosa para quien no fue parte del procedimiento y no pudo defenderse. Es de destacar que no se notificó a la esposa la providencia de apremio que autoriza el embargo de sus bienes, impidiendo invocar motivo de oposición alguno. El cónyuge no deudor no tiene la condición de responsable de pago de la deuda, por lo que se exige la notificación del acto de afección. No se le notificó. Si se tratara del embargo de un bien inmueble privativo del cónyuge no deudor, esta falta de notificación daría lugar a la denegación de la anotación del embargo por el registrador de la propiedad.

V. La existencia o no del inventario no añade nada en garantía de los acreedores, puesto que si hay liquidación con adjudicación de bienes necesariamente ha habido inventario. No habrá inventario si no hay bienes gananciales que liquidar, por lo que exigir inventario solo para la determinación del pasivo so pena de derivar una responsabilidad al no deudor es algo que carece de base legal.

VI. En definitiva, resulta paradójico que, si este matrimonio no hubiese pactado nunca separación de bienes, y su régimen económico fuera el de gananciales, responderían de la deuda los bienes privativos del deudor y los gananciales, pero nunca los propios del no deudor. El pacto capitular agrava la situación del no deudor, lo que no debería ser así.

En mi opinión, podría aceptarse que respondiera el cónyuge no deudor con sus bienes propios, pero hasta el valor de lo que le hubiera correspondido en la adjudicación de su cuota ganancial, pero en ningún caso puede aceptarse una responsabilidad ultra vires, ilimitada.

VII. Finalmente, creo que la reflexión que debe hacerse es que, ante la posibilidad de que el cónyuge empresario mantenga deudas con la Administración, la única forma de proteger los bienes propios del que no fue nunca deudor, pero que con este razonamiento que plantea la sentencia se convierte en responsable, es que la deuda nunca pueda considerarse «de incuestionada naturaleza ganancial», como dice el Tribunal Supremo. Parece, por tanto, la única opción, pactar separación de bienes desde la celebración del matrimonio o, en todo caso, antes de contraer alguna deuda ganancial.

X. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 10 de septiembre de 1987. *RJ* 6046, 1987
- STS de 17 de febrero de 1992. *RJ* 1992, 1258
- STS de 13 de octubre de 1994. *RJ* 7482, 1994
- STS de 7 de noviembre de 1997. RAJ 7937
- STS de 18 de noviembre de 1998. *RJ* 9693, 1998
- STS de 24 de marzo de 2003. *RJ* 2003, 2917
- STS de 25 de octubre de 2005. *RJ* 2005, 7210
- STS de 14 de diciembre de 2020. (Sala 3.ª). *RJ* 2020, 5424

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ Galicia 393/2006, de 29 de marzo de 2006
- STSJ Murcia 130/2010, de 19 de febrero de 2010
- STSJ Galicia 173/2022, de 8 de marzo de 2022

Audiencias Provinciales

- SAP La Coruña 345/2002, de 18 de octubre de 2002
- SAP Badajoz 582/2020, 24 de julio de 2020
- SAP Málaga 805/2020, 2 de septiembre de 2020
- SAP Toledo 184/2020, 14 de octubre de 2020

XI. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PUBLICA (ANTES, DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)

- RDGRN de 5 de enero de 1988
- RDGRN de 18 de marzo de 1988
- RDGRN de 29 de mayo de 1989
- RDGRN de 3 de julio de 1991
- RDGRN de 4 de julio de 1991
- RDGRN de 24 de julio de 1991
- RDGRN de 19 de febrero de 1992
- RDGRN de 21 de mayo de 1992
- RDGRN de 26 de junio de 1992
- RDGRN de 21 de junio de 1994
- RDGRN de 18 de marzo de 1995
- RDGRN de 23 de junio de 2000
- RDGRN de 3 de junio de 2002
- RDGRN de 21 de septiembre de 2006
- RDGRN de 5 de julio de 2007
- RDGRN de 7 de enero de 2015
- RDGRN de 20 de junio de 2018

XII. BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE MOREDA, P. *Responsabilidad de la sociedad de gananciales por deudas gananciales*, Estudios y Comentarios Legislativos, Aranzadi, Pamplona, 2012. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es.

BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

CERDÁ GIMENO, J. *Estudios sobre Derecho de Familia*. Prólogo por don LUIS PUIG FERRIOL. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (coord.) *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil.* Segunda Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FABAR CARNERO, A. La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas, *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. Tema 6. La sociedad de gananciales, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. Familia, coord. por J.F. Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado, Civitas, 2002, 295-66.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, Tecnos, 1991.

HERRERO GARCÍA, M.J. Comentario del artículo 1319 del Código Civil, en *Código Civil. Ministerio de Justicia*, Civitas, Madrid, 1991, 583-586.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Comentario de los artículos 1365, 1401 y 1402 del Código Civil. *Código Civil. Ministerio de Justicia*, Civitas, Madrid, 1991, 687 y siguientes.

PÉREZ GARCÍA, M.J. A ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-1, enero de 2002, 225 a 255.

PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, J.M. El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tomo 28, 1988, 193-232.

REBOLLEDO VARELA, A.L. *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. Tema 6. La sociedad de gananciales, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. Familia, coord. por J.F. Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado, Civitas, 2002, 295-661.

YÁÑEZ VIVERO, F. Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Anuario de derecho civil*, Vol. 53, núm. 2, 2000, 553-626.

NOTAS

[1] Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, PGC2018-099665-B-C21 Empresa Familiar y Derecho Privado, y fue presentado como ponencia en el VIII Congreso Internacional de Derecho Privado, Consumo, Responsabilidad y Empresa Familiar, organizado por el Departamento de Derecho mercantil y Derecho romano y el Máster Oficial Universitario de Derecho de los Negocios de la Universidad de Granada, celebrado en la Facultad de Derecho de la misma, los días 16 y 17 de febrero de 2022.

[2] La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) ha modificado, en el sentido expuesto, el artículo 1365 del Código Civil: *2.º En el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.*

[3] Como ya se ha señalado, este artículo 1365.2.º del Código Civil ha sido modificado por la Ley 16/2022, de de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: *2.º En el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.*

[4] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 277/2003 de 24 de marzo. *RJ* 2003, 2917.

«Para que subsistiera el embargo sobre un bien privativo adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales ha de acreditarse una subrogación real de los bienes, es decir, que lo adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad». (STS 7 de noviembre de 1997).

[5] Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de octubre de 1994 (*RJ* 7482, 1994), 10 de septiembre de 1987 (*RJ* 6046, 1987), entre otras.

[6] STS de 18 de noviembre de 1998 (*RJ* 9693, 1998).

[7] En resoluciones de la —entonces— Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 24 de julio de 1991, 19 de febrero, 21 de mayo y 26 de junio de 1992, 21 de junio de 1994 y 18 de marzo de 1995.

[8] Resoluciones de 5 de enero y 18 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989 y 3 y 4 de julio de 1991).

[9] STS, Sala 1.ª, de 18 de noviembre de 1998 (RAJ 9693) en idéntico sentido a la anterior STS de 7 de noviembre de 1997 (RAJ 7937).

[10] *RJ* 1992, 1258.

[11] *RJ* 2005, 7210.

[12] Así, las sentencias TSJ de Galicia 173/2022, de 8 de marzo de 2022, AP de Toledo 184/2020, 14 de octubre de 2020, AP de Málaga 805/2020, 2 de septiembre de 2020 y de AP Badajoz 582/2020, 24 de julio de 2020.

[13] El procedimiento de apremio por deudas a la Seguridad Social está recogido en el TR de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, 30 octubre y ampliamente desarrollado por el RD 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Entre sus aspectos más destacados, citamos ahora: 1.º) la referencia al *mandamiento de anotación* (art. 104.1), 2.º) *Certificación de cargas y comunicación del embargo* (art. 104.3). 3.º *Presentación y calificación de los mandamientos* (art. 105.1 y 3). 4.º *Derecho de tanteo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social* (arts. 113 y 121). 5.º *Título de propiedad y título cancelatorio* (art. 122) y la *adjudicación de inmuebles a la Tesorería General de la Seguridad Social* (art. 125).

(Trabajo recibido el 17 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)

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 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

HERENCIA: PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Para inscribir la adjudicación hereditaria o los legados de bienes que eran gananciales, es preciso que con carácter previo se realice la liquidación de la sociedad de gananciales con intervención de los herederos de ambos cónyuges.

La primera causante instituye a su esposo que hereda la totalidad de los bienes, si bien este, no hace manifestación de herencia ni liquida la sociedad de gananciales; el viudo, segundo causante, en su testamento no instituye herederos por lo que se abre la sucesión intestada de la que resulta heredera su hermana; como consecuencia de todo eso, los legados y disposiciones hechas sobre bienes privativos suyos surten totales efectos, pero los gananciales están pendientes de su liquidación, lo que pudiendo haberlo hecho el viudo en vida, no realizó; en la escritura de manifestación de herencia otorgada por la heredera del viudo, se liquida la sociedad de gananciales sobre los bienes que esa se adjudica —distintos de la finca legada—, pero resulta ser una liquidación parcial —como reconoce el recurrente— y queda pendiente la liquidación de algunos bienes sobre los que se ha ordenado legado. Ahora, se otorga la entrega mediante toma de posesión de uno de los legados ordenados por el testador y, aun cuando la legataria está autorizada para tomar posesión por sí misma, siendo ganancial la finca, se hace necesaria la liquidación parcial. La cuestión es, si con la expresión hecha por la heredera «(…) previa liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación a este de la herencia de su esposa (…) Hace constar la otorgante que los legatarios

expresados en el testamento dicho han tomado posesión de sus correspondientes legados en documento otorgado con anterioridad», puede considerarse liquidada la sociedad de gananciales con respecto de esa finca.

Con la liquidación de la sociedad de gananciales no se hace sino fijar el haber que —después de pagar a los acreedores y, en su caso, a los propios cónyuges— ha de ser atribuido por mitad a los cónyuges o sus herederos (*vid.* art. 1344 CC). Por ello, en caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales. En definitiva, falta el título de adjudicación de la herencia de la primera causante a favor del viudo, que de haber sido aceptada tácitamente la herencia, no se ha aportado; y de no haber sido aceptada y transmitirse el «*ius delationis*», implica falta de liquidación de la sociedad de gananciales sobre la finca que se transmite, pues la que se practicó en la herencia otorgada por la heredera abintestato, fue parcial sobre otras fincas. Ahora, para esta liquidación de gananciales se hace preciso el consentimiento de la heredera del testador. Por tanto, debe confirmarse este defecto señalado.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS ADQUIRENTES: DEBE ESPECIFICARSE SI ES EL RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO O EL PACTADO EN CAPITULACIONES.

Aunque la regla general exige que se especifique si el régimen de gananciales es el legal supletorio o el pactado por los cónyuges adquirentes, en el presente caso puede deducirse que es el legal por haberse especificado que los dos esposos son de vecindad común.

Las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades.

Como ha afirmado esta Dirección General, el régimen económico matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio (en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional) o uno de los posibles regímenes convencionales. En caso de que las expresiones vertidas en la escritura relativas al régimen matrimonial no establezcan claramente el carácter legal o paccionado del mismo, no se puede presumir que la falta de referencia concreta a dicho carácter implique que el régimen es el legal vigente en el lugar del otorgamiento.

Ciertamente, la precisión técnica es siempre exigible en todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), por lo que deben evitarse expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas. No obstante, aunque en el concreto supuesto de este expediente la especificación de que el régimen de gananciales de los compradores es el legal supletorio habría evitado las dudas planteadas en la calificación registral, debe tenerse en cuenta que se explicita dicho régimen económico del matrimonio en dos partes de la escritura. En primer lugar, en la comparecencia e intervención, en la que se expresa, además, que son de vecindad civil común. En segundo lugar, en la parte dispositiva de la escritura, en la que

se expresa que «compran y adquieren en pleno dominio, con carácter ganancial». En consecuencia, debe admitirse que el notario, en esa labor de indagación sobre el régimen económico matrimonial, ha llegado a la conclusión indubitada sobre cuál sea este, de suerte que, más allá de la literalidad, debe entenderse que por las expresiones empleadas se trata de un régimen legal de gananciales y no precisa de otra consideración.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD.

Se analiza el concepto de disolución de comunidad y se diferencia de los casos en los que hay una transmisión de cuota por parte de alguno de los comuneros.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de la comunidad ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 afirma que la extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. arts. 400 y sigs. CC). La extinción de la comunidad «*stricto sensu*» termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta.

Cada comunero puede enajenar y gravar su cuota libremente (cfr. art. 399 CC) a un extraño o a otro de los comuneros, con la singularidad en este último caso de que el resto de los comuneros no podrán ejercitar el derecho de retracto que prescribe el artículo 1522 del Código Civil. Si el adquirente está casado y su régimen es de comunidad, la participación indivisa tendrá el régimen jurídico que corresponda en función de la naturaleza de la contraprestación y deberá exigirse, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge con arreglo al artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario; serán necesarias las oportunas autorizaciones judiciales si el enajenante es menor o con discapacidad, etc.

La extinción de la comunidad o es total o no es tal. Sin embargo, esta última afirmación, a su vez, ha sido matizada, o aclarada en cuanto a su alcance, posteriormente por este Centro Directivo en sus resoluciones de 4 de abril de 2016 y 2 de noviembre de 2018, afirmando lo siguiente: «A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución».

Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslati-

vo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (*vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de mayo y 26 de julio de 2011), lo cierto es que el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria.

El supuesto del presente expediente se aproxima a uno de los que este Centro Directivo ha calificado de disolución de comunidad, según lo antes expresado («d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibiéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás»). Lo que ocurre es que existe una diferencia que debe considerarse determinante, toda vez que en este caso el acuerdo de disolución no es tomado por todos los copropietarios sino solo por algunos. Por ello, debe entenderse que, más que disolución parcial de comunidad —en sentido impropio— y aunque como consecuencia del negocio documentado se reduce el número de comuneros, existe en puridad una venta o cesión onerosa por precio en dinero de una cuota indivisa, lo que tiene trascendencia, entre otros extremos antes referidos, para determinar el carácter ganancial y no privativo de la cuota adjudicada.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

Se considera anotable la demanda que pretende que se dé cumplimiento a un acuerdo de venta y se culmine con el otorgamiento de la correspondiente escritura.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo número 828/2008, de 22 de septiembre, afirma que: «La anotación preventiva de demanda (art. 42.1.º LH) tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de que gozan los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que con anterioridad haya accedido al Registro, todo ello con la finalidad de evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurran todas las exigencias de los principios de buena fe (art. 34 LH) y legitimación (art. 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica».

Sobre lo que deba entenderse por procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad, esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones en una doctrina que ha ido considerando, frente a una interpretación estricta del precepto que entiende que solo las acciones reales pueden provocar tal asiento, que la anotación de demanda debe practicarse en

otros supuestos en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real, puede producir directa o indirectamente, efectos reales.

Como señala el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2020, dictado en un caso similar al presente, «en este caso se aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida solicitada. Se trata de anotar en el Registro de la Propiedad la demanda en la que la comunidad de propietarios ejercitó contra los demandados, una acción de condena a demoler parcialmente una obra realizada» sin consentimiento de aquella. No puede negarse la trascendencia real de dicha pretensión, al tratarse de una acción relativa a la determinación de las características físicas del bien objeto del derecho real inscrito (arts. 1, 2 y 9 de la Ley Hipotecaria (…)».

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente y tal y como resulta de la propia nota de calificación, la demanda va dirigida al cumplimiento de un contrato entre actor y demandada, contrato que de cumplirse del modo pactado había de finalizar con la entrega de la vivienda y pago del precio propios de un contrato de compraventa (art. 1445 CC). Según resulta del expediente el contrato objeto de la demanda se encuentra en una fase inicial pues la parte actora ha entregado una cantidad en concepto de arras o reservas y de acuerdo con sus previsiones debe producir, a medida que se vayan desarrollando, la firma de un contrato privado de compraventa y, con posterioridad, de una escritura pública, escritura que, de estimarse la demanda, debe producir el efecto traditorio propio de su autorización (art. 1462 CC). El recurso debe ser estimado pues la medida protectora que la anotación preventiva provee al actor se acomoda con las afirmaciones contenidas en los considerandos anteriores. Con independencia de cuales sean los pronunciamientos concretos que una eventual sentencia estimatoria contenga, lo que queda fuera de duda es que la pretensión ejercitada no se limita a la obtención de un mero título privado que proporcionase legitimación para una ulterior acción (art. 1279 CC), sino que va dirigida a la obtención de un título traditorio pleno como es la escritura pública.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Una escritura de modificación de estatutos para prohibir el destino de las viviendas a alquiler turístico es un claro caso de escritura que carece de cosa valuable.

Conforme a los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, 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. art. 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.

En base a lo expuesto, el defecto no puede ser confirmado. Ciertamente, la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. Pero en el presente caso, limitada la modificación estatutaria en los términos expuestos en el primer fundamento de Derecho, parece claro que estamos ante uno de los supuestos previstos anteriormente en el que no es necesaria su presentación en la oficina liquidadora, copia de escritura que no tenga por objeto cantidad o cosa valuable.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Martorell, número 2.

HERENCIA: LEGÍTIMA DEL VIUDO Y SU CONMUTACIÓN.

Se analiza las posibilidades de conmutación de la legítima del viudo y se recuerda la necesidad de la intervención de este en la partición de la herencia del causante.

El artículo 834 del Código Civil dispone que el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. No obstante, el artículo 839 del mismo Código atribuye a los herederos la facultad de conmutación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, debiendo proceder de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Si bien el ejercicio de la facultad de conmutar compete a los herederos, con posibilidad de escoger la modalidad de la conmutación, esta requiere el consentimiento del cónyuge viudo en relación con la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 839 prevé como garantía del cónyuge viudo, mientras la legítima no se haga efectiva, la afección al pago de la misma de todos los bienes integrantes de la herencia, de manera que, una vez se haga efectiva la conmutación, ya no resulta de aplicación esta garantía. En definitiva, es necesaria la intervención del cónyuge viudo en la escritura de aceptación y partición del causante, no pudiendo llevarse a cabo el otorgamiento de forma unilateral por los herederos.

En los casos de partición realizada por el contador-partidor, se ha interpretado por la doctrina, que, como regla general, no puede decidir por sí solo la conmutación; por excepción, lo puede hacer si el causante la impone o le faculta

expresamente; si lo ha hecho indicando el medio solutorio, en el contador deberá proceder a la conmutación con ese medio; si se limita a autorizarla o a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legitimarios. También se ha interpretado que la conmutación ordenada por el testador vincula a los herederos, lo que es indudable si los herederos obligados son voluntarios, o, aunque sean forzosos, si la legítima ha de pagarse con cargo a la parte libre y esta se deja también a aquellos. En definitiva, el cónyuge viudo, como heredero forzoso, debe consentir dicha partición, según reiterada jurisprudencia y la postura de esta Dirección General.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DESTINADAS A ALQUILER TURÍSTICO.

Se recuerda nuevamente el alcance de la disposición recogida en el apartado 12 del artículo 17 de la LPH respecto de los pactos estatutarios limitativos del destino de las viviendas a alquiler turístico.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces.

No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación de índole turística de las viviendas.

Esta Dirección General ha entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional. Igualmente, ha puesto de relieve que, al permitir dicha norma limitar o condicionar la actividad de alquiler de índole turística de las viviendas también admite que se establezca una prohibición absoluta de dicha actividad.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Dolores.

PARCELACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

El procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 no es imprescindible seguirlo, especialmente en un caso en el que el registrador aprecia de manera evidente la vulneración del régimen de las unidades mínimas y no se alega ninguna de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995.

La mención que se hace en el citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 (norma, por tanto, meramente reglamentaria y necesariamente subordinada a la ley) sobre atribución de competencias a órganos administrativos para dictar resoluciones declarativas de la nulidad de actos civiles (de segregación o división de terrenos de propiedad privada) debe entenderse en sus justos límites. En este sentido es la ley la que declara nulo y sin efecto alguno el acto o contrato que realiza el fraccionamiento prohibido (infringiendo la unidad mínima de cultivo), y que esta nulidad no responde a la falta de elementos esenciales del negocio, sino a la vulneración de una prohibición legal expresa (cfr. art. 6.3 CC), norma prohibitiva que tiene como presupuesto de aplicación la concurrencia del supuesto de hecho que contempla que es el de la ilicitud del objeto (finca inferior a la unidad mínima de cultivo). Ahora bien, la apreciación de la concurrencia de este supuesto de hecho depende de circunstancias fácticas extradocumentales (…) El hecho de que estos elementos dependan de factores cuya apreciación en la práctica pueda requerir la intervención y valoración de técnicos y el examen de circunstancias factuales es lo que justifica que, dependiendo la validez civil del acto de tales factores, el reiterado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 articulase como fórmula para resolver el problema de la calificación de tales títulos la de la reiterada comunicación por parte del registrador a los órganos competentes de la comunidad autónoma (…) Pero (…) no puede afirmarse que la resolución administrativa de declaración de nulidad prevista en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 constituya un elemento formal y materialmente constitutivo, «*ad substantiam*», de dicha nulidad, por lo que no cabe realizar una suerte de interpretación «*a contrario sensu*» pretendiendo que en caso de omisión de dicha resolución expresa y formalmente declarativa de tal nulidad el acto de fraccionamiento infractor de la prohibición del artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias quedaría sanado o convalidado.

Por tanto, y por todo lo expuesto y razonado, no es necesario que el registrador efectúe comunicación a la Administración agraria ni que espere respuesta de esta sobre si concurre o no una excepción que ni siquiera se invoca, sino que la nulidad de pleno derecho de la división inferior a la unidad mínima de cultivo ha de ser directamente calificada por el registrador como nula, por imperativo legal.

La segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA. INSCRIPCIÓN DE LA GEORREFRENCIACIÓN DE LA FINCA: CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS.

Aunque es exigible la autenticidad y firmeza de las resoluciones judiciales para su inscripción, en este caso el título nace directamente del acuerdo de las partes plasmado en escritura.

Como señala el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas». Pero en el caso que nos ocupa, el título en cuya virtud se pretende la práctica de los asientos registrales no es una sentencia, sino una escritura pública, otorgada voluntariamente por las partes que intervinieron en el procedimiento judicial que culminó con la sentencia que se cita en la escritura, y por tanto, aunque es cierto, como señala el registrador, que no consta acreditada la autenticidad ni la firmeza de la sentencia que se cita en la escritura y supuestamente se incorpora a ella, también lo es, como señala el notario autorizante y ahora recurrente, que no es necesaria tal acreditación «puesto que dicha sentencia no está supliendo la voluntad de las partes actuantes, sino que le sirve de causa».

En cambio, sí ha de ser confirmado el otro defecto, relativo a que en el otorgamiento de la escritura complementaria ya no intervienen las partes interesadas, sino solo el técnico, a fin de exhibir al notario un nuevo CD «que sustituye al inicialmente exhibido» en el otorgamiento de la primera escritura, por lo que no consta la aceptación de las nuevas coordenadas por los interesados.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Lepe.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

Se reitera la doctrina sobre las causas de denegación del asiento de presentación y la posibilidad de plantear recurso gubernativo frente a esta negativa.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe

realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos claramente ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación.

Resolución de 21-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de Torredembarra.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INCIDENTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013.

Se concluye que, de forma excepcional, en ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el incidente de impugnación por abusividad de la propia ejecución será eficaz incluso frente a terceros adquirentes, siempre que estos hayan sido parte en dicho incidente a efectos de tracto sucesivo.

Como ya señalaron las resoluciones de este Centro Directivo de 10 de junio y 27 de septiembre de 2022, la cuestión relativa al control del carácter abusivo de los pactos contenidos en un contrato que ha dado pie a un procedimiento de ejecución y su relación con los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes dictadas en dicho procedimiento, ha sido enormemente controvertida. Así, en su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema: En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber concluido por resolución firme: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual del préstamo hipotecario: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda

hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

El Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de la Sala Primera 414/2015, de 14 de julio, ha afirmado sobre el particular que: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Ahora bien, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, utilizable siempre que no se hubiere entregado la posesión material de la finca al adjudicatario. En consecuencia, en relación al control a instancia de parte en las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, puede concluirse que el mismo se puede producir en cualquier momento del procedimiento, con el límite efectivo del lanzamiento físico de los ocupantes de la vivienda hipotecada, previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aquellos supuestos en los que tenga derecho a plantear el incidente extraordinario de oposición de acuerdo con lo previsto en las citadas disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley 1/2013 en relación con la disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 5/2019. Se trata de una excepción que sí afectaría, por disposición legal expresa, al tercer adquirente de la finca hipotecada, y al que se refirió la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 —Banco Primus—.

En el supuesto objeto de este recurso el procedimiento hipotecario se inició en el año 2011 y el decreto de adjudicación es del año 2015, por lo que el denominado recurso extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas previstas en el apartado cuarto del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y disposición transitoria tercera de Ley 5/2019), incluso con efectos si la finca estuviere inscrita a favor de terceros (si hubieran sido parte en el incidente procesal), sería aplicable pues concurren también las demás circunstancias necesarias para ello: falta de entrega de la posesión de la finca al adquirente, nulidad por abusiva que la cláusula de vencimiento anticipado, y no ejercicio anterior del incidente extraordinario de oposición.

Sin embargo, según consta en los documentos judiciales aportados al expediente y que fueron objeto de la calificación registral recurrida, el citado incidente solo se siguió contra la sociedad ejecutante y extitular registral de la hipoteca, «LSF 7 Silverstone, SARL», pero no contra la entidad adjudicataria y titular registral de la finca, «Propiedades Residenciales, SL», por lo que esta no ha sido parte en el citado incidente extraordinario de oposición, existiendo un problema registral de falta de legitimación y de tracto sucesivo (arts. 20 y 38 LH). Esa circunstancia no

se ve alterada por la aportación en este recurso de un testimonio de diligencias complementarias, que tuvo su origen, precisamente, en la calificación registral negativa, y en la cual se incorporan una diligencia de ordenación por la que se requiere a la entidad adquirente «Propiedades Residenciales, SL» «a fin de manifestar si solicita que se deje sin efecto la adjudicación a su favor y la posterior inscripción», y un escrito, firmado por la representación procesal de dicha sociedad adquirente, interesando «se deje sin efecto la adjudicación a su favor y su posterior inscripción». Esa documentación no puede ser tomada en consideración en este recurso, en base a los dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Resolución 29-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro de la Propiedad de El Campello.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: NOTIFICACIONES.

El registrador ha de comprobar que el notario ha realizado las notificaciones preceptivas previstas en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria dispone así de manera imperativa qué notificaciones debe hacer el notario —y debe comprobar el registrador— en la tramitación de este expediente. Tales notificaciones constituyen un trámite esencial del procedimiento, evitando que se generen situaciones de indefensión y siendo asimismo especialmente importantes si se tiene en cuenta que la inmatriculación por esta vía no produce la suspensión de efectos respecto de terceros durante dos años, a diferencia de lo que ocurre con otros medios inmatriculadores.

Si bien la regla general es la necesidad de que se verifique la notificación a «(…) aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos, al titular catastral (…)» sin distinción de que acredite la procedencia de los bienes mediante documento público o privado, sin embargo, en el concreto supuesto de este expediente, se da la circunstancia de que las personas de quienes procedían los bienes, y titulares catastrales, donaron la finca el mismo día, 27 de enero de 2022, que la fecha de inicio del expediente de inmatriculación notarial, con el número de protocolo, 84, inmediatamente anterior al número de protocolo de inicio del expediente notarial, 85. Todas estas circunstancias conducen a la presunción de que la persona de quien proceden los bienes, padres de quien inicia el expediente notarial de inmatriculación, tenían conocimiento de la iniciación del expediente, por lo que el defecto ha de ser revocado en los términos en que ha sido redactado.

Resolución de 20-12-2022
BOE 7-2-2023
Registro de la Propiedad de San Clemente.

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO: DUDAS SOBRE LA PREVIA INMATRICULACIÓN PARCIAL DE LA FINCA.

El registrador ha de rechazar la inmatriculación conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria si comprueba que la finca a inscribir ocupa parte de otra ya inmatriculada.

El registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

La nota de calificación, ahora recurrida, detalla los motivos por los que la registradora aprecia que el camino que se pretende inmatricular atraviesa la finca registral 1932, existiendo, por tanto, coincidencia de parte de dicha finca registral y pudiendo existir doble inmatriculación, al reconocerlo también el documento presentando a inscripción al señalar que este bien afecta a la finca registral número 1932, ya que se reflejan las parcelas 23, 41 y 93 del polígono 25. En todo caso, el principio registral de legitimación supone que dicho asiento de la finca registral 1932 está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD: ACREDITACIÓN DE DICHAS MEDIDAS.

Se aclara la aplicabilidad al ámbito de la intervención de tutores y curadores de la doctrina del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque se exige que dichas medidas consten previamente inscritas en el Registro Civil.

La cuestión planteada respecto del primero de los defectos impugnados, en lo relativo a la necesidad de aportar la sentencia de incapacitación, debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que resulta de las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, especialmente las de 14 de septiembre de 2004, 17 de enero de 2011 y 1 de junio de 2021, relativas ambas a la reseña por el notario de documentos judiciales acreditativos de la representación alegada por tutores y al juicio de suficiencia sobre las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura calificada. Examinado el título calificado en este caso se observa en el mismo una especialidad consistente en que la reseña se efectúa de un testimonio de un auto judicial, sin que pueda negarse a tal documento el carácter de auténtico. Asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues en la misma se indica el tipo de resolución, el juzgado del que proviene, su fecha y la circunstancia de haberla tenido el notario a la vista. Cabe añadir, además, que en el presente caso no se trata de una calificación de documentos judiciales sino de un documento público notarial en el que se reseñan los datos identificativos de la resolución judicial. También contiene el juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades representativas, expresado conforme a las mencionadas prescripciones legales.

Sentada la necesidad de previa autorización judicial del acto dispositivo (renuncia a la herencia), y dado que la misma se ha producido y ha sido reseñada en la forma expuesta por parte del notario en el título calificado, quien también ha testimoniado en relación la parte dispositiva del auto en que consta la autoriza-

ción, procede analizar si tiene algún fundamento la exigencia (que se contiene en la calificación recurrida) de aportación de dicha resolución judicial. Si conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario (cfr., también, el art. 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, caso de que la resolución recaída fuera —directamente se entiende— inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público) la calificación por los registradores de los documentos judiciales se limita a la competencia del juez o letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro, esto es acotando estricta y perfectamente los extremos que pueden ser sometidos a calificación; si estos —como ocurría en los casos de las referidas resoluciones de este Centro— aparecen perfectamente reseñados en la escritura y están por tanto bajo la fe notarial, no se alcanza a ver qué razón puede existir para introducir una obligación adicional de aportación de la resolución judicial cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen a la titular de la patria potestad rehabilitada, por lo que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial que da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la madre en nombre de su hijo representado.

Lo que ocurre es que en el presente caso la reseña y testimonio en relación del auto de autorización para la renuncia no contienen todas las circunstancias necesarias para estimarlos suficientes. En primer lugar, el notario afirma que la resolución judicial en cuestión autoriza a la madre compareciente para «aceptar» la herencia deferida a favor del hijo incapacitado, no para renunciarla que es lo que se formaliza en la escritura. Además, si bien es cierto que el notario autorizante identifica por juzgado, procedimiento y fecha la referida resolución judicial, no hace transcripción, total o parcial, ni testimonio en relación, de forma que traslade los particulares necesarios para que en su calificación la registradora pueda analizar todos los extremos que prevé el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ni manifiesta la circunstancia de haberla tenido a la vista.

La doctrina posterior de este Centro Directivo en relación con la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. Este criterio general aparece reforzado, además, en casos como el presente en que dicha inscripción en el Registro Civil no solo tiene efectos probatorios y de legitimación (cfr. art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros. Así, en tales casos no se trata solo de «probar» la incapacitación y el nombramiento de representante —curador o titular de patria potestad prorrogada o rehabilitada— del incapacitado, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la

oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el representante legal del incapacitado (o por este con capacidad complementada por aquel) si el nombramiento del representante —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil.

Resolución de 3-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

CENSO ENFITEÚTICO: CANCELACIÓN.

Para proceder a la consolidación de ambos dominios, útil y directo, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo —según doctrina de esta Dirección General, antes expuesta— habrá que proceder, bien a la redención del censo enfitéutico, de conformidad con lo previsto en el artículo 1651 del Código Civil, bien a que se declare la prescripción del capital conforme a lo señalado en el reiterado artículo 1620, prescripción que exigirá, para su adecuado reflejo registral, la resolución judicial oportuna que así lo declare.

En épocas más recientes donde se inicia una tendencia —caso de la legislación especial catalana— a hacer predominar al titular del dominio útil como verdadero propietario y a configurar el censo como un derecho real sobre finca ajena. Sin embargo, todavía hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente. Si bien es cierto, que la Ley 6/1990 de la Generalidad de Cataluña hace la interpretación contraria de la figura del censo enfitéutico, considerando como verdadero dueño al enfiteuta, esta interpretación no puede extenderse al Código Civil, ya que se limita solo a la enfiteusis en Cataluña, no existiendo en el territorio de Derecho común una norma que lleve a esa misma interpretación. Por tanto, en cuanto a esta primera cuestión, cabe concluir que verdadero dueño es el dueño directo y puede por tanto realizar actos dispositivos.

Siendo el titular del dominio directo en derecho común el verdadero propietario de la finca, y el censualista el titular del gravamen, solo este podrá cancelarse por caducidad legal conforme al artículo 210 de la Ley Hipotecaria. Fuera de ello solo procederá la cancelación por redención del derecho conforme al Código Civil.

Del historial registral de la finca 1249, reseñado anteriormente, resulta evidente que en el presente caso no se trata de una mención en sentido técnico, que deba ser objeto de purga en los libros del Registro conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria (o, atendiendo a la fecha de la misma, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria, disposición invocada para cancelar el censo constituido en el año 1887 sobre la finca 1250), sino que, por el contrario, el dominio directo ha sido objeto de inscripción especial y separada, tal y como reflejan las inscripciones 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª y 8.ª, en cada una de las cuales se inscriben las sucesivas transmisiones hereditarias del dominio directo.

El artículo 1620 del Código Civil declara la prescriptibilidad tanto del capital como de las pensiones de los censos, conforme a lo dispuesto en el título XVIII del libro IV del mismo cuerpo legal, resultando de los artículos 1963 y 1970 un plazo de treinta años para la prescripción del derecho al cobro del capital. De consumarse esta prescripción, y dado que carece de sentido la existencia de un censo sin pensión, el censatario o enfiteuta devendrá por mor de tal prescripción en titular del pleno dominio. Ahora bien, tal prescripción deberá estimarse,

conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en la correspondiente resolución judicial.

En consecuencia, para proceder a la consolidación de ambos dominios, útil y directo, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo —según doctrina de esta Dirección General, antes expuesta— habrá que proceder, bien a la redención del censo enfitéutico, de conformidad con lo previsto en el artículo 1651 del Código Civil, bien a que se declare la prescripción del capital conforme a lo señalado en el reiterado artículo 1620, prescripción que exigirá, para su adecuado reflejo registral, la resolución judicial oportuna que así lo declare (cfr. resoluciones de este Centro Directivo de 3 de diciembre de 2015, 8 de septiembre de 2016 y 18 de diciembre de 2017).

Resolución de 9-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Castellón, número 3.

RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: EXPRESIÓN DE CAUSA.

El reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial).

Este Centro Directivo ha insistido en numerosísimas ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de constitución de derechos reales y de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es de naturaleza causal (arts. 609 y 1095 CC), lo que conlleva que el negocio jurídico por el que se pretende dicho efecto debe obedecer a una causa verdadera y lícita; consecuentemente, el mero consentimiento formal no puede provocar una modificación de la titularidad ni, por ende, una modificación registral. Sentado lo anterior, también se ha señalado por esta Dirección General en resolución de 3 de diciembre de 2015 (siguiéndose el mismo criterio por las de 4 de octubre de 2016 y 3 y 27 de abril de 2017) que «es doctrina consolidada de esta Dirección General, que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley.

De acuerdo con la doctrina expuesta, es indudable que cuando la usucapión se declara judicialmente, aun habiéndose allanado una de las partes, no se trata un negocio abstracto ni un mero reconocimiento de dominio, sino de una adquisición con una causa, cual es la prescripción extraordinaria ganada por una de las partes intervinientes. Sin embargo, en el supuesto de este expediente tal declaración judicial no existe, sino que la rectificación se basa en un reconocimiento de dominio que recíprocamente formalizan las partes en la escritura calificada, por lo que, dado su carácter contractual, procede examinar el alcance de la declaración de las partes que alegan como causa de la transmisión dominical la posesión continuada basada en un error de las mismas.

En el presente caso, no se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende. Aun cuando no se ponga en duda la veracidad de lo que en ella declaran los interesados, no implica más que un reconocimiento por parte de ellos del dominio de las fincas respecti-

vas. Dicha declaración de verdad o de voluntad, que no es la cuestión, no puede tener el alcance que pretenden las recurrentes. No puede, por sí sola, servir para rectificar el Registro de la Propiedad por cuanto como ha reiterado este Centro Directivo, el reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial).

Resolución de 9-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA.

El principio de tracto sucesivo impide anotar un embargo acordado en un procedimiento dirigido contra persona distinta del titular registral.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico 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 (art. 20 LH). Este principio está 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. 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.

En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la suspensión de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales en el momento de presentación del mandamiento calificado.

En cuanto a la aleación que realiza la recurrente, relativa al conocimiento por los titulares registrales de la existencia del procedimiento de reclamación de las deudas, lo cual a su juicio implica la ausencia de buena fe, constituye una presunción basada en circunstancias de hecho que excede de la calificación registral y, en cualquier caso, el conocimiento de la deuda y el hecho de adquirir las fincas con las hipotecas que las gravan, no implica que los titulares registrales actuales deban quedar excluidos de las actuaciones judiciales de las que resulta el embargo decretado, por el contrario lo que si se constata es su falta de intervención en él.

Resolución de 9-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Alcira, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INCIDENTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013.

Se concluye que, de forma excepcional, en ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el incidente de impugnación

por abusividad de la propia ejecución será eficaz incluso frente a terceros adquirentes, siempre que estos hayan sido parte en dicho incidente a efectos de tracto sucesivo.

Como ya señalaron las resoluciones de este Centro Directivo de 10 de junio y 27 de septiembre de 2022, la cuestión relativa al control del carácter abusivo de los pactos contenidos en un contrato que ha dado pie a un procedimiento de ejecución y su relación con los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes dictadas en dicho procedimiento, ha sido enormemente controvertida. Así, en su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema: En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber concluido por resolución firme: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual del préstamo hipotecario: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

El Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de la Sala Primera 414/2015, de 14 de julio, ha afirmado sobre el particular que: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Ahora bien, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, utilizable siempre que no se hubiere entregado la posesión material de la finca al adjudicatario. En consecuencia, en relación al control a instancia de parte en las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, puede concluirse que el mismo se puede producir en cualquier momento del procedimiento, con el límite efectivo del lanzamiento físico de los ocupantes de la vivienda hipotecada, previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aquellos supuestos en los que tenga derecho a plantear el incidente extraordinario de oposición de acuerdo con lo previsto en las citadas disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley 1/2013 en relación con la disposición transitoria tercera, apartado 1, de la Ley 5/2019. Se trata de una excepción que sí afectaría, por disposición legal expresa, al tercer adquirente de la finca hipotecada, y al que se refirió la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 —Banco Primus—.

Pero según consta en los documentos judiciales aportados al expediente y calificados, tal recurso extraordinario de oposición ya se interpuso en el año 2016 y no se sobreseyó el procedimiento, por lo que la situación del procedimiento, a los efectos que son objeto de este recurso, se rige por la normativa procesal y de protección de consumidores general. Así lo pone de relieve la propia sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alcira de 31 de enero de 2020 que señala que por la parte prestataria «no se ha promovido como tal el incidente extraordinario de oposición al que alude la parte ejecutante», pero que si procede volver a estudiar los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado a la luz de las nuevas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17, y del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

En el presente supuesto, debe tenerse en cuenta que la indicada finca fue aportada por el Banco de Sabadell a la sociedad «Promontoria Coliseum Real Estate SLU», aportación que fue objeto de la inscripción 14.ª (de fecha 23 de enero de 2020) en virtud de escritura pública otorgada el 20 de diciembre de 2019. Posteriormente, la finca fue vendida a favor del propio ejecutante Banco Sabadell SA, transmisión que causó la inscripción 15.ª (de fecha 11 de febrero de 2021), en virtud de escritura pública de fecha 18 de diciembre de 2020, entidad que sí ha sido parte en los indicados incidentes procesales. La reinscripción de la finca a favor de los recurrentes determinaría, caso de admitirse, la nulidad de la aportación realizada por Banco de Sabadell a «Promontoria Coliseum Real Estate SLU» y de la posterior venta que se realiza por esta entidad a favor, nuevamente, de Banco de Sabadell, procediéndose a la restitución de las recíprocas prestaciones. Todo ello, junto con la determinación de si el Banco de Sabadell es un tercero y de si concurre o no el requisito de la buena fe, a los efectos de valorar si estamos ante un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, escapan de la competencia del registrador en su función de calificación, quedando reservada al ámbito judicial, a lo que debe añadirse que en el mandamiento cancelatorio aportado no se hace expresa mención a la cancelación de estos asientos registrales. En el supuesto del presente expediente, existen asientos posteriores a la inscripción del decreto de adjudicación derivado de la hipoteca ejecutada y otros afectados por la resolución judicial, por lo que el examen de la situación de sus titulares ante la misma compete a la registradora de la propiedad calificante.

En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, relativo a la necesidad de ordenar expresamente la reinscripción de los asientos que fueron cancelados, como consecuencia de la ejecución por ser posteriores a la hipoteca ejecutada, y de que en el mandamiento conste que sus titulares han tenido la debida intervención en el incidente procesal de oposición. Con carácter general sería suficiente para la reinscripción de esos asientos cancelados como consecuencia de una ejecución hipotecaria que el auto judicial que declare el sobreseimiento del procedimiento además de ordenar la cancelación de la inscripción de la adjudicación hipotecaria, ordenare también la cancelación de los asientos cancelatorios que se hubieren practicado en su día.

Sin embargo, sí se estima necesario que el registrador de la propiedad notifique a los últimos titulares registrales de esos asientos revitalizados y, en su caso, a las autoridades judiciales, la operación registral realizada, de forma semejante a como establece el artículo 135 de la Ley Hipotecaria respecto de los asientos ulteriores que pueden afectar a una ejecución. Ahora bien, al igual que las operaciones registrales de inscripción de la adjudicación y cancelación de cargas son operación vinculadas, debe también entenderse que las operaciones registrales de cancelación de los asientos de cancelación de la hipoteca que dio lugar a la ejecución sobreseída y de las cargas posteriores a ella solo podrán llevarse a cabo una vez canceladas las inscripciones de dominio resultante de la adjudicación acordada o de otra posterior, y necesariamente como consecuencia de dicha cancelación de la inscripción de dominio.

Resolución de 10-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

No puede accederse a la rectificación de un asiento registral por la mera solicitud de quien considera que ha sido incorrectamente practicado.

El artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria expresamente determina que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Consecuentemente con este principio básico de la Ley Hipotecaria, el artículo 40.d) de la misma ley determina que «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial».

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 (cfr. arts. 40, 217 y 219 LH).

Resolución de 10-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Torrox.

PARCELACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

No puede accederse a la inscripción de una segregación en suelo susceptible de ser considerado como rústico si incumple el régimen de las unidades mínimas de cultivo y así lo ha declarado además una resolución de la administración agraria.

Respecto al régimen de las unidades mínimas de cultivo de las fincas rústicas, los artículos 24 a 26 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, que constituyen legislación civil de aplicación plena al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución, no definen la condición rústica determinante de su ámbito de aplicación. El vigente artículo 16.2 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, con carácter de norma básica estatal, establece que en el suelo en situación rural no sometido al régimen de una actuación de urbanización, «quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza». Por su parte, el artículo 21.2 señala que está en la situación básica de suelo rural: «[…] b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente». Dependerá de la respectiva legislación autonómica, y en concreto de su regulación del suelo urbanizable, determinar en qué supuestos este debe considerarse sometido al cumplimiento de la normativa agraria sobre unidades mínimas de cultivo.

La escritura se califica bajo la vigencia de la nueva Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía. Puede concluirse que el legislador andaluz diferencia el régimen del suelo urbanizable ordenado o sectorizado que tendrá legalmente el régimen que se establece para la promoción de las actuaciones de transformación urbanística de nueva urbanización, considerando que las mismas se encuentran delimitadas, y el régimen del suelo urbanizable no sectorizado que requerirán para su desarrollo de la aprobación de las correspondientes propuestas de delimitación de actuaciones de transformación urbanística. Por tanto, en el primer caso, nos encontramos ante un suelo en situación básica de suelo rural sometido al régimen de una actuación de urbanización, mientras que en el segundo, el del suelo urbanizable no sectorizado, ante un suelo rural en el que no pueden efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria.

En el presente expediente consta acreditado que nos encontramos ante un suelo clasificado como urbanizable sectorizado no ordenado. Acreditada la clasificación de suelo urbanizable sectorizado respecto a las fincas objeto de segregación, como ocurre en el presente expediente, podría argumentarse el considerar inaplicable la normativa agraria por considerarse sometido al régimen de una actuación de urbanización. Sin embargo, la actual legislación andaluza —cfr. artículo 20.a) sobre «actuaciones en suelo rústico»— no concreta, dentro de la clasificación de suelo rústico, en qué supuestos nos encontramos

ante una parcelación de tipo rústico a la que resulta aplicable la normativa agraria de forma diferenciada a la parcelación propiamente urbanística — artículo 91—, como realiza, por ejemplo, la legislación madrileña —cfr. artículo 144 de la Ley 9/2001— dentro del marco permitido por la legislación básica estatal, al referirse expresamente al suelo urbanizable no sectorizado, en que no se haya aprobado definitivamente el plan de sectorización, respecto al cual debe respetarse aquella normativa o la legislación valenciana respecto al suelo urbanizable no programado —cfr. artículo 226 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio—. A esto se añade que en el presente expediente consta una resolución de la Administración agraria competente que declara la nulidad de las segregaciones, hecho que no puede ser desconocido en la calificación, como señala el registrador.

La posibilidad de realizar dicha segregación solo podría producirse por un cambio en la normativa urbanística del municipio que recalificase la finca, por proceder los compradores a edificar en la misma destinándola a uso industrial u otro de carácter no agrario en las condiciones y demás supuestos que permitirían aplicar las excepciones contempladas en el artículo 25 de la Ley 19/1995. Desde el punto de vista registral, como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado —*vid.* resolución de 10 de enero de 2017—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurren o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo *(vid.* resoluciones de 10 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesaridad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia.

Resolución de 10-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Ponteareas.

DOBLE INMATRICULACIÓN: INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

No cabe iniciar el procedimiento de doble inmatriculación por medio de una instancia privada suscrita por el titular de una finca colindante a la inmatriculada previamente

Con carácter previo, debe recordarse que la notificación de los titulares colindantes, cuando el proceso de inmatriculación se realice por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, es una notificación posterior a la práctica de la primera inscripción del dominio, a través de la cual se inmatricula la finca. Dicha notificación tiene por objeto comunicar a los titulares de fincas colindantes la inmatriculación de las fincas, para que tengan conocimiento de ella y en caso de que les afecte puedan ejercitar las acciones correspondientes para la defensa de su derecho. Pero, una vez practicada la inmatriculación, es de plena aplicación el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, por lo que los asientos, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Entrando en el fondo del asunto, la primera de las cuestiones a tratar es la de si puede lograrse la práctica del asiento solicitado mediante la instancia privada suscrita por el colindante notificado una vez inmatriculada la finca. La respuesta es evidentemente negativa, pues el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige titulación pública para la práctica de cualquier asiento, salvo en los excepcionales supuestos, taxativamente determinados por la Ley, en los que puede admitirse la solicitud por documento privado.

Con arreglo al artículo 209 de la Ley Hipotecaria, el colindante notificado carece de legitimación para solicitar que conste en el Registro la existencia de una doble inmatriculación, por no ser titular registral de la finca doblemente inmatriculada.

Resolución de 10-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: REGLA GENERAL DE TRAMITACIÓN AUN CUANDO EXISTAN DUDAS INICIALES SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La existencia de dudas iniciales sobre la identidad de la finca, salvo que estas sean absolutamente concluyentes, no debe impedir la tramitación del procedimiento del artículo 199.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) *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 la 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. En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en todo caso será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

Por esta Dirección General se ha afirmado que por la existencia de una previa operación de modificación de entidades hipotecarias no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria inscrita (cfr. resoluciones de 29 de septiembre y 26 de octubre de 2017).

Esta Dirección General tiene proclamado que solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que genera su tramitación. Pero no siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas

las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

Resolución de 11-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Novelda.

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR.

La partición realizada por el contador partidor es inscribible sin necesidad de la intervención de los herederos y legitimarios, siempre que no exceda en su actuación los límites de lo meramente particional. Consecuentemente, no podrá acordar la conmutación del legado de usufructo hecho al viudo por la adjudicación de bienes en pleno dominio.

Es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se ciñen a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo, realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del cónyuge viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal. También es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. art. 1061 CC), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. Sí podrá el albacea contador-partidor liquidar los gananciales junto con el cónyuge viudo, o realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición, o incluso pagar excesos de adjudicación. También cabe incluir entre sus funciones la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados objetivamente, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

La partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición.

En cuanto a la adjudicación a la viuda por su legado de usufructo vidual, se capitaliza en diversos bienes del inventario en plena propiedad y algunas deudas del pasivo a los efectos de compensación del valor de los bienes del activo adjudicados, lo que excede de las funciones del contador-partidor dado que se trata de un legado específico de un usufructo y es mutado en una propiedad, por lo que, en cuanto a esto, se hace preciso el consentimiento de la adjudicataria. Por tanto, en este último punto se debe desestimar el recurso.

En cuanto a las alegaciones del recurrente relativas a la existencia de una resolución judicial que declara la aceptación de la herencia, debe tenerse en cuenta que una cosa es la aceptación de herencia y otra distinta la aceptación

de la partición, sin que una conlleve la otra, lo que resulta con claridad del auto reflejado en los hechos.

Resolución de 11-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL OTORGANTE DEL TÍTULO QUE SE PRETENDE INSCRIBIR.

Para inscribir un arrendamiento otorgado por la esposa que aparece como titular con carácter ganancial de la finca, es preciso que antes se inscriba la previa liquidación de gananciales y herencia que la reconozca como titular registral con facultad para el otorgamiento del acto.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Deberá inscribirse la partición hereditaria del causante, de la que resulte que a la arrendadora se le adjudica la finca en proporción que constituya la mayoría de intereses en la comunidad, pues podría ocurrir que en la partición y liquidación de gananciales resultara otro tipo de adjudicación que concediera a otros llamados la mayor parte de los derechos sobre el inmueble. En la escritura se realizan manifestaciones sobre este punto hechas por la arrendadora que no pueden por sí solas causar la inscripción del título que conceda esa mayoría de derechos en el Registro. En el presente caso, según resulta del historial registral de la finca, esta consta inscrita a nombre de la arrendadora y de su esposo con carácter ganancial y, en consecuencia, la primera no ostenta titularidad registral que represente la mayoría de los intereses sobre la finca referida, si bien se manifiesta el título sucesorio que podría causar la adjudicación a su favor, pero no se ha acreditado esa adjudicación.

Resolución de 12-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para inscribir una segregación amparada por una licencia obtenida por silencia administrativo es preciso aportar la resolución administrativa que declare que dicha licencia no sería contraria a la ordenación urbanística.

Pasando a examinar el objeto de este expediente, desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de

1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce en agosto de 2021 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Esta norma en su artículo 172 señalaba, al regular el procedimiento de concesión de licencias urbanísticas, que «la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada» —cfr. regla quinta—. La vigente Ley 7/2021, por su parte, viene a establecer una regulación similar, pero haciendo expresa referencia a la normativa estatal de aplicación básica. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Desde el punto de vista registral, puede decirse que la acreditación de la licencia como acto presunto presenta cierta dificultad, debida a la compleja prueba del hecho negativo. Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante —artículo 33 de la Ley Hipotecaria— y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Resolución de 12-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para inscribir una segregación amparada por una licencia obtenida por silencia administrativo es preciso aportar la resolución administrativa que declare que dicha licencia no sería contraria a la ordenación urbanística.

Pasando a examinar el objeto de este expediente, desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce

en agosto de 2021 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Esta norma en su artículo 172 señalaba, al regular el procedimiento de concesión de licencias urbanísticas, que «la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada» —cfr. regla quinta—. La vigente Ley 7/2021, por su parte, viene a establecer una regulación similar, pero haciendo expresa referencia a la normativa estatal de aplicación básica. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Desde el punto de vista registral, puede decirse que la acreditación de la licencia como acto presunto presenta cierta dificultad, debida a la compleja prueba del hecho negativo. Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante —artículo 33 de la Ley Hipotecaria— y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Resolución de 12-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

HERENCIA: HERENCIA DE EXTRANJERO FALLECIDO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES.

Para inscribir una escritura de herencia de un extranjero fallecido antes de la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones es preciso aportar el acta de herederos, si no se han reflejado el extracto de los datos precisos. También ha de consignarse el NIF de todos los intervinientes y no solo del adjudicatario. La escritura otorgada fuera de España ha de cumplir con el principio de equivalencia con el documento notarial español, siendo imprescindible el correspondiente juicio de capacidad.

Debe tenerse en cuenta que la causante falleció antes de la aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, por lo que es de aplicación el artículo 9.8 del Código Civil, que conduce a la ley de la nacionalidad de la causante en el momento del fallecimiento, en este caso la francesa. No obstante, es indudable que los requisitos y práctica de los asientos, como el conjunto de la actividad registral, es compe-

tencia exclusiva del Estado en el que radique el Registro. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., entre otras, la resolución de 6 de marzo de 2020), el procedimiento registral es competencia exclusiva de la ley española, cuyas normas son de aplicación preferente, según establece la letra f) de la disposición adicional primera de la Ley 29/2015, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en dicha ley.

Hechas estas consideraciones previas, debe confirmarse el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, relativo a la acreditación del número de identificación de extranjero de todos los intervinientes en la partición. En el presente caso solo se adjudica un bien inscribible en el Registro al cónyuge viudo, mientras que las dos herederas no reciben ningún bien en España. Una interpretación lógica y finalista del artículo 254 de la Ley Hipotecaria —evitar el fraude que pueda afectar a los bienes inmuebles y a sus rentas, controlando el verdadero titular de los mismos— conduciría a la interpretación restrictiva del precepto, según la cual la información fiscal exigible se limita a quien acepte una sucesión en España de bienes objeto de inscripción, careciendo de sentido la importante carga adicional de la obtención de número de identidad de extranjero a quien nada adquiere en España, siempre que quede acreditado el flujo de pagos en el documento calificado. Sin embargo, la resolución de 15 de octubre de 2015, afirmó que: «La obligación de consignación del NIE no está limitada al hecho de adquirir o transmitir un bien inmueble, sino que se extiende a todos los supuestos de participación en una relación jurídica con trascendencia tributaria lo que evidentemente ocurre en el presente supuesto. Si el legislador hubiera querido limitar tal obligación, al menos en el ámbito del Registro de la Propiedad, a los supuestos de transmisión o adquisición de derechos sobre bienes inmuebles lo hubiera hecho así dando al artículo 254 de la Ley Hipotecaria una redacción distinta de la que figura en los demás textos legales citados como sería el caso de los notarios cuyo campo de actuación no está limitado al ámbito inmobiliario».

También debe confirmarse el segundo de los defectos invocados por el registrador, relativo a la aportación del acta de notoriedad de declaración de herederos que el notario autorizante de la escritura calificada se limita a reseñar con la indicación de su fecha y notario autorizante de ella. En el presente caso no se ha aportado ni se ha testimoniado suficientemente el acta de declaración de herederos.

Los documentos públicos notariales extranjeros podrán ser inscritos en los registros de la propiedad españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que dicho notario extranjero haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan los notarios españoles y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. Esa equivalencia ha de suponer que el documento refleja adecuadamente los juicios de identificación, capacidad y, en su caso, suficiencia de la representación de los otorgantes. No es exigible sin embargo que tales juicios se realicen en idéntica forma a la exigida para el documento español, siendo suficiente una certificación o declaración notarial o la observancia de cualquier otra forma que según la ley extranjera aplicable sea equivalente. En el presente caso, la escritura calificada no contiene juicio explicito sobre la capacidad de los otorgantes ni la acreditación, según el citado artículo 36 del Reglamento Hipotecario, del cumplimiento de los requisitos que permitan concluir que existe esa equivalencia funcional. Por ello, este defecto también debe ser confirmado.

Resolución de 13-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: CANCELACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN TRAS LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE UNA TERCERÍA DE DOMINIO.

Se considera suficiente, a efectos del principio de tracto sucesivo, con la intervención del titular registral de la finca en el expediente administrativo seguido para anular la adjudicación en procedimiento de apremio administrativo a consecuencia de una resolución judicial que estima una tercería de dominio.

Inscrita la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio a favor del adjudicatario, se dicta sentencia firme en recurso contencioso-administrativo interpuesto por este contra la resolución del Organismo Autónomo de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación de Cáceres por la que deja sin efecto la adjudicación, dictada a su vez como consecuencia de sentencia firme en procedimiento de tercería de dominio.

Este Centro Directivo, en el caso concreto planteado, entiende que se cumple el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, en la medida que el titular registral cuya inscripción de adjudicación se declara nulo en procedimiento administrativo, ha tenido suficientes garantías para la defensa de sus derechos, al haber sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo por él mismo interpuesto frente a la resolución administrativa, que en cumplimiento de las sentencias de tercería de dominio interpuestas, declaró la nulidad de la ejecución que motivó la inscripción a su favor.

No se trata de inscribir el dominio derivado de una tercería de dominio, sino de cancelar la adjudicación producida en un procedimiento administrativo que ha sido objeto de revisión por la propia Administración como consecuencia de sentencia firme de tercería de dominio, siendo también firme la resolución administrativa que declara la nulidad de la adjudicación al haberse desestimado en contencioso-administrativo los recursos interpuestos por el titular registral.

Resolución de 13-1-2023
BOE 9-2-2023
Registro de la Propiedad de Moncada, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se consideran justificadas las dudas alegadas por la registradora en base a las alegaciones del colindante.

En el caso que ahora nos ocupa resultan plenamente fundadas las dudas de la registradora, por la complejidad, incertidumbre e imprecisiones gráficas de la documentación aportada para su calificación, y por constar oposición expresa de titulares de fincas registrales colindantes que además no han sido parte en el acuerdo homologado que se cita, si bien todo ello con la salvedad de que en el presente caso, al ser la finca objeto del expediente titularidad de un ente perteneciente al Sector Público, y en concreto a un organismo público

vinculado a la Administración General del Estado o dependiente de la misma, debería procederse a su deslinde georreferenciado de conformidad con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (véanse los artículos 2 y 50 y siguientes) y demás normativa específica aplicable, a la que por otra parte remite el último párrafo del artículo 200 de la propia Ley Hipotecaria.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Arona.

FE DE CONOCIMIENTO NOTARIAL: PERMISO DE CONDUCIR.

Se admite como medio supletorio de identificación ante el notario el permiso de conducir.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo reiteradamente, en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 de la Ley del Notariado). El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al notario queda amparado por una presunción legal solo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al notario.

En definitiva, los documentos de identificación tienen que ser oficiales, originales y de ese fin identificatorio, fundamentalmente el documento nacional de identidad y los pasaportes, pero caben como supletorios aquellos que cumplan los mismos requisitos, como en el supuesto presente el permiso de conducción, que contiene fotografía incorporada y firma.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIRENTE.

Si del decreto de adjudicación resulta que la finca rústica ejecutada está arrendada, hay que acreditar la notificación al arrendatario. También ha de expresarse el domicilio del adquirente.

El artículo 11.1 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en la redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, dispone que la escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si esta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el presente caso consta en el mismo testimonio del decreto de adjudicación que la finca está arrendada a las personas que se indican. Por ello, debe acreditarse que se ha notificado de forma fehaciente a los arrendatarios para que puedan, en su caso, ejercer el derecho de retracto que les concede, sin que a esta conclusión pueda oponerse la manifestación del recurrente sobre el carácter ficticio o simulado de dicho

arrendamiento, circunstancia esta sobre la que puede decidirse en reducido marco de este expediente de recurso.

En relación con el segundo defecto expresado por la registradora, relativo a la indicación del domicilio del adquirente, el artículo 21 de la Ley Hipotecaria determina que los títulos en cuya virtud se solicita la inscripción deben contener todas las circunstancias necesarias para la práctica de la misma. Por tanto, deben constar las circunstancias personales de la persona a cuyo favor deba practicarse la inscripción, es decir, las recogidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, entre las cuales se encuentra «el domicilio con las circunstancias que lo concreten» —cfr. artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario—. En el presente caso, debe confirmarse el defecto, dada la indeterminación del domicilio del adjudicatario, si bien podrá ser objeto de determinación por instancia privada.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE MENORES SUJETOS A DERECHO ALEMÁN: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Si el registrador no opone otros impedimentos en su calificación, ha de admitirse el juicio de suficiencia realizado por el notario.

Ciertamente, como indica el registrador, la capacidad y representación legal de los compradores menores de edad se rige por la ley alemana (cfr. arts. 9.4 y 10.11 CC). Pero, al intervenir en el otorgamiento de la escritura calificada dichos menores representados por un apoderado, debe determinarse si del documento representativo resulta que dicha ley ha sido cumplida, algo que el registrador puede calificar con los medios legalmente establecidos para ello: por lo que resulte del documento presentado y del contenido del Registro en el momento de su presentación (art. 18 LH, que se ha interpretado por este Centro Directivo atendiendo a su espíritu y finalidad para admitir el acceso por el registrador al contenido de otros registros públicos, algo que constituye, en determinados casos, no solo una potestad sino una obligación del registrador —*vid.*, entre otras, la resolución de 13 de septiembre de 2017—), y todo ello dentro de los límites establecidos en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Así, frente a la objeción expresada por el registrador (en esencia, que no interviene, por sí o debidamente representada, la madre de los menores adquirentes ni se hace referencia alguna a su fallecimiento o a causa alguna que atribuya el ejercicio de la patria potestad en exclusiva al progenitor interviniente) debe tenerse en cuenta que, según el testimonio de la escritura autorizada por el notario alemán, el apoderamiento es también otorgado por la tutora de la madre y dicho notario da fe de la capacidad de todos los comparecientes, sin que el registrador haya opuesto objeción alguna a tal valoración sobre la aptitud y capacidad legal para el acto escriturado según la ley alemana aplicable, ni —en los términos permitidos por el artículo 98 de la Ley 24/2001— al juicio de suficiencia de las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura de compraventa calificada.

Resolución de 16-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 DEL RD 1093/1997.

Lo que procede en el presente supuesto es iniciar la vía del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 y, en su caso, la prevista en el artículo 80 del mismo, al no tratarse de un supuesto sujeto expresamente a licencia y tener por objeto un derecho inscrito, siendo aquel cauce procedimental el oportuno para que la Administración competente dicte la resolución que proceda, una vez analizados los presupuestos de hecho del terreno en cuestión.

Como ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. resoluciones de 10 de septiembre de 2015, 12 de julio de 2016 y 6 de septiembre y 12 de diciembre de 2017), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico. De manera que la exigencia de licencia, declaración de innecesaridad u otro tipo de título administrativo habilitante, para inscribir las operaciones a que se refieren los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico.

Puede concluirse que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesaridad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; más, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, o en general un derecho inscrito, amparado por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

En efecto, en el presente supuesto lo que es objeto de cesión es un derecho inscrito que comporta para sus titulares la facultad de establecer uno o varios puestos de observación naturalista dentro de una línea poligonal cerrada concreta correspondiente al respectivo módulo. Asimismo, como refleja la descripción

registral «los módulos, términos que solo pretende identificar la ubicación de los puestos de observación, no suponen segregación», es decir aparentemente no se pretende el fraccionamiento del terreno con objeto de su explotación económica exclusiva y excluyente de forma análoga a la división o segregación, sino delimitar y concretar las porciones de terreno en los que los respectivos titulares de los derechos pueden ubicar sus respectivos puestos de observación naturalista.

Por ello a juicio de esta Dirección General lo que procede en el presente supuesto es iniciar la vía del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 y, en su caso, la prevista en el artículo 80 del mismo, al no tratarse de un supuesto sujeto expresamente a licencia y tener por objeto un derecho inscrito, siendo aquel cauce procedimental el oportuno para que la Administración competente dicte la resolución que proceda, una vez analizados los presupuestos de hecho del terreno en cuestión.

Resolución de 17-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 17.

NOTA DE AFECCIÓN FISCAL POR EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE NO RESIDENTES: CANCELACIÓN.

La nota de afección prevista en la regulación del Impuesto sobre la Renta de no Residentes se cancelará, entre otros medios, mediante la presentación de la carta de pago de la deuda, que es lo que precisamente sucede en este caso (si bien siempre que se aporte el original de las cartas de pago, como más tarde se precisará).

En los supuestos de afección de los bienes transmitidos al pago de los impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones antes mencionados, se trata de garantizar situaciones caracterizadas por su provisionalidad, derivadas del hecho de alegar la exención o reducción del impuesto cuando deben cumplirse determinados requisitos ulteriores exigidos para su concesión, de haberse producido la desmembración del dominio, que dará lugar a su posterior y eventual consolidación del mismo, o de la autoliquidación del impuesto o la liquidación provisional del mismo, sujetas por tanto a una posible revisión posterior que podría dar lugar al giro de una liquidación complementaria definitiva. Por ello, como establecen las leyes reguladoras de dichos impuestos (arts. 122.4 y 100.4 de sus respectivos reglamentos), y como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 15 de noviembre de 2018, 21 de enero de 2020 y 19 de abril de 2022), para proceder a la cancelación de dicha nota sería necesario, bien que se acredite el pago del impuesto con carácter firme o el transcurso del plazo de caducidad de dicha nota, bien que medie consentimiento de la Hacienda Pública que es el titular registral o resolución judicial firme que ordene dicha cancelación (cfr. arts. 1, 40 y 82 LH).

En cambio, el supuesto previsto en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de no residentes se caracteriza por exigir un requisito objetivo y determinado: el adquirente está obligado a retener e ingresar el 3%, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente al transmitente obligado a su pago. Por este motivo, el artículo 14.5 «in fine» del Reglamento del impuesto

sobre la renta de no residentes, aprobado por Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, establece que la nota de afección en garantía de su pago practicada sobre el inmueble transmitido se cancelará, entre otros medios, mediante la presentación de la carta de pago de la deuda, que es lo que precisamente sucede en este caso (si bien siempre que se aporte el original de las cartas de pago, como más tarde se precisará).

Señala también la registradora en su nota de calificación como defecto que impide la cancelación solicitada que no es admisible la fotocopia como título apto para practicar operación registral, sino que han de presentarse los títulos originales o auténticos, pues en este supuesto se han aportado fotocopias de los resguardos de ingreso (modelos 211 de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria) de las cantidades retenidas en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes. En este único punto ha de confirmarse la nota de calificación de la registradora.

Resolución de 17-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 1.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No se accederá a inscribir la base gráfica de una finca si de las alegaciones de los colindantes resultan dudas 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 la 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. Este método, por tanto, solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso—inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso, o defecto, de cabida declarado.

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. arts. 9, 199 y 201 LH). 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, es claro que la finca registral de quien formula oposición no tiene previamente inscrita su georreferenciación, ni es el titular de la franja de

terreno invadida, por lo que no cabe aplicar aquí el primer inciso relativo a que «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». Pero, alega la existencia de una zona de terreno que pertenece a la urbanización, cuya existencia deriva del asiento registral de la finca, alegación que puede ser utilizada por el registrador para fundamentar objetivamente las dudas en la identidad de la finca, si se accede a modificar su descripción.

Resolución de 17-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Se recuerda la necesidad de, según las circunstancias, exigir la previa inscripción de la base gráfica de la finca para hacer constar las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación al declarar el fin de obra, aunque este sea parcial.

La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique».

La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella.

Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca (…).

Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

No estamos ante un supuesto de edificio en construcción, como alega el recurrente, sino de edificio terminado hace más de quince años. El hecho de que el interesado solo pida la constancia registral de la terminación respecto de determinados elementos privativos no altera la conclusión anterior.

Resolución de 18-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN DE LA PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC.

Se recuerda la aplicabilidad de la regla octava del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria para acceder a la cancelación por caducidad de las anotaciones de embargo prorrogadas antes de la entrada en vigor de la LEC.

De los antecedentes facticos 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 el interesado 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. Debe concluirse que no procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo conforme a lo dispuesto en la regla octava del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria al datar el último asiento relativo a la reclamación del año 2010.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de una nota marginal ya practicada, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 LH).

Resolución de 18-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Pina de Ebro.

DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD ARAGONÉS: MENCIÓN A LOS DATOS DE IDENTIDAD DEL CÓNYUGE DEL DISPONENTE.

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.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al

consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En este caso, el defecto señalado en la nota de calificación ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico-matrimonial, y en este punto se produce el debate: la registradora entiende que, al estar la vendedora aforada a derecho aragonés y su anterior matrimonio sometido al régimen consorcial foral de Aragón, debe acreditarse el fallecimiento del cónyuge a los efectos de determinar que no actúa el derecho expectante; el notario recurrente entiende que no es preciso rectificar los datos registrales relativos al estado civil, sino que esto procede solo cuando la titularidad previamente inscrita resulta afectada.

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 vidual, que podría ser cónyuge de otras nupcias o no existir por separación o divorcio. En consecuencia, en el momento de la adquisición por herencia 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. Así, el momento de su eficacia será el de la disposición del bien, a diferencia del usufructo de viudedad, que es el de la apertura de la sucesión del primer cónyuge causante. Y ese momento de la disposición del bien determina quién sea el titular del derecho expectante, que, como antes, puede haber cambiado por separación o divorcio o ulteriores nupcias. Por tanto, tampoco tiene trascendencia quién sea el cónyuge en el momento de la adquisición por herencia ni su régimen económico matrimonial, pues como se ha dicho, podría ser otro el titular del derecho expectante al tiempo de su ejercicio (…) 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.

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. 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 (…).

Resolución de 18-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 23.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

Se analizan la naturaleza y el alcance e inscribibilidad de determinadas estipulaciones de esta modalidad de hipoteca de máximo.

Entre las características del préstamo destaca que una vez amortizado todo el capital se da por concluida la operación sin posibilidad de acceder a más dinero, salvo que se formalice una ampliación del capital. Su garantía hipotecaria se materializa a través de la denominada hipoteca ordinaria o de tráfico. Por su parte, el crédito, en términos generales, es una forma de financiación más flexible que el préstamo, en virtud de la que el acreedor se compromete a poner a disposición del solicitante o deudor una cantidad de dinero durante un plazo determinado, que este podrá utilizar en función de sus necesidades, totalmente, de forma parcial, o no disponer de nada. Entre las características del crédito destacan que solo se pagan intereses por la cantidad realmente utilizada, y que a medida que se amortiza el dinero utilizado, se puede seguir disponiendo de él otra vez, siempre que no se supere el límite fijado. Son tres los tipos de hipotecas principales admitidos en nuestro derecho con dicha finalidad, todas de máximo: las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH y 238 RH); las constituidas en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito y otros supuestos asimilados (art. 153 LH); y las hipotecas globales y/o flotantes (art. 153 bis LH).

En concreto, en el supuesto objeto de este recurso, las características fundamentales de la obligación garantizada, que se infiere de las cláusulas transcritas en el fundamento de derecho segundo, son las siguientes: concesión de un crédito, por una sociedad que no tiene el carácter de entidad crediticia oficial, sin entrega presente más que de una pequeña parte del capital y disposición del resto del mismo sujeta al cumplimiento de ciertas reglas, mediante pago directo del acreedor a un tercero —empresa constructora— designado por el deudor, con existencia de la facultad de efectuar reembolsos anticipados parciales, y sin que las cantidades amortizadas puedan ser objeto de nueva disposición. No se pacta ni se regula la apertura de una cuenta corriente a favor de la parte financiada, ni se establece expresamente que la obligación garantizada sea el saldo líquido de una cuenta corriente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, debemos descartar que la obligación garantizada con la hipoteca objeto de este recurso pueda calificarse de préstamo, como hace la registradora calificante. También se debe descartar que la obligación garantizada sea el saldo de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. En consecuencia, se considera que la obligación garantizada es la resultante de un contrato de apertura de crédito simple pues, al margen que excepcionalmente se permitan reembolsos anticipados parciales, el resto de las estipulaciones y terminología utilizada se ajusta a la configuración legal de este tipo de contrato. Así, el contrato queda perfeccionado y eficaz desde su otorgamiento, y las entregas de dinero sucesivas en favor del deudor son meros actos de ejecución del crédito. No procede exigir aclaración complementaria alguna en este sentido, por lo que el primer defecto de la nota de calificación recurrida debe ser revocado, al no haberse pactado un préstamo sujeto a condición suspensiva.

En el supuesto objeto de este recurso, al fijarse la responsabilidad hipotecaria por principal se dispone que la hipoteca cubrirá «el total del principal, que asciende a la cantidad 282 500 euros»; términos que, independientemente de su mejorable redacción técnica, no se consideran incompatibles con la constitución de una hipoteca de máximo o seguridad, pues la expresión utilizada «total», tanto puede entenderse referida a que se garantiza todo el crédito concedido y no solo parte él, lo que sería superfluo, como a que se está garantizando el crédito conferido hasta su cifra total o máxima posible, y así se remarca. En consecuencia, este segundo defecto de la nota de calificación, tal y como se ha formulado, también debe ser revocado.

Como se ha expuesto anteriormente, la garantía hipotecaria de este tipo de obligaciones se encuadra dentro del marco amplio de las hipotecas de seguridad en garantía de obligaciones futuras, regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, en vez de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes que regula el citado artículo 153 de dicha ley, por lo que no es hábil, para que pueda utilizarse el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria, la certificación de la parte acreedora del saldo líquido de una cuenta corriente. Esta clase de hipotecas en garantía de obligación futura del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, aunque ya constituyen un derecho real existente, pueden quedar afectadas en cuanto a sus vicisitudes y desenvolvimiento por la existencia y cuantía de las obligaciones futuras derivadas del contrato o relación jurídica básica que garantizan.

La nota marginal a que se refieren los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario es un sustitutivo de las certificaciones del saldo de la cuenta a que se refieren los artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, lo que confirma la autonomía de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras respecto a dichas otras clases de hipotecas de máximo. Sin perjuicio de poder pactarse, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, un procedimiento especial y detallado de cómo acreditar el nacimiento de la obligación y practicar la citada nota marginal (procedimiento que debe estar fundado en documentos que lleven aparejada ejecución conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el mismo no es necesario pues, en su defecto, se aplicará supletoriamente el sistema recogido en el citado artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la posibilidad de utilizar el procedimiento de venta extrajudicial para la ejecución de las hipotecas de seguridad, como ha reiterado este Centro Directivo en diversas resoluciones, como las de 22 y 24 de abril de febrero de 2019, tratándose la obligación garantizada de una cuenta de crédito abierto (a la que deben asimilarse las demás hipotecas de máximo), para la inscripción del pacto de venta extrajudicial es necesario que se prevea expresamente en la escritura de constitución la forma de determinar registralmente la deuda antes de intentar su utilización. En conclusión, es preciso que las partes interesadas preestablezcan en el contrato de crédito hipotecario, un sistema de determinación del importe definitivo de la cantidad adeudada, adecuado, seguro y ajustado a los principios hipotecarios, para la debida constatación registral del nacimiento de la obligación asegurada y su concreta cuantía, sistema que, como se ha indicado, debe estar fundado en documentos que lleven aparejada ejecución (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, tratándose, como es el caso, de hipotecas de máximo, debe rechazarse la inscripción de la cláusula de venta extrajudicial si no contiene un sistema de determinación de la cuantía exigible y su constancia registral antes de la ejecución, por lo que se confirma en cuanto a este defecto la nota de calificación. No obstante, será posible prac-

ticar la inscripción parcial de la hipoteca sin esta cláusula, si media solicitud expresa de las partes.

Respecto del defecto cuarto, la cláusula primera, apartado 6.1.3, dispone que: «(…) Asimismo, deberá depositarse en el mismo acto de la compraventa, en concepto de amortización, en la cuenta titularidad de la entidad acreedora en ING Luxemburgo SA la cantidad resultante según el saldo deudor existente hasta la fecha de la venta», por lo que debe analizarse si esta cláusula tiene el carácter de abusiva y si constituye o no una prohibición de disponer. Debe señalarse que las cláusulas por las que se prohíbe al deudor disponer de la finca hipotecada si no consta el expreso consentimiento del acreedor no son inscribibles, por contravenir la norma imperativa recogida en los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y resultar contrarias al principio de libertad de contratación, a la libre circulación, uso y disfrute de los bienes y al crédito territorial (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y resoluciones de 8 de junio y 16 de agosto de 2018, entre otras). Ahora bien, con el pacto antes transcrito no se está estableciendo, ni siquiera de modo indirecto, una prohibición de disponer. Además, este pacto el reembolso anticipado del préstamo si se produce la venta de la finca hipotecada, ha sido admitido por esta Dirección General, si se expresa en términos semejantes a los transcritos, en determinados supuestos como los recogidos en las resoluciones de 21 de enero de 2007 y 28 de abril de 2015, ambos de carácter empresarial, porque, como señala acertadamente el recurrente, la venta de los activos hipotecados por una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, la sitúan en una posición de debilidad financiera, con el inherente riesgo que ello entraña de cara a la devolución de la cantidad prestada o concedida por la acreedora, que justifica, en este ámbito en que no opera la protección de consumidores, que la sociedad acreedora busque protegerse ante tal eventualidad mediante este pacto de amortización anticipada obligatoria.

Resolución de 19-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Picassent, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: INCLUSIÓN DE DATOS SOBRE EL PRECIO.

Se reitera la doctrina sobre los casos en que puede incluirse en la publicidad formal información sobre el precio de la última transacción de la finca.

Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final. En nuestro caso, el abogado se identifica con su número de colegiado y facilita los datos de facturación de la titular registral colindante de la finca sobre la que solicita la certificación por lo que queda suficientemente acreditado por cuenta de quien actúa.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas es preciso analizar en qué supuestos está permitido consignar el precio de venta de una transmisión de conformidad con la legislación hipotecaria y la reguladora de la de protección de

datos de carácter personal. Aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto.

Serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

En el caso planteado no se expresa en la solicitud qué tipo de servidumbre de paso se pretende demandar, pero aun cuando fuera permanente la indemnización vendrá determinada por el valor del terreno que se ocupe (no por la parte proporcional del precio) y el importe de los daños y perjuicios que se causen en el predio sirviente. Por tanto, el precio exacto de venta de la finca en la transacción inmediatamente anterior a la solicitud no será concluyente para determinar la indemnización de la servidumbre. Por otro lado, los valores de referencia se encuentran publicados anualmente en la Sede Electrónica del Catastro, de conformidad con su normativa reguladora, sin perjuicio de poder acudir a una tasación especializada.

Resolución de 23-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Antequera.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DEL CRÉDITO ASEGURADO.

El crédito pendiente garantizado con condición resolutoria es transmisible *mortis causa* e inscribible.

Hay dos condiciones resolutorias: la primera, a favor de don I. G. T. en garantía del precio aplazado de la compraventa de fecha 2 de noviembre de 2001; la segunda, a favor de don M. T. M. en garantía del precio aplazado de la compraventa de fecha 10 de octubre de 2003; la segunda condición resolutoria —inscripción 6.ª— es cancelada mediante escritura de fecha 10 de noviembre de 2003, en la que don M. V. M. da carta de pago a favor de «Fadesa Inmobiliaria, S.A.» y cancela la condición resolutoria que garantizaba el precio aplazado que satisface «Fadesa Inmobiliaria, S.A.», sin hacer alusión ni mención alguna a la condición resolutoria anterior. En consecuencia, con estos parámetros, se mantiene en vigor

la primera condición resolutoria, de manera que el crédito garantizado con ella puede ser objeto de transmisión *mortis causa* y, por tanto, inscrito.

Resolución de 23-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal. Basta con manifestar que no le consta la realización de este tipo de actividades.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie

que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común), como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avalaría su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo 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 (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

Tanto el registrador como el notario están de acuerdo en la aplicabilidad del referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 a la presente transmisión; y lo que se discute es si dicha norma queda cumplida con la concreta expresión empleada en la escritura calificada, al manifestar el transmitente, de conformidad con dicho artículo, «que sobre la finca transmitida no le consta que se haya realizado ninguna actividad potencialmente contaminante del suelo». La respuesta no puede ser sino afirmativa. Tanto si se atiende a la literalidad de la norma como a su finalidad, no puede confirmarse la interpretación del registrador, excesivamente rigurosa, en cuanto exige que se afirme categóricamente si se ha realizado o no la actividad potencialmente contaminante del suelo a que se refiere dicho precepto. Así, debe admitirse la expresión empleada en la escritura calificada que, indudablemente, contiene una declaración de ciencia en términos equivalentes a los referidos en el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril.

Resolución de 23-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS SOBRE LAS EJECUCIONES SINGULARES Y LAS ANOTACIONES DE EMBARGO.

La declaración de concurso impide practicar anotaciones de embargo, salvo los casos exceptuados en la Ley.

El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias: en primer lugar, que solo son objeto de recurso aquellos concretos pronunciamientos que sean impugnados (*vid.*, por todas, resolución de 23 de marzo de 2010); en segundo lugar, que los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden tenerse en cuenta por no haber sido presentados al registrador en el momento de la calificación, debiendo resolverse el recurso solo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación.

La prolongada duración de los concursos aumenta la importancia de resolver el problema intertemporal derivado de la vigencia simultánea de normas. También

debe tenerse en cuenta que los principios de retroactividad se aplican de forma diferente según el carácter sustantivo, sancionador o procesal de las normas. La postura más equilibrada es la de aplicar la misma normativa a fases enteras del procedimiento, sin perjuicio de la ponderación que pudieran hacer los tribunales en los casos en que el tratamiento difiera entre los dos textos legales.

En el caso del presente recurso, la cuestión aparecía regulada en los artículos 24 y 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El artículo 24.4, inciso final, determinaba literalmente que, practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de un bien o derecho, más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de este, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley.

En el presente caso no se cumple ninguno de los requisitos que hubieran permitido proseguir las actuaciones y anotar el embargo cautelar acordado, una vez declarado el concurso, al no tratarse ni de apremio administrativo ni de ejecución laboral, sino de una ejecución civil de un crédito que debía ser clasificado como concursal. Tampoco se ha declarado por el Juzgado Mercantil que la finca embargada innecesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. En definitiva, es indudable que, tratándose de créditos ordinarios, que no gozan de privilegio especial, ni revisten naturaleza administrativa o laboral, la declaración de concurso impide anotar cualquier procedimiento de ejecución singular en tanto en cuanto no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez que entiende del concurso (cfr. arts. 56.5 de la Ley Concursal, actual art. 147.1), que los bienes concernidos no están afectos a actividad profesional o empresarial del concursado, y ello tanto conforme a la legislación vigente al tiempo de la declaración del concurso, como conforme al actual texto refundido, que, en esencia, mantiene los mismos principios suspensivos de los procedimientos de ejecución singular.

Además, la anterior conclusión debe confirmarse si se tiene en cuenta que al tiempo de la presentación en el Registro del mandamiento judicial ordenando la práctica de la anotación preventiva de embargo ya había sido declarada la fase de liquidación del concurso en virtud de auto que, si bien no fue objeto de la pertinente anotación o inscripción en el Registro de la Propiedad, sí se publicó en el Registro Público Concursal, cuya toma en consideración directa por el registrador es obligada.

Finalmente, el segundo defecto debe, por el contrario, revocarse. La eficacia que la anotación de embargo ha de tener en determinados supuestos (cfr. arts. 613, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exige que se concrete la cantidad por la que se traba el embargo (cfr. resoluciones de 22 de septiembre de 2008 y 21 de abril de 2010). Ahora bien, una interpretación integradora del documento —de cuyo encabezamiento resulta expresamente que «para garantizar la suma de 364.981,1 euros que se reclaman en la demanda, con fecha de hoy se decretó el embargo de la finca (…)»— junto con una interpretación literal del artículo 166.Tercera, del Reglamento Hipotecario —que ordena que se exprese el importe de lo que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar— lleva a concluir necesariamente que la cantidad reiteradamente expresada en el mandamiento supone el principal que se trata de asegurar con la anotación preventiva ordenada, sin que hayan quedado concretadas las responsabilidades por intereses y costas, y, por ende, sin que las mismas deban quedar aseguradas mediante la anotación, pero sin que esto último impida, en modo alguno, que se pueda asegurar el principal expresado en el mandamiento.

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 5.

HERENCIA: LEGÍTIMA DEL VIUDO Y SEPARACIÓN DE HECHO.

No puede prescindirse de la intervención del viudo en la partición con la mera manifestación de que estaba en situación de separación de hecho con el causante.

La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero, CC), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. Respecto del cónyuge viudo, no es necesario abordar ahora la cuestión relativa a la naturaleza de su legítima, sobre la cual hay un general consenso en que existe un llamamiento directo «*ex lege*» a la misma, postura seguida por la resolución de este Centro Directivo de 22 de octubre de 1999. Y este mismo Centro ha afirmado que, por ser legitimario, es necesaria su intervención en la partición hereditaria.

Hechas las anteriores consideraciones, no puede admitirse una partición hereditaria sin la intervención del cónyuge viudo sobre la base, únicamente, de la afirmación del testador o de los herederos acerca de la situación de separación de hecho de los cónyuges. En el presente supuesto, frente a las alegaciones del recurrente, no puede identificase el supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que las llamadas como tales en el título sucesorio —un hecho negativo que no es necesario probar— con la posibilidad de prescindir en la partición de las que sí han sido llamadas, pues la exclusión de estas en la partición de la herencia exige justificar por qué no se les atribuyen los derechos a los que han sido llamados. Existiendo un llamamiento legal al cónyuge viudo por su legítima, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad (cfr. la resolución de 5 de junio de 2018).

Por otra parte, respecto de la pretendida asimilación del presente caso al de desheredación injusta, debe tenerse en cuenta que una cosa es que en esta última hipótesis deba pasarse, al realizar la partición, por la declaración de desheredación expresada por el testador mientras el desheredado no contradiga judicialmente la certeza de la causa de desheredación (*vid.* art. 851 CC), y otra cosa bien diferente es que en casos como el del presente recurso, aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión, deba intervenir dicha heredera forzosa en la partición; intervención que no puede quedar al arbitrio del testador ni de los herederos, quienes con su mera manifestación sobre la situación de separación de hecho que no se ajustara a la realidad dejarían sin efecto la intangibilidad de la legítima del cónyuge viudo.

Por todo ello, debe confirmarse el criterio del registrador, quien, por lo demás expresa distintas vías para —a los efectos de la inscripción— dar por probada la situación de separación de hecho («por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental»).

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El registrador ha de exigir la nota de presentación a liquidación del título inscribible, correspondiendo a la autoridad fiscal la calificación de los efectos tributarios concretos.

La falta de acreditación de la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, 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. art. 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.

En base a lo expuesto, el defecto debe ser confirmado. Ciertamente, a efectos de la liquidación del impuesto por el concepto «acto jurídico documentado», la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. De lo que se trata es de que todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, tenga la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda.

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de 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 la 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. arts. 9, 199 y 201 LH). 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.

El defecto debe ser mantenido. El colindante opositor, si bien no aporta datos concluyentes, sin embargo, sí aporta una serie de indicios, certificado catastral, sentencia, que ponen de manifiesto la existencia de un claro conflicto que se encuentra judicializado, si bien es cierto que la sentencia aportada no produce efectos contra el promotor del expediente de georreferenciación, titular de la registral 8.111, por no haber sido parte en el proceso judicial, que justifican las dudas razonables del registrador.

Resolución de 24-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Luarca.

SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 98.3 DE LA LEY 7/2022.

La declaración que establece el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 no alcanza a los elementos privativos de una propiedad horizontal, en la medida en que su contacto con el suelo es solo una proyección ideal. Basta con manifestar que no le consta la realización de este tipo de actividades.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Lo que en este recurso se discute es si la obligación que establece el referido artículo 98.3 de la Ley 7/2022 es o no aplicable a los casos en los que la finca afectada sea una vivienda que forme parte de un edificio en régimen de propiedad

horizontal. Es enteramente razonable concluir que cuando el número 3 establece la obligación de declarar «si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo», se está refiriendo a actividades (recuérdese lo antes expuesto a propósito del Real Decreto 9/2005) que puedan afectar al suelo, pues, de hecho, el número anterior habla de remitir, por los titulares de actividades, información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.

Por consiguiente, debe concluirse que la norma en la que se basa la calificación en modo alguno puede afectar a entidades independientes, o cuotas de entidades (pensemos en aparcamientos o trasteros así transmitidos), pues solo se proyectan idealmente sobre el suelo —elemento común— de un edificio en régimen de propiedad horizontal (por descender a la realidad, se antoja realmente difícil, por no decir imposible, admitir que, por ejemplo, evacuar por los desagües restos de productos de limpieza encaje en la citada definición y en la intención del legislador). Por ello y respecto de tales entidades independientes (o cuotas de las mismas) no cabe imponer esa declaración a la vista del artículo 98.3 citado, en referencia a los negocios jurídicos que detalla; entre otras razones, porque en una finca en la que hay cuota de participación sobre el suelo, pero no suelo propiamente dicho, no es dado realizar actividad alguna (recordemos el concepto de actividad potencialmente contaminante) que sirva de base para la declaración de suelo contaminado. Por contra, sí que se aplicaría el precepto en casos que por sí resultan evidentes, tales como transmisión de terrenos (suelo) de la especie que sea (rústico o urbano); o naves o instalaciones, industriales o comerciales. Se podría dudar si afecta a las transmisiones de viviendas unifamiliares o aisladas, en las que no se realice una actividad comercial o industrial (al modo que indica la citada definición); pero el hecho de que, aquí, el dominio se proyecta sobre el suelo directamente y no de una forma ideal (cuota parte de un elemento común), como sucede respecto de las entidades en régimen de propiedad horizontal, avalaría su inclusión junto a los supuestos —de inclusión— anteriores.

En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (art. 98.3) solo 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 (art. 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (art. 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

También sostiene el notario recurrente, subsidiariamente, que «la eventual subsanación habrá de hacerse en un título de la misma clase al presentado o equivalente». A este respecto debe recordarse que la nota de calificación, tras señalar como defecto el de que «de la escritura calificada no resulta cumplido lo prevenido al efecto por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022 (…)», añadió como observación la de que «se hace constar que tal manifestación podrá realizarse mediante instancia con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador que suscribe». Tal observación registral no constituye la formulación de un defecto nuevo que impida la inscripción, sino el ofrecimiento de una posible vía, entre otras, para la subsanación del defecto ya señalado y el logro de la inscripción pretendida, y por tanto no constituye en sí misma materia recurrible, por lo que en este concreto punto el recurso ha de ser inadmitido.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El registrador ha de exigir la nota de presentación a liquidación del título inscribible, correspondiendo a la autoridad fiscal la calificación de los efectos tributarios concretos.

La falta de acreditación de la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (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, 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. art. 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.

En base a lo expuesto, el defecto debe ser confirmado. Ciertamente, a efectos de la liquidación del impuesto por el concepto «acto jurídico documentado», la determinación de cuándo tiene por «objeto cantidad o cosa valuable» puede resultar compleja, y así se constata en la existencia de múltiples resoluciones en el ámbito administrativo y judicial sobre la cuestión. De lo que se trata es de que todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, tenga la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Narón.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No cabe la inscripción de un decreto de adjudicación respecto a la participación indivisa que aparece inscrita a favor de persona distinta del demandado.

La calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar esta no está conforme con la inicialmente efectuada. En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación. Por ello, esta calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico 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 (art. 20 LH). Este principio está 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.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa de la registradora a la inscripción de un decreto de adjudicación que ordena la inscripción de la totalidad de un bien a favor de la adjudicataria, figurando dicho bien inscrito en cuanto a una cuarta parte indivisa en nuda propiedad a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento y por tanto no ha tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa evitando su indefensión procesal; máxime cuando ya se le advirtió a la ejecutante en la diligencia de ordenación que el embargo que constaba anotado no era de la totalidad del pleno dominio del inmueble, a fin de que pudiese instar lo que a su derecho convenga.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de la identidad de la finca.

Antes de resolver el presente recurso, observada la realidad física, se observa que todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y una cubierta vegetal, por lo que ninguna perturbación de hecho se ha producido en las fincas. Por lo que la controversia es solamente técnica o cartográfica, relativa a si la georreferenciación alternativa presentada se ajusta o no a la realidad.

A la vista de todas las alegaciones resulta evidente que existe un conflicto latente en la delimitación y ubicación geográfica de las fincas implicadas, el cual también resulta del escrito de interposición del recurso. Ciertamente, los datos del Catastro se presumen exactos, en los términos de la legislación del Catastro, pero ello debe entenderse sin perjuicio de los pronunciamientos registrales, que en cualquier caso tienen preferencia (cfr. art. 2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario), los cuales hablan de la existencia de un regato delimitador de la finca objeto del expediente con las colindantes por el este, que no se aprecia en la georreferenciación aportada. Por otro lado, el alta de la alteración

catastral no produce ningún efecto jurídico, al carecer el Catastro de la función de control de legalidad, que en el campo inmobiliario corresponde a los registradores de la propiedad, al ejercer su función de calificación registral. Por lo que, para destruir esa presunción de exactitud basta, tanto a efectos catastrales, la oposición de colindante, a diferencia de lo que ocurre en ámbito registral, donde la oposición de los colindantes ha de ser valorada, por el registrador, al ejercer su función registral, como reiteradamente ha declarado esta Dirección General.

En el presente caso, ninguna de las fincas implicadas tiene su georreferenciación inscrita, por lo que siendo su descripción literaria inscrita previa a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, pueden adolecer de una relativa imprecisión, al no apoyarse en datos georreferenciados. Ello determina que no sea de aplicación, como pretender el recurrente, el párrafo cuarto del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Lo que procede es aplicar el segundo inciso del párrafo cuarto, cuando dispone: «En los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, 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». Y, valoradas por la registradora la oposición de los tres titulares colindantes notificados y comprobadas en su aplicación homologada, a la que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de la posible existencia de una controversia sobre la delimitación de la finca, que le lleva a efectuar una calificación negativa. Esta actuación es ajustada a Derecho, conforme a lo que declaró esta Dirección General en la resolución de 23 de mayo de 2022, entre otras.

Resolución de 25-1-2023
BOE 14-2-2023
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si el registrador alberga dudas fundadas respecto de la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Resolución de 19-1-2023
BOE 15-2-2023
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

Se reitera la doctrina sobre las causas de denegación del asiento de presentación.

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 2022, y esta Dirección General de Seguridad 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 (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

Del contenido de los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento se deduce que los títulos documentales deben estar otorgados o autorizados en la forma y solemnidades que prescriben las leyes sobre la materia y con expresión de las circunstancias requeridas por la legislación hipotecaria.

Resolución de 30-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: REQUISITOS DE TRANSMISIÓN.

Para la venta de una VPO basta acreditar que el precio no supera el máximo legal, sin que sea imprescindible aportar el visado administrativo

En primer lugar, alega el notario recurrente que se produjo una información insuficiente en la nota de información continuada, por lo que no puede comprobar si el régimen de vivienda de protección oficial está vigente, al no figurar en la nota registral la fecha de la calificación definitiva, considerando que, de la fecha del expediente de vivienda de protección oficial, que sí figura en la nota (1991), el régimen está concluido. Posteriormente, en la nota de calificación, la registradora señala que es el 25 de octubre de 1993 la fecha en la que se otorgó la cédula de la calificación definitiva, por lo que no han transcurrido los 30 años.

El Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de Vivienda, en su artículo 17, relativo a solicitud de calificación definitiva, establece lo siguiente: «Los promotores de viviendas de protección oficial dispondrán de un plazo de treinta meses a partir de la obtención de la calificación provisional, a que se refiere el artículo anterior, para presentar la solicitud de calificación definitiva». Así, el número del expediente de vivienda de protección oficial en ningún caso determina la fecha de la calificación definitiva que puede alargarse a 30 meses. Por lo tanto, el Registro debió facilitar, si constaba en el historial —en inscrip-

ciones antiguas solo consta el número de expediente— la fecha de concesión de la calificación; pero, por otra parte, el notario debió asegurarse de la fecha de obtención de la calificación definitiva más allá del número de expediente.

Respecto a la necesidad de aportar el certificado en el que conste que la referida vivienda carece de precio máximo de venta hay que señalar que ni la legislación estatal ni la autonómica consideran la venta de una vivienda de protección oficial con sobreprecio contrato nulo, sino que únicamente está previsto un régimen sancionador. Por tanto, limitándose a criterios objetivos y en aras del principio de legalidad, debe concluirse que, con el objeto social que resulta del Registro Mercantil y la incorporación del certificado de valor de la vivienda que es superior al precio de la compraventa, debe ser revocado este defecto señalado.

Resolución de 30-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

BIENES SUJETOS A RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: DETERMINACIÓN E INSCRIPCIÓN.

Procede la aplicación de lo establecido en el artículo 92 del régimen hipotecario para las adquisiciones de bienes por cónyuges sujetos a régimen económico matrimonial extranjero, salvo que el notario o registrador conozcan el concreto régimen aplicables.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 RH).

Asimismo, este Centro Directivo ha recordado reiteradamente (cfr., por todas, resoluciones de 15 de febrero de 2016, 5 de enero y 17 de abril de 2017, 7 de septiembre y 18 de diciembre de 2018, 7 de noviembre de 2019, 4 de junio, 28 de julio, 28 de septiembre y 29 de octubre de 2020 y 2 de febrero y 11 de mayo de 2022) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. La aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera.

En el presente caso debe entenderse que, con la diligencia extendida por el notario y objeto de la calificación impugnada, ha quedado acreditado —conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario— el contenido del Derecho holandés vigente a los efectos de practicar la inscripción a nombre del cónyuge comprador, con sujeción a su régimen económico-matrimonial de comunidad universal como régimen legal supletorio en Holanda en el momento de la celebración del matrimonio —año 2009—. No obstante, tiene razón la registradora cuando afirma que, habida cuenta de que en la escritura calificada el comprador solicitó que se inscribieran los bienes adquiridos como bienes privativos (a lo que debe añadirse la referencia que su esposa hizo al art. 1324 CC español), la diligencia extendida solo por el notario debe contar con el consentimiento del adquirente.

Finalmente, debe también entenderse que es improcedente hacer constar en la inscripción que el cónyuge titular registral podrá disponer él solo de dicho bien (salvo que se trate de la vivienda familiar o de donación). Según las consideraciones antes expuestas, lo fundamental es que, conocida la ley extranjera aplicable, el bien adquirido se inscriba según la determinación de la disciplina aplicable al mismo conforme al régimen económico-matrimonial del adquirente en ese momento, tal como establece el artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario, de modo que será el momento de la ulterior realización de actos dispositivos sobre dicho bien cuando deberán observarse las normas y pactos que, como consecuencia del indicado régimen económico-matrimonial, sean aplicables y pudieran no coincidir —en caso de modificaciones legales o convencionales— con las que en el preciso momento de la adquisición estuvieran vigentes.

Resolución de 30-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso gubernativo el cauce para discutir sobre la corrección de una inscripción ya practicada.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida, por lo que aun cuando el recurso presentado se interpone contra ambas calificaciones, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados, el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Lo que ahora pretenden los recurrentes es la rectificación de un determinado asiento del Registro y, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resolución de 3 de octubre de 2005), a salvo la posibilidad de acudir a los tribunales para ventilar y contender sobre la validez o nulidad de los títulos, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado.

Consideran los recurrentes en su escrito de recurso que lo solicitado no supone rectificación de la inscripción practicada, pero en la medida en que en la instancia presentada se solicita que la inscripción «se establezca» bajo condición suspensiva (y en el escrito de recurso se expone que tal condición suspensiva se puede hacer constar por nota marginal o mediante la conversión de la inscripción en anotación preventiva) ello supone indudablemente una rectificación considerable de la inscripción practicada —todo ello sin entrar en consideraciones acerca de si procedería o no dicha o conversión o la práctica de dicha marginal, lo cual excede de aquello sobre lo que se ha de resolver ahora, en concordancia con el reiterado principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales una vez practicados—.

Resolución de 30-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Málaga, número 7.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede denegarse la inscripción de una base gráfica solo en base a unas alegaciones hechas por un colindante que no aporta prueba suficiente a estos efectos

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, aun siendo extemporáneas, no puede olvidarse que siendo el objetivo del expediente adecuar la descripción registral a la realidad física registral, el mismo tiene como límite la no invasión de fincas inmatriculadas o del dominio público, el registrador debe analizar las alegaciones, aún presentadas fuera de plazo, por si pueden ser fundamentales a la hora de fundar su criterio sobre las dudas en 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 la 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. arts. 9, 199 y 201 LH). 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.

El registrador funda su calificación solo en la negativa de los colindantes notificados, alegando que existe una invasión de su finca, lo que prueban con la aportación de una certificación catastral, que no tiene la entidad suficiente para hacer contencioso el expediente, puesto que lo que alega el promotor del

expediente es, precisamente, la inexactitud catastral, por lo que es lógico que la georreferenciación alternativa pueda solapar con otra catastral. Por tanto, las pruebas aportadas por el colindante opositor notificado carecen de la entidad suficiente para que el registrador pueda basar en ellas su calificación.

En conclusión, la franja discutida no puede incluirse en la finca 716 del Rincón de la Victoria, porque según el Registro corresponde a la finca resto, que es la que es objeto del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no hay una contienda latente sobre la franja de terreno discutida, cuya propiedad corresponde al recurrente, tanto en la unidad de ejecución citada, que delimita sustantivamente el objeto del derecho de dominio, como en el Registro de la Propiedad, según resulta de la descripción literaria de la finca 716 del término municipal del Rincón de la Victoria.

Resolución de 31-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 30.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

Para la inscripción de un acuerdo de limitación de uso de alquiler turístico de las viviendas de un edificio en propiedad horizontal es preciso contar con el consentimiento de los propietarios que hayan inscrito su adquisición después de dicho acuerdo y antes de que este se haya inscrito, a menos que dichas personas sean herederos de los anteriores propietarios.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal hayan ido atenuando esta exigencia en determinados casos. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

No obstante, la calificación impugnada se centra en la exigencia de consentimiento de determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción de los acuerdos, y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria. Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 LH).

No obstante, tiene razón el recurrente al afirmar que en el presente caso, al ser los nuevos titulares registrales herederos de la propietaria cuyo consentimiento se considera prestado *ex* artículo 17, regla octava, de la Ley sobre propiedad horizontal, deben pasar por los actos realizados o que afecten a la causante, en

virtud de lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil (cfr., también art. 1257 del mismo Código). Y es que debe entenderse que los herederos de quien fue parte (siquiera sea presunta, conforme la regla octava del citado artículo 17) en el acuerdo de la junta de propietarios quedan también vinculados como su causante y, por ello, no puede exigirse que presten su consentimiento cuando posteriormente se pretende inscribir la modificación estatutaria cuestionada.

En todo caso, aunque se dejara al margen esta consideración, ocurre en el presente caso que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por propietarios cuyas cuotas representan más de ese porcentaje, debe entenderse que el acuerdo será inscribible aunque faltara el consentimiento de quienes han adquirido elementos privativos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios.

Resolución de 31-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Jarandilla de Vera.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para la subsanación de los defectos apreciados en la nota de calificación.

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.

No obstante, en el presente caso, aun cuando los documentos subsanatorios deben quedar al margen de este expediente, la registradora, a la vista del recurso, no se ha limitado a informar a esta Dirección General de que no se pueden tener en cuenta tales documentos para resolver el recurso, sino que, según manifiesta en su preceptivo informe y en beneficio del recurrente, considera que han quedado subsanados los defectos señalados bajo los números 4, 5 y 6 de la nota de calificación. Y, respecto del defecto señalado con el número 3 [según el cual «no se incorpora la constitución de Seguro decenal, o bien la manifestación de que se trata de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio (…)], añade que no queda subsanado con la manifestación que contiene el libro del edificio —presentado entre la documentación que acompaña al escrito de recurso—, ya que entiende que la manifestación de tratarse de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio debe constar en la propia escritura. Ahora bien, esta última consideración sobre dicho documento complementario presentado con finalidad subsanatoria no puede entenderse propiamente como una nueva calificación sobre la que haya que decidir esta Dirección General, toda vez se trata de una consideración expresada por la registradora en su informe y no consta que aquel documento complementario se haya presentado en el Diario y se haya comunicado al recurrente una calificación en forma sobre esa falta de valor subsanatorio del mismo, de suerte que este haya podido alegar cuanto le convenga para su defensa, con los fundamentos jurídicos en los que apoye su tesis impugnatoria (cfr. art. 19 bis LH).

Resolución de 31-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Es procedente la negativa a expedir la certificación de inicio del expediente si la registradora comprueba que no se cumple el presupuesto básico de la ruptura del tracto sucesivo.

Es el nuevo artículo 208 de la Ley Hipotecaria el que, «ex novo», regula el procedimiento de reanudación del tracto. Se trata de un expediente de carácter exclusivamente notarial —tras la desjudicialización de esta y otras materias de naturaleza de jurisdicción voluntaria, ya que en caso de oposición debe acudirse al procedimiento judicial ordinario, que habilitaría para la rectificación del Registro vía artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria— que permite la inscripción de un documento público excepcionando la necesaria consecución de titularidades y títulos formales que instaura con carácter general el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando se den determinadas circunstancias que hagan evidente la interrupción en la titulación auténtica y suficiente entre el promotor del mismo y el titular registral, existiendo una clara imposibilidad de obtención del o de los títulos ausentes.

En el caso que nos ocupa, el promotor adquiere directamente de los titulares registrales y de sus herederos por cesión de sus derechos hereditarios, aportando copias de sus títulos de adquisición, si bien resultando defectos que impiden su inscripción, a juicio de la registradora. Debe recordarse que esta Dirección General tiene proclamado que solo procede denegar el inicio a expedientes previstos en la legislación hipotecaria, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que generan su tramitación.

Resolución de 31-1-2023
BOE 20-2-2023
Registro de la Propiedad de Carmona.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica atendiendo al informe remitido por la Consejería sobre invasión de una vía pecuaria.

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, pues la misma requerirá de la sustitución de la georreferenciación aportada por otra nueva que respete la delimitación del dominio público.

La ausencia de deslinde no es obstáculo para que puedan existir dudas de que la finca cuya representación georreferenciada se pretende inscribir pueda invadir el dominio público, si del conjunto de circunstancias concurrentes cabe colegir una duda fundada de posible invasión, pues en este campo, la labor del registrador, tras la Ley 13/2015, de 24 de junio, tiene una marcada finalidad preventiva. En el presente caso, la notificación a la Administración está justificada, porque de la propia descripción registral de la finca, resulta que la finca está atravesada por una

cañada, razón por la cual el registrador inicia el expediente y notifica y la Administración alega la posible invasión de dominio público, cuando se efectúe el deslinde.

Ha de ser el promotor del expediente quien se dirija a la Administración solicitando de la misma la correspondiente certificación de identificación de la porción invadida y sobre la base de la misma, confeccionar una georreferenciación que respete dicha georreferenciación, Y todo ello como actuación preventiva que prevenga la aparición de situaciones registrales contradictorias, cuando se practique el oportuno deslinde.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 19-12-2022.
BOE 3-2-2023
Registro Mercantil de Burgos.

DISCONDANCIA DE TITULARIDAD ENTRE REGISTRO DE BIENES MUEBLES Y REGISTRO ADMINISTRATIVO DE TRÁFICO. REANUDACIÓN DEL TRACTO. ES IMPROCEDENTE APORTAR DOCUMENTOS EN EL RECURSO NO APORTADOS EN LA CALIFICACIÓN.

SE CONFIRMA

Cuando se produce discordancia entre la titularidad publicada en el Registro de Bienes Muebles y la del Registro de Vehículos se debe resolver mediante la reanudación del tracto en el primero de ellos con la oportuna inscripción a favor del que conste en el segundo, a lo que se añade, como medida de seguridad reforzada, la notificación al anterior titular para que, si lo estima oportuno, se oponga a la cancelación de su derecho.

No se pueden tener en consideración en el recurso documentos no aportados para la calificación del registrador.

Resolución de 20-12-2022
BOE 3-2-2023
Registro Mercantil de Huelva.

REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 272.2 LSC.

SE CONFIRMA

Son tres resoluciones idénticas con relación a los depósitos de cuentas de una sociedad para tres ejercicios distintos. En ellas la Dirección General reitera su

doctrina de, si bien se acepta para evitar la nulidad de la convocatoria de junta general el mitigar el régimen formal de la convocatoria de dicha junta cuando del conjunto de circunstancias resulte que no hay violación de los derechos individuales de los socios, no cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información porque no estarían los socios debidamente protegidos. No hay que confundir el derecho de información previsto en los artículos 197 y 287 LSC con el específico de la aprobación de las cuentas previsto en el artículo 272.2.

Resolución de 19-12-2022.
BOE 9-2-2023
Registro Mercantil de Valencia, número IV.

POTESTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR EN LOS DEPÓSITOS DE CUENTAS. NO SE DEBE CONFUNDIR LA DECLARACIÓN DE UNIPERSONALIDAD CON EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL DEPOSITADA JUNTO A LAS CUENTAS ANUALES.

SE REVOCA

El registrador carece de competencia para entrar a examinar el contenido de la declaración referente a la identificación de las titularidades reales. A tenor del artículo 280.1 LSC la potestad calificadora del registrador se debe limitar a comprobar si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas.

La declaración de unipersonalidad y su inscripción en el Registro Mercantil no puede confundirse con el contenido de la declaración de titular real depositada junto a las cuentas anuales. La primera dispone de un plazo de 6 meses para la inscripción en el Registro Mercantil, mientras que la declaración de titularidad real se presenta al tiempo del depósito de cuentas y debe reflejar la situación existente en ese momento.

Resolución de 19-12-2022.
BOE 9-2-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

LICENCIA ADMINISTRATIVA PARA LA ACTIVIDAD: NO SE EXIGE CON CARÁCTER GENERAL. ACREDITACIÓN DEL DESEMBOLSO EN EFECTIVO DEL CAPITAL SOCIAL.

SE REVOCA

La licencia administrativa para la actividad de una sociedad, en este caso transporte, no tiene carácter general ya que la normativa la exime expresamente en algunos supuestos, e incluso prevé la exención más amplia por vía reglamentaria y, además, según dicha normativa, la inscripción en el Registro Mercantil y, en su caso, en el registro administrativo es previa a la obtención de la autorización administrativa para el transporte. Por otro lado, en los estatutos de dicha sociedad se indica expresamente en su artículo 2 relativo al objeto social que quedan

excluidas del objeto social «todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que se cumplan por esta sociedad».

En cuanto a la acreditación del desembolso en efectivo del capital, conforme a la RDGRN de 11 de abril de 2005 se debe entender que será la «fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria» puesto que la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación. Doctrina confirmada en la RDGRN de 7 de noviembre de 2013.

Resolución de 16-1-2023.
BOE 14-2-2023
Registro Mercantil Central, número III.

LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES: NECESIDAD DE ASIGNACIÓN DE UN NOMBRE CON CARÁCTER EXCLUSIVO. EL CONSENTIMIENTO NO DISPENSA LA EXIGENCIA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA DENOMINACIÓN DE LA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma su reiterada doctrina de que la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles exige la asignación de un nombre con carácter exclusivo para cumplir con su función identificadora y, en consecuencia, las sociedades de capital no podrán adoptar una denominación idéntica a la de cualquier otra sociedad preexistente. El consentimiento de la sociedad con la denominación inscrita no dispensa tal prohibición.

Resolución de 17-1-2023.
BOE 14-2-2023
Registro Mercantil de Alicante, número I.

CIERRE REGISTRAL DE LA SOCIEDAD POR NO HABER DEPOSITADO VARIOS EJERCICIOS LAS CUENTAS. LA CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE JUNTA DEBE INDICAR EL RESULTADO O LA INACTIVIDAD. LA FIRMA ELECTRÓNICA DE LA PERSONA QUE FIRMA EL CERTIFICADO DEBE SER VALIDADA. PRESENTACIÓN INCOMPLETA DE LOS MODELOS OFICIALES: FALTA CUMPLIMENTAR LA CASILLA CAPITAL SOCIAL DEL BALANCE. NO CABE EL DEPÓSITO PARCIAL DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que no cabe el depósito de las cuentas anuales aprobadas, correspondientes a un ejercicio determinado, si no constan previamente depositadas las de ejercicios anteriores (RDGRN de 4 de julio de 2001, RDGSJFP de 18 de noviembre de 2021. Además, la falta de depósito de varios ejercicios da lugar al cierre registral de la sociedad.

De la misma manera se confirma la doctrina de que es necesario indicar en la certificación del acuerdo de junta de aprobación de cuentas anuales el

resultado o la inactividad de la sociedad (art. 366.1. 2.º RRM y RDGRN de 4 de marzo de 1998).

En las presentaciones telemáticas de los depósitos de cuentas es un requisito necesario la posibilidad de poder validar la firma electrónica de los firmantes de la certificación por parte del registrador ya que este debe comprobar en su calificación que los documentos han sido aprobados por Junta General, si constan las firmas y verificar que la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo, conforme al contenido del Registro (*vide* art. 7 Instrucción DGRN 30/12/1999).

Por otro lado, de conformidad con la doctrina de la dirección el registrador debe calificar, no solo que han sido depositados los documentos contables, sino que además estos están correctamente cumplimentados para poder garantizar la seguridad jurídica que proporciona el registro, incluido como en este caso la casilla del capital social del balance.

Finalmente, no cabe la solicitud del depósito parcial de cuentas anuales, debido a que el objetivo que se persigue es dar publicidad a terceros de la totalidad de los documentos que exige la ley. Las cuentas anuales tienen un contenido determinado (art. 253 LSC).

Resolución de 23-1-2023.
BOE 14-2-2023
Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número I.

ACUERDOS SOCIALES: MAYORÍA APLICABLE EN LA ADOPCIÓN DE LOS MISMOS SEGÚN ESTATUTOS.

SE CONFIRMA

Los estatutos de unas sociedades son normas de carácter imperativo y por tanto de obligado cumplimiento. En este caso el acuerdo adoptado no goza de la mayoría que exigían los mismos, es decir, de la mayoría del capital social por lo que el acuerdo no es válido.

Resolución de 24-1-2023.
BOE 14-2-2023
Registro Mercantil de Alicante, número IV.

CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO DE JUNTA: INDICAR EL RESULTADO O LA INACTIVIDAD DE LA EMPRESA. FALTA DE VERIFICACIÓN DE LA FIRMA.

SE CONFIRMA

Se confirma la doctrina de que es necesario indicar en la certificación del acuerdo de junta de aprobación de cuentas anuales el resultado o la inactividad de la sociedad (art. 366.1.2.º RRM y RDGRN de 4 de marzo de 1998 y 17 de enero de 2023).

Igualmente, la Dirección General reitera su doctrina en relación con que en las presentaciones telemáticas de los depósitos de cuentas es un requisito necesario la posibilidad de poder validar la firma electrónica de los firmantes

de la certificación por parte del registrador ya que este debe comprobar en su calificación que los documentos han sido aprobados por la Junta General, si constan las firmas y verificar que la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo, conforme al contenido del Registro (*vide* art. 7 Instrucción 30/12/1999).

Resolución de 30-1-2023.
BOE 20-2-2023
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número II.

JUNTA UNIVERSAL: REQUISITOS DEL ARTÍCULO 178.1 LSC.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que en virtud del artículo 178.1 LSC la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. En este caso, se cumple el primer requisito, pero no se acepta por unanimidad la celebración de la reunión con el carácter de junta universal ya que, incluso, uno de los socios denuncia irregularidades en la convocatoria.

Resolución de 31-1-2023.
BOE 20-2-2023
Registro Mercantil de Madrid, número VII.

DEPÓSITO DE CUENTAS: HOJA DE DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL. CRITERIOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2022.

SE CONFIRMA

Se reitera la obligación de presentar la declaración de titular real establecida en anteriores resoluciones de la Dirección General. El órgano directivo aprovecha la ocasión para indicar los criterios que indica la sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2022 por el que la mantiene que la información del titular real sea accesible a quién pueda demostrar un interés legítimo y en segundo lugar, confirma la necesidad del depósito de cuentas de las sociedades en el registro mercantil para cumplir con la exigencia de proporcionar la información sobre titularidad real de las mismas a efectos de su registro.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar

Pets beings with sensitivity and quasi-family members. Its importance after the family breakup.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, ha introducido su consideración como seres vivos dotados de sensibilidad. Se dota de una protección y de una consideración especial a los animales de compañía. Las nuevas relaciones de convivencia que se establecen entre los animales y los seres humanos denotan que la verdadera naturaleza de los animales va más allá de la de seres sensibles, pues además son considerados por la mayoría de las familias que se benefician de su compañía como cuasi miembros familiares. Importante es pues su verdadera naturaleza pero también la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre los animales de compañía y los seres humanos.

ABSTRACT: Law 17/2021, of December 15, amending the Civil Code, the Mortgage Law and the Civil Procedure Law, on the legal regime of animals, has introduced

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

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 directora.

their consideration as living beings endowed with sensitivity. Pets are given special protection and consideration. The new relationships of coexistence that are established between animals and human beings denote that the true nature of animals goes beyond that of sentient beings, since they are also considered by the majority of the families that benefit from their company as quasi family members. Important is therefore its true nature but also the nature of the relationships, particularly those of coexistence, that are established between companion animals and human beings.

PALABRAS CLAVE. Mascotas. Seres sensibles. Custodia. Compartida.

KEY WORDS. Pets. Sentient beings. Shared custody

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ANIMALES Y RUPTURA FAMILIAR.—II. LA REALIDAD SOCIAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO Y LA JURISPRUDENCIA COMO CREADORA DEL DERECHO.—III. LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR. —IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SITUACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR: 1. Antes de la publicación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre. 2. Tras la publicación de la Ley.—V. OTRA CUESTIÓN AÑADIDA: EL REPARTO DE LOS GASTOS Y ALIMENTOS DEL ANIMAL. —VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA.—IX. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: ANIMALES Y RUPTURA FAMILIAR

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, en vigor desde hace algo más de un año, ha supuesto la modificación del régimen jurídico de los animales. Al igual que en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno[1] la reforma ha introducido la consideración de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad.

Realmente se trata de una recomendación que ya constaba en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[2] sin olvidar el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 ratificado por España en 2017[3].

La modificación consiste en que los animales dejan de ser considerados cosas o bienes muebles para pasar a ser *seres sensibles*, diferenciados de las personas y de otras formas de vida como las plantas[4]. Pero, además, se dota de una protección y de una consideración especial a los animales de compañía[5].

De esta forma, el actual artículo 333 del Código Civil, establece que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas.

El propio preámbulo de la Ley indica que «lo deseable de *lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas».

Como recoge AZPITARTE[6], en su interesante libro sobre Nietzsche y los animales, señala como el filósofo «denuncia que hemos creado un mundo sin ellos, un mundo que dice no a la naturaleza y que reniega de la vida y de los sentidos. Hemos creado un hombre alejado de la sensibilidad, de su propio cuerpo, un hombre que reniega de sus instintos, que rechaza al animal que él es».

Pues, precisamente hoy nos vamos a detener en uno de esos ámbitos, tal vez el más importante dentro de la relación de la persona y el animal (sobre todo en el ámbito de las mascotas) y es en su consideración de ser más que un animal de compañía, son de su bienestar y protección le hacen digno de ser considerado como «un miembro más de la familia». Y así claramente se comprueba en el actuar de la sociedad en los casos de ruptura familiar, como se deduce de la jurisprudencia que va a ser objeto de análisis.

Las nuevas relaciones de convivencia que se establecen entre los animales y los seres humanos denotan que la verdadera naturaleza de los animales va más allá de la de seres sensibles, pues además son considerados por la mayoría de las familias que se benefician de su compañía como *cuasi miembros familiares*. Y así se puede comprobar, como vamos a argumentar seguidamente, cuando tras la crisis matrimonial se incorporan pactos que regulan el régimen de convivencia, la guarda y custodia y el régimen de visitas y cuidado de los animales de compañía, donde los tribunales van a resolver siempre pensando en el bienestar del animal. Incluso se contemplan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico. De ahí precisamente la reforma de los artículos 90, 91 y la introducción del artículo 94 bis del Código Civil.

II. LA REALIDAD SOCIAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO Y LA JURISPRUDENCIA COMO CREADORA DEL DERECHO

Pero antes de entrar de lleno en el tema que nos ocupa es necesario tener en cuenta diversas cuestiones. El artículo 3.1 del Código Civil introduce como criterio de interpretación de las normas la *realidad social*, «las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo de aplicación de la norma», es la llamada interpretación sociológica. Criterio importante porque la realidad social del tiempo de aplicación de la norma puede ser diferente a la realidad social que había cuando se promulgó la norma.

Estamos ante uno de los temas donde resulta claro que el juez contribuye a la creación del Derecho, lo cual nos lleva a pensar que el juez tiene un protagonismo compartido con el legislador, pero sin sustituirle.

Como dice ANSUATEGUI «la afirmación de la capacidad creadora de Derecho por parte del juez ha sido vista tradicionalmente como un problema frente a la separación de poderes. En este sentido, la distinción entre creación, —de un lado— e interpretación y aplicación del Derecho —de otro— trasciende su significado estrictamente teórico y se puede vincular al significado de dicho principio de organización del poder»[7].

DÍEZ PICAZO mostró sus reticencias frente al Derecho judicial, entendido como los «pronunciamientos de los tribunales que no solo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley»[8].

En el tema que nos ocupa, como vamos a ver de la exposición y análisis jurisprudencial realizado, podríamos afirmar que los jueces de hecho no crean Derecho, sino que se apoyan en Convenios, en Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico pero que tienen un alcance muy general y abstracto. De hecho, como ya hemos señalado, considerar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad era una recomendación que ya constaba en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin olvidar la referencia al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de 1987, ratificado 30 años más tarde por nuestro ordenamiento jurídico en 2017.

La operatividad de la ley debe considerarse no solo a la luz de los factores indicados inicialmente (humanos, sociales) sino lo que es más importante, el Derecho debe dar respuesta en la aplicación al caso concreto.

En todas las resoluciones jurisprudenciales que vamos a analizar, vemos que el juez es respetuoso con las exigencias de la lógica formal al actuar como traductor de la solución general y abstracta que el legislador europeo adoptó en general, pero sin referirse a las circunstancias del caso concreto. El juez resuelve el conflicto a través de la interpretación y aplicación de la norma, *pero la sentencia es una decisión concreta adoptada para resolver un caso particular*, el cual no está previsto en ninguna norma: la custodia, el derecho de visita y los problemas de ellos derivados como los gastos de alimentación, y, demás, del animal.

En estos casos estamos ante una especificación de la ley realizada por la sentencia, *una concreción, del principio general y abstracto de la sensibilidad del animal de compañía*. Evidentemente, en estos casos, sí estamos frente a la creación necesaria del Derecho para su aplicación. Pero, aun así, los tribunales han sido muy respetuosos y muy cautos, y aun sabiendo que las legislaciones de nuestro entorno habían adoptado criterios generales y teniendo en cuenta, en los últimos años, el conocimiento del contenido de la proposición de ley y de todo su *iter* parlamentario… (p. ej. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid del 27 de mayo de 2019 ya hizo referencia a la *consideración jurídica de si el perro Bucanero como animal de compañía es simplemente un bien mueble o semoviente o un ser dotado de sensibilidad al que debe aplicarse un régimen jurídico diferente al estrictamente previsto en nuestro actual Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil…* teniendo en cuenta la ya proposición de ley de modificación del Código Civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento Civil sobre régimen jurídico de los animales existente en ese momento en tramitación parlamentaria), la jurisprudencia ha seguido la regulación del Código Civil y la consideración de los animales de compañía como cosas (p.ej. el AAP de Barcelona de 5 de abril de 2006 donde se hace alusión a la naturaleza de semoviente de los animales de compañía, o la SAP de Málaga de 12 de abril de 2012 que indica que lo correcto sería su integración en el activo de la sociedad de gananciales a liquidar, o la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, que indica que los animales domésticos constituyen un bien de carácter mueble y que pueden ser objeto de titularidad dominical exclusiva o compartida y, en consecuencia, de posesión exclusiva o de coposesión…).

Pues teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad en el que se desenvuelve el juez y la influencia de factores que influyen en su decisión, en la sentencia no se expresa la voluntad del juez, sino la del Estado. Y esto lo tienen en cuenta los Tribunales.

Como señala ANSUATEGUI «el juez dicta una sentencia mediante la cual integra el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de su respuesta nor-

mativa a los desafíos de la realidad conflictiva, contribuyendo a responder a la pregunta *¿Quid Iuris?»*[9].

Podemos señalar que esta vez los tribunales y la proposición de ley[10] convertida en ley han ido a la par. El juez ha ido anticipando ideas que estaban en la mente del legislador, y este se ha nutrido de los criterios jurisprudenciales que no han hecho más que exponer con total claridad la realidad sociológica y los problemas en los que se encontraban aquellos que, tras el divorcio o separación, se disputaban la vinculación con el animal.

En definitiva, el juez ha operado en este caso con una legitimidad argumentativa, junto con el sometimiento a la ley, lo cual contribuye a definir la posición institucional del juez como operador jurídico, tal y como ha definido ALEXY[11].

III. LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

Tras la ruptura familiar, la nueva Ley 17/2021 de 15 de diciembre ha llevado a cabo una modificación del artículo 90 del Código Civil, según el cual se incorpora el destino de los animales de compañía como uno de los puntos que deben incluirse en el convenio, siempre pensando en el *bienestar del animal*.

Seguidamente el artículo 91 del Código Civil establece que, en el divorcio contencioso, si las partes no llegan a un acuerdo, o, en caso de no aprobación del Convenio por el juzgador, será este quien determine el destino de la mascota familiar.

Y el 94 bis del Código Civil, determina el hacer de la autoridad judicial que será quien confíe al animal de compañía a uno o ambos cónyuges en caso de separación o divorcio. Además, será quien concrete la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal. El legislador insiste en el precepto que todo deberá hacerse *atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal,* con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Por último, incluye la obligación de hacer constar en el correspondiente registro de identificación de animales a quien de las partes se le confía para su cuidado.

Algunas CCAA, se adelantaron a la publicación de la Ley de 2021, como la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias en su artículo 35 rubricado de los Derechos de los animales, donde se establece que «En los términos que se fijen por ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad. Asimismo, se fijará el régimen de infracciones y sanciones».

Parte de la doctrina se muestra contraria[12] a esta nueva regulación por no considerarlo un tema riguroso[13]. Aunque como vamos a ver seguidamente es un tema que era necesario tratar visto el interés social y los problemas jurisprudenciales que llegan a los tribunales.

También se ha puesto de relieve por la doctrina determinadas alusiones dirigidas a la *humanización* de los animales, como las centradas en el interés del animal de compañía como elemento decisorio sobre su destino en supuestos de crisis matrimoniales. Insistiendo en que hay que evitar una equiparación entre humanos y animales.

El salto legislativo referido a la consideración de la naturaleza de las mascotas que se ha hecho realidad con la publicación de la Ley es asombroso, pero se debe a la realidad social del tiempo, la preocupación social y al nuevo concepto de la familia donde las mascotas forman en realidad una parte muy importante. Desde luego, lo que no hay duda alguna es que los animales son seres vivos que merecen respeto, y desde luego un trato adecuado y consiguientemente deben tener una especial protección. Y en los supuestos que vamos a examinar a continuación de la jurisprudencia existentes antes de la publicación de 2021, se percibe que el problema de la naturaleza de los animales surge desde finales del siglo pasado en los supuestos de ruptura matrimoniales y análogas, lo cual ha provocado que los animales de compañía hayan adquirido un protagonismo antes no reconocido.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SITUACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

1. Antes de la publicación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre

¡Qué diferencia el sentir actual hacia los animales, que hace apenas dos décadas! Ejemplo de ello se halla en un auto de 5 de abril de 2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona[14], donde se tachaba de anecdótica «la cada vez más frecuente inserción en los convenios reguladores de pactos de esta naturaleza, referidos a animales de compañía de todo género», haciéndose constar la duda de si cabe un efectivo derecho de visitas a un animal, y si las controversias relativas al mismo son susceptibles de ser enjuiciadas en el proceso de familia y en el ámbito obligacional de las medidas reguladoras de la crisis familiar. Haciendo además, alusión a su naturaleza de semoviente y referencia a la regulación de determinados derechos, como la posesión, en el artículo 465, con la distinción entre los animales que saben volver a la casa del poseedor, de los fieros, domesticados o amansados, o al regular el usufructo de animales en el artículo 499, o las servidumbres, la ocupación, la compraventa, en el artículo 1491, el arrendamiento en el artículo 1579, los contratos especiales sobre ganadería, o la aparcería de ganados, así como el régimen de responsabilidad civil frente a terceros del poseedor de un animal, en el artículo 1905 del Código Civil[15].

El auto establecía la importancia de que dicho pacto (el derecho de visita al perro en cuestión) sea admisible como objeto de aprobación, con trascendencia jurídica y, por tanto, con la cualidad de ejecutable, siendo susceptible de ser sometido a controversia contenciosa y de decisión judicial dirimente. Tacha de insólito el pacto en cuestión indicando que «los pactos sobre la tenencia y cuidado de animales, atendiendo a su naturaleza, deben ser, en todo caso, muy precisos, claros y delimitadores de la voluntad real de las partes de repartir la tenencia o la responsabilidad de sus cuidados» Añadiendo que «la ejecutabilidad de un pacto que contenga el compromiso de la exesposa de que dejará al exesposo pasear al perro que ambos cuidaron cuando convivían, es ya una entelequia en sí mismo».

Ahondando en el problema se centra en qué consiste el derecho de visitar a un perro, indicando además los posibles problemas de responsabilidad, concluyendo «que el acto de ejecución no es conforme con la naturaleza del título invocado, y se trata de un caso paradigmático en el que procede la inadmisión a trámite».

Años más tarde, la SAP de Málaga de 12 de abril de 2012 puso de manifiesto el problema que suponía atribuirse *la guarda, custodia o tenencia de unos animales a favor de uno u otro cónyuge o la separación de ambos, una a favor*

del marido y el otro de la esposa, con régimen de visitas temporales, como si se estuviera tomando decisión sobre personas a las que expresamente, se refieren los artículos 92 y 94 del Código Civil, precisamente por su naturaleza de bienes, semovientes. Indicando que lo correcto sería su integración en el activo de la sociedad de gananciales a liquidar.

Las partes solicitaron como medida definitiva la correspondiente a la tenencia de las perras, a lo que no se obtuvo respuesta, interesando a la Audiencia que: a) con independencia de la cotitularidad de ambas perras, la atribución de la posesión se haga a favor del esposo, con un régimen de estancia o compañía con la demandante de un fin de semana cada mes o, alternativamente, o, en su caso b) la tenencia o posesión compartida de las perras en copropiedad estableciendo que permanecerán en compañía de uno y otro dueño durante los períodos que se determinen, que pudieran ser mensuales, aunque no había inconveniente que lo fueran quincenales[16].

Con anterioridad a la modificación del artículo 333 del Código Civil por la Ley 2021 la jurisprudencia señalaba que nuestro ordenamiento jurídico calificaba a los animales domésticos, entre los que se incluyen las mascotas, como semovientes y como tales pueden ser objeto de propiedad exclusiva de una persona o también copropiedad de dos o más personas. En este último caso, los copropietarios podían ponerse de acuerdo sobre el uso y disfrute del bien común, para que todos ellos, de forma alterna, vayan disfrutando de dicho bien, sin impedir el uso y disfrute a los demás copropietarios. Pero si no llegan a ese acuerdo, será el juez, a instancia de cualquiera de ellos, quien fije el régimen de uso u disfrute alternativo del bien común, para cada uno de los condueños o comuneros, (ex. art. 398 CC). Es decir, se trata de solventar si procede acordar un uso y disfrute alterno, no un régimen de custodia exclusiva o compartida, al venir referida esta terminología a los hijos menores de edad, implicados en un proceso de familia, entablado por cualquier de sus progenitores.

De esta forma se estaba obligado, según la regulación expuesta, a solventar si la mascota *Patatero* era copropiedad de ambos litigantes, como mantiene el actor o es propiedad exclusiva de la exesposa, como sostiene la demandada. Cuestión que podía ser difícil de resolver al basarse en pruebas como la constancia en el Registro Andaluz de Identificación Animal donde solo se puede hacer constar el nombre de una persona física, lo que no significa que dicha persona se haya encargado del cuidado del animal, o que haya hecho frente a los gastos del veterinario.

En este caso el tribunal acude para resolver el tiempo de convivencia que ha estado el animal con cada una de las partes, pero sobre todo al apego del animal ratificado por el veterinario como perito. Indicando además que «en caso de separación sufriría ansiedad y trasladarlo donde vive Luciano, sería en su opinión maltrato animal, por el carácter y la edad del perro». Además, en el acto de la vista se comprueba que no tiene afecto alguno hacia Luciano, habiéndose demostrado nervioso y temeroso cuando trataba de acariciarlo.

Realmente resulta curioso cómo, según los datos expuestos, de hecho, se acudía a la sensibilidad del perro para demostrar la propiedad del mismo, haciéndose referencia al apego o vinculación afectiva intensa, duradera, de carácter singular, (que se desarrolla entre dos individuos, por medio de sus interacciones recíprocas, y cuyo objetivo inmediato es la búsqueda y mantenimiento de proximidad en momentos de amenaza, ya que esto proporciona seguridad, consuelo y protección), al señalar en la sentencia que «en base a todos estos datos, y ante la falta de otros elementos de prueba que refrenden las alegaciones del actor,

es por lo que se ha de concluir afirmando que el perro *Patatero* es propiedad exclusiva de la exesposa»[17].

Posteriormente, la SAP de Navarra de 9 de octubre de 2013 recoge el acuerdo de mediación relativo a la mascota familiar, *Escubi*, haciendo referencia al reparto de tiempo de convivencia con cada una de las partes, el abono por mitad e iguales partes, el gasto de pienso y demás utensilios de uso diario más las visitas rutinarias de vacunas periódicas en el veterinario. Sin olvidar la referencia a los gastos de manutención, de 100 euros que será abonado al 50%, considerándose un gasto extra que habrá de abonarse por mitad, las operaciones y guardería canina de Escubi[18]. No obstante se acude al juzgado porque una de las partes no acepta el acuerdo de mediación, pero no en lo referente a la mascota.

La SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, analiza un divorcio contencioso que en la formulación de su recurso de apelación solicita, frente a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia: la *concesión del uso compartido* de la mascota familiar, y en concreto de la perra *Diamante*, por meses alternos, o bien que se determine un régimen de visitas, en favor del recurrente, con la finalidad de relacionarse con la misma[19]. Se introduce pues una cuestión nueva y ajena a las medidas o efectos civiles complementarios a la disolución del vínculo conyugal.

El tribunal entiende la existencia entre la mascota y todos los miembros de la familia de lazos afectivos, dedicándose a su cuidado, y asumiendo sus necesidades de alimento, higiene y tratamiento veterinario. Incluso detalla la sentencia que la privación de la compañía del animal, a uno de los consortes, por consecuencia del cese de la vida matrimonial, o por ruptura de una unión estable de pareja de hecho, produce sentimientos de tristeza, desasosiego, ansiedad y añoranza, en la persona a la que se priva de su compañía.

Desde la perspectiva del Derecho catalán, el juzgador incluso señala que «legislativamente la cuestión podría haberse introducido en la materia propia de los procesos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, pues los animales domésticos constituyen un bien de carácter mueble, a tenor del artículo 511-1. CCC, que pueden ser objeto de titularidad dominical exclusiva o compartida y, en consecuencia, de posesión exclusiva o de coposesión».

Incluso hizo referencia a la Ley 22/2003, de 4 de junio del Parlamento de Cataluña, sobre protección de los animales, (hoy derogada) que en su artículo 2 los definía de manera más extensa que la simple consideración de bienes, al conceptuarlos *como seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, y de movimiento voluntario*.

Aunque señala como el legislador catalán no dio un paso más en los artículos 233-2 y siguientes del libro II del Código Civil de Cataluña, donde no se regulan entre las medidas provisionales ni en las definitivas de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, la cuestión de los animales domésticos, que se encuentran en el seno de la convivencia familiar y que forman parte integrante del mismo como mascotas o animales de compañía.

Como en otras sentencias posteriores se señalará, la SAP de Barcelona entiende que «la aplicación analógica de lo preceptuado en cuanto al régimen de visitas de los progenitores no custodios, respecto a los hijos menores de edad, resulta improcedente, pues no tiene base o razón de ser en una relación paterno-filial, por lo que no es de apreciar la identidad de razón para servirse de la aplicación analógica a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil».

Los animales domésticos no se encuentran en la categoría de los enseres personales, ni en la naturaleza propia del ajuar doméstico, pues su inclusión en

una de esas categorías supondría una interpretación forzada de los preceptos sustantivos que regulan la materia.

Las mascotas domésticas son pues seres vivos, que en concepto de bienes muebles se encuentran en el domicilio familiar, susceptibles de ser reclamados en propiedad, y en el supuesto de titularidad dominical conjunta, proceder al ejercicio de acciones en proceso declarativo, tendentes a obtener la división del bien común, o el uso compartido, sin detrimento de la utilización por el otro partícipe en la propiedad, que constituye derecho inherente al régimen de la comunidad de bienes.

En este supuesto concreto se concluye que la alegación de la demandante de no conceder que el demandado tenga en su compañía a la mascota *Diamante*, por entender que ostenta la titularidad administrativa de la misma, se desvanece por la aplicación del artículo 232-3.2 CCC, que determina que *si los bienes se adquieren a título oneroso, en el régimen matrimonial de separación de bienes, durante el matrimonio y son de valor ordinario destinados al uso familiar, cual aquí sucede con la mascota controvertida*, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitad indivisa, sin que prevalezca contra tal presunción la mera prueba de la titularidad formal.

La SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016 indica en su FJ 2.º como otra de las medidas inherentes al divorcio, que las partes podrán disfrutar por períodos trimestrales de la compañía del perro raza cocker, medida ya adoptada en el auto de medidas provisionales sin que conste evidencia de que la permanencia con alguno de los litigantes puede generar un perjuicio para la salud del animal[20].

Tras acreditarse los fuertes lazos emocionales entre ambos litigantes con la perra, y viceversa y no quedando acreditado que el sistema de permanencia alterna con cada uno de los condueños, cada tres meses, perjudique más al animal, la solución adoptada en la sentencia, es el mal menor.

Nos indica la sentencia que la Ley 11/2003, de 24 de noviembre de Andalucía, tiene por objeto la regulación de las condiciones de protección y bienestar de los animales que viven bajo la posesión de los seres humanos, y en particular de los animales de compañía, por lo que el sistema de posesión de la perra podrá modificarse en ejecución de esta sentencia si alguno de los condueños incumple las obligaciones de cuidado que dicha Ley impone respecto del animal.

La SAP de Asturias de 21 de junio de 2017 analiza un supuesto de custodia compartida para la perra *Monja*, al entender la juzgadora de instancia que no se había acreditado que dicho animal fuese copropiedad de ambos litigantes, sino más bien propiedad exclusiva. En su recurso Gema vuelve a insistir en que se ha acreditado la copropiedad de ambos litigantes sobre el animal, y solicita la revocación de la sentencia apelada y que se fije la custodia compartida solicitada[21].

Recuerda la Audiencia que, en 2017, el ordenamiento jurídico califica a los animales domésticos, entre los que se incluyen las mascotas, como semovientes; y como tales pueden ser objeto de propiedad exclusiva de una persona o también copropiedad de dos o más personas. En este último caso, los copropietarios pueden llegar y ponerse de acuerdo sobre el uso y disfrute del bien común, para que todos ellos, de forma alterna, vayan disfrutando de dicho bien, sin impedir el uso y disfrute a los demás copropietarios. Pero si no llegan a ese acuerdo, será el juez, a instancia de cualquiera de ellos, quien fije el régimen de uso u disfrute alternativo del bien común, para cada uno de los condueños o comuneros, artículo 398 del Código Civil.

Dicho esto, la primera cuestión a decidir es si la perra *Monja* es propiedad exclusiva de Héctor, como dice la sentencia apelada, o si es copropiedad de ambos

litigantes, como mantiene Gema en su demanda y recurso. Pero tras las pruebas practicadas (en el colegio de veterinarios y en la clínica veterinaria Animalitas, quien figura como titular es Héctor, además, de que los gastos del perro son abonados por él, es él quien en bicicleta acude por primera vez al domicilio de Balbino, propietario inicial de *Monja* y la madre de este, para interesarse por *Monja*, y, demás pruebas como la testifical donde Miriam, vecina de Héctor, testifica que era este quien cuidaba del perro cuando era un cachorro, ayudándole ella, a sacarlo al parque y cuidarlo, cuando no podía hacerlo Héctor por razón de su trabajo…) por lo que este tribunal se ratifica en la declaración de Instancia de que la perra *Monja* es propiedad exclusiva de Héctor.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid del 27 de mayo de 2019[22] se analiza a través de una acción declarativa sobre el derecho de copropiedad (arts. 392 y sigs. CC) del perro de raza West Highland Terrier, de nombre *Bucanero*, que fue adquirido conjuntamente entre ambas partes durante el periodo de relación sentimental que ambos mantuvieron, desde octubre del 2012 hasta febrero del 2017, si bien debido a que el REIAC no permite plasmar más que un titular, se puso en el microchip el nombre de Fernando de forma consensuada.

Tras la ruptura, el demandado se marchó del domicilio indicado, manteniéndose el disfrute compartido hasta septiembre/octubre del 2018, sufragando los gastos al 50 %, hasta que el demandado manifiesta que «el perro es suyo». Las partes interesan se fije un régimen de posesión exclusiva para cada uno de los propietarios durante 15 días, con obligación de reintegro al otro en el punto de encuentro que se designe.

El juzgador, en el fundamento de derecho cuarto, hace referencia a la necesidad de analizar *la consideración jurídica de si el perro* Bucanero *como animal de compañía es simplemente un bien mueble o semoviente o un ser dotado de sensibilidad al que debe aplicarse un régimen jurídico diferente al estrictamente previsto en nuestro actual Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil*. Todo ello teniendo en cuenta la ya proposición de ley de modificación del Código Civil, Ley Hipotecaria y Ley de Enjuiciamiento Civil sobre régimen jurídico de los animales existente en ese momento en tramitación parlamentaria.

Sentencia que anticipa que dicha proposición de ley española reforma la redacción del actual artículo 333 del Código Civil en el sentido que los animales no son cosas, sino seres dotados de sensibilidad, con las reformas en los artículos ya sabidos…

Pero para poder aplicar la proposición de ley sin llegar a ser Ley, el juzgador se centra en que el artículo *3 del Código Civil establece que las normas se interpretarán con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, y como se ha expuesto, debe considerarse al perro «Bucanero», pese a la actual regulación del Código Civil cosa, como un animal de compañía, el cual constituye un ser dotado de especial sensibilidad, tal y como ya se estable con plena eficacia jurídica el artículo 13 del TFUE, como Derecho originario, pese a la falta de desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico de derecho común, y como tal, en supuestos de crisis de pareja (relación de afectividad análoga a la conyugal) como el presente, deben de aplicarse como criterios de resolución del conflicto, más bien los previstos para las crisis matrimoniales.

Dado que se estima la copropiedad de Frida y Fernando sobre *Bucanero*, desde el 12 de enero de 2015 y hasta octubre del 2018, la cual, conforme dispone el artículo 394 del Código Civil, otorga a ambos propietarios un derecho de posesión y disfrute compartido del perro, que en este caso, dadas las nuevas

circunstancias concurrentes (residencia en Alicante de D. Fernando), se fijan periodos de 6 meses, teniendo en cuenta el bienestar de *Bucanero*, su adaptación al nuevo hogar (nada se ha probado sobre la inestabilidad o tristeza del mismo cuando permanece con Frida), si bien, con posibilidad, si lo desean los dueños, durante el tiempo en que no estén con el mismo, de trasladarse al menos un fin de semana al mes (desde el viernes por la tarde hasta el domingo tarde) a Alicante/Valladolid, respectivamente, para poder disfrutar de su perro, derecho de comunicación que se deberá avisar, de un modo fehaciente, al otro copropietario, con al menos una semana de antelación.

En definitiva, tras acreditarse la copropiedad del perro se otorga la posesión y el disfrute compartido del mismo a cada una de las partes por 6 meses.

Tras la ruptura de una pareja de hecho se señala por la SAP de Gerona, de 2 de julio de 2020, que «causa sorpresa la afirmación de que *la ruptura de un matrimonio o de una pareja de hecho provoca que un bien mueble se convierta en propiedad exclusiva de uno de ellos, salvo pacto en contrario*»[23].

La SAP de Valencia de 25 de septiembre de 2020[24] señala que en el llamado convenio regulador de custodia compartida por las partes, acordaron como se desarrollaría la *tenencia y el disfrute del animal si sobrevenía la crisis matrimonial*, y, con tal objeto, establecieron un periodo de tenencia de la mascota, que podría ser semanal o quincenal; igualmente acordaron distribuirse alternativamente la tenencia del animal, en los meses de agosto.

Pero tras el minucioso contrato, la propia demandada se opuso a su cumplimiento indicando que niega *la existencia del mismo por cuanto confeccionó y redactó únicamente ella el convenio regulador y no era su intención, en ningún momento, vincularse para con su marido mediante un contrato del cual desconoce su funcionamiento por ser lega en derecho*.

Incluso hay sentencias como la de la AP de Tenerife de 24 de junio de 2021 que recoge el sentir jurisprudencial al señalar la evolución que ha experimentado la sociedad en orden al tratamiento de las mascotas, que *se ha visto reflejada en resoluciones de nuestros tribunales, de no poder considerar a las mascotas como simples bienes sino como seres vivos con una especial vinculación con la familia.* Y ello por la convivencia y vínculo con la misma, lo cual obliga a establecer periodos de alternancia (custodia) sobre el cuidado de aquellos. Incluso la sentencia indica «habiéndose recogido por el poder legislativo a través de una proposición de ley a fin de cambiar la apreciación de las mascotas como bienes muebles pertenecientes al matrimonio y tratarles como seres vivos dotados de sensibilidad». Indica además que es adecuado que sus gastos sean soportados por ambos progenitores, y ello al margen de quien aparezca como «propietario» o que se dediquen, entre otras finalidades, a la custodia de la residencia de la apelante, pues, se insiste, en que lo esencial es el vínculo creado con la familia y, especialmente, con los menores»[25].

En el auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2021[26] se estudia una demanda de divorcio, en la que la controversia se centró entre otras cosas en el cuidado de mascotas. La legislación vigente cuando la demanda se interpuso, no permitía que en el ámbito de un procedimiento de divorcio se regulasen medidas relativas a la compañía, visitas o contactos entre el progenitor que ostenta la custodia del animal de compañía y aquel que tras la ruptura se queda sin dicha custodia. Sin embargo, cuando llegó el procedimiento al Supremo ya estaba vigente la nueva regulación, *aunque posterior a la fecha en que se interpuso la demanda que da vida a esta «litis», e incluso es posterior a la terminación del presente procedimiento en primera instancia.*

Lo interesante del auto radica en que se insiste en que *la nueva Ley ha adecuado no ya solo el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos*, y comenta la nueva redacción de los artículos modificados del Código Civil, 90, 91 y 94.

Aún, apenas tres meses antes de la publicación de la Ley, ya era habitual que el convenio regulador al concretarse el régimen de visitas del padre, y establecer los periodos temporales de estancia en vacaciones, se hace alusión a la mascota de los hijos comunes. Tal y como se acredita en la sentencia de la AP de Toledo de 22 de septiembre de 2021, *Santos*, el perro, irá con los menores y con su padre en los fines de semana que le corresponda, así como durante los periodos vacacionales, de forma que durante el tiempo en que los niños se encuentren con su padre en los citados periodos, disfruten también de su mascota. Debiendo correr todos los gastos relacionados con el animal al 50% entre los progenitores (vacunación, veterinarios, piensos, etc.)[27].

2. Tras la publicación de la Ley

Los nuevos recursos, tras la publicación de la Ley, se plantean por el *carácter incompleto o dudoso de las cláusulas contenidas en el convenio regulador* de divorcio pactado por las partes y debidamente aprobado.

El auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022 fue pionero en considerar a un perro como un ser dotado de sensibilidad al ejecutar provisionalmente su tenencia. Se apoya en el nuevo artículo 333 bis del Código Civil que considera a los animales como seres dotados de sensibilidad[28].

El auto concreta que «No estamos ante la entrega de una cosa sino de un animal que, en palabras del artículo 333 bis del Código Civil, es un ser vivo, dotado de sensibilidad, de manera que todas las decisiones que afecten a un animal deben asegurar su bienestar conforme a las características de cada especie.

La sentencia indica que el bienestar del animal aconseja no establecer cambios en su situación actual; cambios que podrían no ser definitivos y *que podrían generar un sufrimiento innecesario al animal que se vería separado de forma brusca de quien ha sido su cuidadora,* al menos, durante los últimos tres años.

El *eventual daño que se le pueda causar al animal por el cambio de entorno para el caso de que se dicte sentencia revocando la dictada en primera instancia no puede ser enmendado ni compensado.*

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 2 de febrero de 2022[29] estima que no se ha acreditado ninguna situación de negligencia o falta de cuidado por parte de la esposa hacia la perra que perjudique el bienestar y la protección del animal, criterio rector para regular los derechos y facultades sobre los animales conforme establece la exposición de motivos de la Ley 17/2021, que aunque *ha entrado en vigor con posterioridad a la situación de incumplimiento enjuiciada* viene a plasmar los principios que ya eran de aplicación para regular las relaciones y el ejercicio de los derechos sobre los animales domésticos.

El supuesto de hecho de la sentencia se centra en que el acuerdo de las partes se establecía que la esposa tendría a la perra *Graciosa* en su compañía los fines de semana en que el hijo común esté con ella, recogiendo a la mascota en el domicilio de D. Pedro. El incumplimiento reiterado e injustificado por parte de D. Pedro se basa según sus alegaciones en motivos de salud de la perra. No obstante, el veterinario indica que dicha situación no impedía que fuera entregada a

D.ª Natividad informándola debidamente de la pauta alimenticia y la medicación prescrita. Se acredita que no ha existido ninguna situación de negligencia o falta de cuidado por parte de la esposa hacia la perra que perjudique el bienestar y la protección del animal, criterio rector para regular los derechos y facultades sobre los animales conforme establece la exposición de motivos de la Ley 17/2021.

Resulta probado que la negativa a entregar a la perra no se basa tanto en procurar el bienestar del animal sino en un conflicto de carácter económico ya D. Pedro reclama a la esposa el pago de las facturas del veterinario.

En consecuencia, procede requerir al ejecutado para el inmediato cumplimiento de lo establecido en el convenio regulador en cuanto a las estancias de la perra *Graciosa* el primer fin de semana que el hijo menor vaya a pasar en compañía de la madre, con el apercibimiento de incurrir en la imposición de multas coercitivas para el caso de que persista en su incumplimiento.

En el caso del auto de la AP de Barcelona de 15 de febrero de 2022, aunque las partes habían pactado en relación con los gastos de la mascota, que «los gastos por accidente o lesión de la mascota serían a medias, la madre se hace cargo del perro asumiendo los gastos cotidianos tales como comida, limpieza u otros, y el padre podrá disfrutar de la compañía del perro siempre que lo requiera, avisando a la madre con 24 horas de antelación».

No obstante, no se concreta si tales gastos son los derivados de accidente o lesión de la mascota, o de una enfermedad común sobre la que no existe previsión alguna. El juzgador en el auto entiende que, respecto a los gastos de veterinario, la única previsión es la relativa a los gastos de accidente o lesión que se pactan como gastos a cargo de los litigantes por mitad, ya que suelen ser los motivos por los que se acude a un centro asistencial para animales de compañía. La cuestión en concreto se centra en el gasto de veterinario consistente en urianálisis, ecografía abdominal y Holmex. En este caso el juzgador entiende que se trata de un gasto que asumieron por mitad[30].

La SAP de La Rioja de 3 de junio de 2022[31] conoce un recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de violencia sobre la mujer número 1 que acordó la disolución por divorcio de su matrimonio, y fijó las medidas personales relativas a guarda y custodia y régimen de vistas sobre los hijos menores de dicho matrimonio, alimentos a cargo del progenitor no custodio, distribución de gastos extraordinarios, uso de vehículos y del domicilio familiar, pero también *la comunicación del progenitor no custodio con la mascota familiar, que no procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Se estudia, además, que la ley entra en vigor con posterioridad a la interposición de la demanda, lo que implica que no cabe adoptar ningún pronunciamiento en relación al régimen de custodia y visitas del animal de compañía de doña Gloria y don Candido, pues dicha decisión carecía de cobertura normativa. Las normas procesales son de orden público y no cabe que en un procedimiento civil se ventilen cuestiones no previstas en la ley.

Además, en este caso se da la circunstancia, de que se introdujo la petición en relación a la mascota en un escrito ampliatorio de la demanda que no debió de ser admitida a trámite ni desde luego resuelta en sentencia. En ese momento debía haberse utilizado la vía de la liquidación de la sociedad de gananciales (si consideraba que el animal se adquirió constante matrimonio y con cargo a dinero ganancial) o en su caso, el propio de la acción declarativa de dominio o reivindicatoria mediante el correspondiente juicio declarativo[32].

La SAP de Madrid de 28 de enero de 2022[33] pone de relieve que por lo que respecta a los desembolsos de veterinario de la mascota de la familia, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, deben abonarse por mitad los precisos para intervenciones quirúrgicas y tratamiento de prolongadas enfermedades que facture el veterinario.

V. OTRA CUESTIÓN AÑADIDA: EL REPARTO DE LOS GASTOS Y ALIMENTOS DEL ANIMAL

Aunque hemos encontrado menos disputas en torno a este tema, no deja de hacerse mención del mismo en algunas resoluciones jurisprudenciales.

No obstante hacer referencia al reparto de gastos (veterinario: vacunaciones o problemas de salud, defunción) y fijar su pensión (alimentación, aportes vitamínicos) es fácilmente cuantificable. Sin olvidar la importancia de los pactos de actualización o incremento de la misma.

Además, hay que tener en cuenta que, en el caso de los animales de compañía, la duración de la pensión se extenderá a la vida del animal.

El incumplimiento de tales pactos puede suponer la desvinculación del animal. En tal caso la otra parte podrá accionar o incluso podría resultarle beneficioso a fin de disfrutar en solitario de la mascota.

VI. CONCLUSIONES

I. El Código Civil tiene origen en el Derecho Romano, código de una sociedad agrícola como la del siglo XIX donde los animales predominantemente tenían un valor económico para la mayoría de la población y donde la noción clave se hallaba en el derecho de propiedad de los mismos. De ahí que se consideraran cosas muebles, semovientes, y todo se articulase en torno al derecho de propiedad del animal. Y así ha sido durante el último siglo.

La misma consideración por analogía se tenía de las mascotas o animales de compañía que conviven con los seres humanos en su vida cotidiana, (no son por consiguiente ni animales destinados al trabajo ni tampoco son sacrificados para que se conviertan en alimento).

II. En la actualidad se ha incrementado el auge y la concepción social de la mascota. El aumento de su popularidad se debe a los beneficios que reportan para la persona, para los distintos miembros de la familia. Así, pueden solucionar problemas de soledad en ancianos o sujetos que viven solos, lo que a su vez hace que aumente su felicidad o incluso su sensación de seguridad. También pueden mejorar la autoestima de determinados miembros de la familia, (niños, ancianos) ya que su cuidado les hace sentirse útiles y necesarios. Y son muy recomendados para aquellas personas con problemas de socialización o con trastornos tales como el autismo ya que los animales les ayudan a mejorar su capacidad de relación con los demás, así como la capacidad de expresar sentimientos y sensaciones. Sin olvidar, la obligación que impone salir con el perro a pasear lo que influye en la mejora de la salud del dueño.

Los perros y los gatos son las mascotas más populares. De hecho, toda la jurisprudencia analizada tiene por objeto, en concreto, a los perros. Aunque no hay que olvidar de otros animales que gozan del cariño de la familia como peces, pájaros, conejos, tortugas o incluso, los menos, hurones, cerdos vietnamitas, camaleones o serpientes.

III. Antes de la aprobación de la Ley de 2021, dos sentencias fueron las que iniciaron el camino hacia la consideración de las mascotas como seres sensibles. La primera fue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid, de 2019, que declaraba la «copropiedad» de *Cachas* y que resolvió que, tras la separación, cada uno de los dueños disfrutara del animal en periodos de seis meses cada año. Fue el primer avance, pero todavía se hablaba de las mascotas como bienes susceptibles de propiedad.

Posteriormente, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, de 7 de octubre de 2021 fue pionera en otorgar custodia compartida de un perro. Como posteriormente va a entender la Ley. La sentencia *descosifica* al animal, recalca la importancia de la «relación afectiva» de las partes con la mascota y rechaza que solo se tenga en cuenta la «titularidad» de la misma. Así, pues se otorga primacía al afecto frente a la titularidad formal del animal, sea como dueño o adoptante. Incidiéndose no en la consideración de copropietaria, sino como *corresponsable* y como *"co cuidadora"* del animal.

De forma que, con carácter previo a la Ley de 2021, la representación legal de las partes para solicitar la custodia compartida recurría al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, de 1987, ratificado por España en 2017 y no al Código Civil.

No obstante, la jurisprudencia ha ido un paso por delante en algunos casos y se adoptaron este tipo de acuerdos de custodia, pero la postura mayoritaria fue la de esperar a la reforma para poder fijar un régimen de custodia propiamente dicho en el caso de los animales de compañía.

Problema que no se daba si se llegaba a un acuerdo amistoso o se pactaba en el convenio regulador del divorcio o separación de qué forma funcionaría la custodia de la mascota. Pues si había que acudir a los tribunales era más complicado establecer un régimen de custodia como tal, ya que existía división entre los jueces, por un lado, los que sí admitían a las mascotas como seres susceptibles de este régimen, y por otro lado, quienes aplicaban estrictamente el Código Civil, y los consideraban cosas muebles.

IV. Antes de la Ley de 2021, el artículo 333 del Código Civil entendía que las mascotas tenían la naturaleza de bienes muebles, por lo que eran reclamadas en propiedad por cualquiera de los dos miembros de la pareja o solicitaban ser compartidas por ambos.

La nueva ley descosifica al animal para pasar a reconocérsele como «seres sintientes». Influencia de las modificaciones introducidas en los Códigos civiles de Francia (LOI n° 2015-177 du 16 février 2015) y de Portugal (Lei núm. 8/2017, de 03/03). Se instituye como principio que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, como principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. Estamos ante seres vivos dotados de sensibilidad.

El destino de los animales de compañía podrá formar parte del convenio regulador, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario. El concepto de propiedad queda así relegado a un segundo plano. Se esboza así también un derecho de visitas en caso de que la custodia recaiga en una sola de las partes de la pareja.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- ATS, Sala: Primera. Sección: Primera. Auto de 14 de julio de 2021. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 1857/2020. Numroj: ATS 9873:2021. Ecli: ES:TS:2021:9873.ª
- SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246. T OL9.172.568.
- SAP de Madrid. Sección: Vigesimosegunda. Sentencia de 28 de enero de 2022. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número Sentencia: 54/2022 Número Recurso: 936/2019. Numroj: SAP M
- SAP de Toledo. Sección: Primera. Sentencia de 22 de septiembre de 2021. Número Sentencia: 1220/2021 Número Recurso: 554/2021. Numroj: SAP TO 1780/2021. Ecli: ES:APTO:2021:1780.
- SAP de Tenerife. Sección: Primera. Sentencia de 24 de junio de 2021. Ponente: Antonio María RODERO GARCÍA. Número Sentencia: 297/2021. Número Recurso: 296/2021. Numroj: SAP TF 1702/2021. Ecli: ES:APTF:2021:1702.
- SAP de Valencia. Sección: Sexta. Sentencia de 25 de septiembre de 2020. Ponente: María Eugenia FERRAGUT PÉREZ. Número Sentencia: 418/2020. Número Recurso: 315/2020. Numroj: SAP V 3901/2020. Ecli: ES:APV:2020:3901.
- SAP de Gerona, Sección: Primera. Sentencia de 2 de julio de 2020. Ponente: Fernando FERRERO HIDALGO. Número Sentencia: 933/2020 Número Recurso: 342/2020. Numroj: SAP GI 949/2020. Ecli: ES:APGI:2020:949.
- SAP de Asturias. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2017. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Sentencia: 244/2017. Número Recurso: 191/2017. Numroj: SAP O 1845:2017. Ecli: ES:APO:2017:1845.
- SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 24 de noviembre de 2016. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. Número Sentencia: 818/2016. Número Recurso: 59/2016. Numroj: SAP MA 2937/2016. Ecli: ES:APMA:2016:2937.
- SAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Sentencia de 10 de julio de 2014. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número Sentencia: 465/2014 Número Recurso: 1152/2013.
- SAP de Navarra. Sección: Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2013. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número Sentencia: 182/2013 Número Recurso: 331/2012.
- SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 12 de abril de 2012. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. Número Sentencia: 182/2012 Número Recurso: 192/2012.
- AAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 15 de febrero de 2022. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. Número Sentencia: 52/2022 Número Recurso: 104/2021. Numroj: AAP B 806/2022. Ecli: ES:APB:2022:806.ª.
- AAP Provincial de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 5 de abril de 2006. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número Sentencia: 78/2006 Número Recurso: 1055/2005.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Sección: Duodécima. Sentencia de 2 de febrero de 2022. Ponente: María de los Ángeles MARTÍNEZ URREA. Número Sentencia: 63/2022 Número Recurso: 69/2021. Numroj: AJPI 126/2022. Ecli: ES:JPI:2022:126.ª

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2019. Ponente: Ana BERMEJO PEREZ. Número Sentencia: 108/2019 Número Recurso: 1041/2018. Numroj: SJPI 93:2019. Ecli: ES:JPI:2019:93.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Sección: Novena. Sentencia de 27 de mayo de 2019. Ponente: Luis Carlos TEJEDOR MUÑOZ. Número Sentencia: 88/2019. Número Recurso: 1068/2018. Numroj: SJPI 88:2019. Ecli: ES:JPI:2019:88.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022. Número Sentencia: 9/2022 Número Recurso: 339/2021.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2017.
- Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. «BOE» núm. 300, de 16 de diciembre de 2021.
- Código Civil.
- Código Civil catalán.
- https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf (30 de marzo de 2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/49).
- Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales.[Disposición derogada]. «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 2003.
- Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales. Publicado en BOJA núm. 237 de 10 de diciembre de 2003 y BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 2003 (vigente).

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta.*

AZPITARTE GARCÍA, V.: *Nietzsche y los animales*. Más allá de la cultura y la justicia. Tirant lo Blanch. 2021.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la ley 17/2021, de 15 de diciembre*. Reus. 2022.

— Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una «pertenencia» de la vivienda familiar?, *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8 (2020) 2 (La Ley 9843/2020).

DÍEZ PICAZO, L.: Constitución, ley, juez, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, 22.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *La ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica.* Reus. 2022. ISBN: 978-84-290-2620-7.

ALEXY, R.: Balancing, Constitutional Review and Representation, *International Journal of Constitutional Law,* vol. 3, núm. 4, 2005, 572 y sigs.; ID., Constitutional Rights, Democracy and Representation, *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, 28 y sigs.

NOTAS

[1] La propia exposición de motivos de la Ley se apoya en las reformas: austriaca de 10 de marzo de 1986; alemana de 20 de agosto de 1990, la Suiza; la belga de 19 de mayo de 2009; la francesa de 16 de febrero de 2015 y, la portuguesa de 3 de marzo de 2017.

[2] https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf (30 de marzo de 2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/49).

Artículo 13: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, *la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles*, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

[3] Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2017.

[4] Según un estudio reciente del Ministerio de Medio Ambiente (MAPAMA), el perro, de media en el año 2021, ocupa un 16,62% de los hogares españoles, o lo que es lo mismo, 217205 familias tienen un perro.

Según datos del INE 2020 Instituto Nacional de Estadística (INE), en Madrid hay 318225 personas menores de diez años. Por su parte, el Colegio Oficial de Veterinarios tienen censados 382092 mascotas (perros y gatos) en la capital. Hay más animales domésticos que niños en las casas, una brecha que va aumentando.

[5] El Convenio los define como «aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía».

[6] AZPITARTE GARCÍA, Virtudes: *Nietzsche y los animales*. Más allá de la cultura y la justicia. Tirant lo Blanch. 2021.

[7] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta*.

[8] DÍEZ PICAZO, Luis: Constitución, ley, juez, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, 22.

[9] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: Constitución, ley, jueces: sobre la transformación de la relación entre normas y operadores jurídicos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2023. *En imprenta*.

[10] El BOCG de 13 de octubre de 2017 publicó una Proposición de Ley (Grupo Popular) de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los diputados. XIV Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley 14 de octubre de 2021, núm. 157-7, pág. 1. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-157-7.PDF

[11] ALEXY, Robert: «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law,* vol. 3, núm. 4, 2005, 572 y sigs.; ID., Constitutional Rights, Democracy and Representation, *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, 28 y sigs.

[12] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una "pertenencia" de la vivienda familiar?, *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8 (2020) pág. 2 (La Ley 9843/2020).

[13] CASAS DÍAZ, Laura, CAMPS I VIDELLET, Xavier. Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía, *Revista Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* Vol. 10, núm. 1 (2019) pág., 78, DOI: https://doi.org/10.5565/rev/da.397

[14] AAP Provincial de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 5 de abril de 2006. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número Sentencia: 78/2006 Número Recurso: 1055/2005.

[15] El auto pone de relieve el enorme valor económico de la mascota (perro raza Golden Retriever, «y el inestimable aprecio que generan a sus poseedores, por sus cualidades de lazarillo, de acompañante de personas que viven solas, de auxiliador en catástrofes, de co-

laborador en la caza o en las tareas agrícolas y ganaderas. También está fuera de duda la importancia de la sensibilización de las personas, niños y adultos, hacia el cuidado y amor hacia los animales que, en definitiva, es muestra inequívoca del aprecio por la naturaleza».

Se pone de manifiesto en el auto también, como «la industria veterinaria, en la vertiente urbana que tiene por pacientes a mascotas domésticas, está en auge, al igual que otros negocios que hace algunos años hubieran causado asombro, como los hoteles para perros y gatos, las secciones de gourmet alimentario en supermercados para esta clientela, o cementerios para ilustres finados de este género animal».

[16] SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 12 de abril de 2012. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. Número Sentencia: 182/2012 Número Recurso: 192/2012.

[17] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2019. Ponente: Ana BERMEJO PÉREZ. Número Sentencia: 108/2019 Número Recurso: 1041/2018. Numroj: SJPI 93:2019. Ecli: ES:JPI:2019:93.

[18] SAP de Navarra. Sección: Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2013. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número Sentencia: 182/2013 Número Recurso: 331/2012.

[19] SAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Sentencia de 10 de julio de 2014. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número Sentencia: 465/2014 Número Recurso: 1152/2013.

[20] SAP de Málaga. Sección: Sexta. Sentencia de 24 de noviembre de 2016. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. Número Sentencia: 818/2016. Número Recurso: 59/2016. Numroj: SAP MA 2937/2016. Ecli: ES:APMA:2016:2937.

[21] SAP de Asturias. Sección: Cuarta. Sentencia de 21 de junio de 2017. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Sentencia: 244/2017. Número Recurso: 191/2017. Numroj: SAP O 1845:2017. Ecli: ES:APO:2017:1845.

[22] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid. Sección: Novena. Sentencia de 27 de mayo de 2019. Ponente: Luis Carlos TEJEDOR MUÑOZ. Número Sentencia: 88/2019. Número Recurso: 1068/2018. Numroj: SJPI 88:2019. Ecli: ES:JPI:2019:88.

[23] SAP de Gerona, Sección: Primera de 02/07/2020. Ponente: Fernando FERRERO HIDALGO. Número Sentencia: 933/2020 Número Recurso: 342/2020. Numroj: SAP GI 949/2020. Ecli: ES:APGI:2020:949.

[24] SAP de Valencia. Sección: Sexta. Sentencia de 25 de septiembre de 2020. Ponente: María Eugenia FERRAGUT PÉREZ Número Sentencia: 418/2020 Número Recurso: 315/2020. Numroj: SAP V 3901/2020. Ecli: ES:APV:2020:3901.

[25] SAP de Tenerife. Sección: Primera. Sentencia de 24/06/2021. Ponente: Antonio María RODERO GARCÍA. Número Sentencia: 297/2021 Número Recurso: 296/2021. Numroj: SAP TF 1702/2021. Ecli: ES:APTF:2021:1702.

[26] ATS, Sala: Primera Sección: Primera. Auto de 14 de julio de 2021. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 1857/2020. Numroj: ATS 9873:2021. Ecli: ES:TS:2021:9873A.

[27] Sentencia de la AP de Toledo. Sección: Primera. Sentencia de 22 de septiembre de 2021. Número Sentencia: 1220/2021 Número Recurso: 554/2021. Numroj: SAP TO 1780/2021. Ecli: ES:APTO:2021:1780.

[28] Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, de 3 de enero de 2022. Número Sentencia: 9/2022 Número Recurso: 339/2021.

[29] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vigo. Sección: Duodécima. Sentencia de 2 de febrero de 2022. Ponente: María de los Ángeles MARTÍNEZ URREA. Número Sentencia: 63/2022 Número Recurso: 69/2021. Numroj: AJPI 126/2022. Ecli: ES:JPI:2022:126.ª

[30] AAP de Barcelona. Sección: Duodécima. Auto de 15 de febrero de 2022. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. Número Sentencia: 52/2022 Número Recurso: 104/2021. Numroj: AAP B 806/2022. Ecli: ES:APB:2022:806A.

[31] SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246. T OL9.172.568.

[32] SAP de La Rioja. Sección: Primera. Sentencia de 3 de junio de 2022. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. Número Sentencia: 168/2022 Número Recurso: 134/2022. Numroj: SAP LO 246:2022. Ecli: ES:APLO:2022:246.

[33] SAP de Madrid. Sección: Vigesimosegunda. Sentencia de 28 de enero de 2022. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número Sentencia: 54/2022 Número Recurso: 936/2019. Numroj: SAP M 492/2022. Ecli: ES:APM:2022:492. TOL 8.869.206.

1.2. Derecho de Familia

El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias. En especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria

The legal regime of the right of visits, communication and stays. Especially, in cases of gender-based violence and vicarious violence

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La crisis matrimonial o de pareja determina entre otras medidas que la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores o bien se priva a uno de ellos de la misma, si concurre causa legal para ello. Asimismo, el ejercicio de la guarda y custodia puede corresponder a ambos progenitores —guarda y custodia compartida, o a uno solo— guarda y custodia exclusiva. En ambos supuestos, al progenitor no custodio le corresponde un derecho de visitas, comunicación y estancia con sus hijos menores de edad o mayores de edad discapacitados, al igual que se puede acordar un derecho de visitas a favor de los abuelos, parientes y allegados, subordinado en su alcance, en todo caso, al de los progenitores. El presente estudio se va a centrar en el régimen de derecho de visitas, comunicación y estancia de los progenitores y las consecuencias que se derivan respecto a su existencia, suspensión, supresión o, su no establecimiento, ante situaciones de conflictividad entre aquellos, violencia de género, violencia doméstica y violencia vicaria.

SUMMARY: The marital or couple crisis determines, among other measures, that the ownership of parental authority corresponds to both parents or one of them is deprived of it, if there is a legal cause for it. Likewise, the exercise of guardianship and custody may correspond to both parents —guardianship and joint custody, or to only one— guardianship and exclusive custody. In both cases, the non-custodial parent has a right to visit, communicate and stay with their minor children or disabled adults, as well as a right to visit in favor of grandparents, relatives and relatives, subordinate in scope, in any case, to that of the parents. The present study is going to focus on the regime of visitation rights, communication and stay of the parents and the consequences that derive from their existence, suspension, suppression or, their non-establishment, in situations of conflict between them, violence of gender, domestic violence and vicarious violence.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia. Derecho de visitas. Comunicación y estancia. Hijos menores de edad. Hijos mayores de edad discapacitados. Conflictividad. Violencia de género. Violencia doméstica. Violencia vicaria. Privación de la patria potestad.

KEY WORDS: Guardianship and custody. Visitation rights. Communication and stay. Minor children. Disabled adult children. Conflict. Gender violence. Domestic violence. Vicarious violence. Deprivation of parental authority.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD.—III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA.—IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES: 1. Concepto, fundamento y naturaleza del derecho de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no custodio, abuelos, otros parientes y allegados. 2. Titular activo y contenido del derecho de visita, comunicación y estancia con el progenitor no custodio. 3. El régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio ante situaciones de violencia de género, violencia doméstica y violencia vicaria: *A) Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022. B) Constitucionalidad o no del artículo 92.7 del Código Civil y del artículo 80.6 del Código Civil foral de Aragón. C) Derecho de visita, comunicación y estancia, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derechos de defensa. Su compatibilidad. D) Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el artículo 92.7 del Código Civil.* 4. La orden de protección y artículo 158 del Código Civil: Medidas penales y civiles.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciables, imprescriptible e indisponible y de carácter social[1]. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del título VII «De las relaciones paterno-filiales», del libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171)[2].

Asimismo, la patria potestad actúa, por un lado, como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene un indudable carácter de tutela que la configura como institución a favor de los hijos[3]; y, por otro, se ejerce, por regla general, de

forma conjunta por ambos progenitores —patria potestad dual—, y forma parte de la misma un conjunto de deberes y derechos, entre los que se incluyen el de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general, el ejercicio de la misma corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154, párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que, estimen más conveniente; si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor[4]. Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; y, se debe mantener y respetar cuando tiene lugar la crisis matrimonial[5]. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, pongan en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien, tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres[6].

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002[7] la patria potestad se configura como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitarles el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo»[8].

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172 CC). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

En este contexto, el artículo 156 del Código Civil establece que, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En consecuencia, serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Si existe desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno

de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

Por su parte, en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En fin, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

A esto se añade en el apartado 2 del citado precepto una importante reforma en la cuestión relativa al ejercicio de la patria potestad en casos de violencia de género. Así dispone: «*Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos*». Por tanto, ante una sentencia condenatoria y no se haya extinguido la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento de violencia de género o doméstica se puede prestar asistencia psicológica y terapéutica a los hijos/as menores de edad, sin necesidad de consentimiento del cónyuge maltratador, que ya no se puede amparar en que se trata de una medida que afecta a la titularidad de la patria potestad y se debe contar con su consentimiento. Ahora bien, de no existir denuncia previa, si la mujer esté recibiendo atención por un servicio especializado de violencia de género, se podrá optar también por la medida expuesta. En cualquier caso, si se trata de hijos/as mayores de dieciséis años, se precisará su consentimiento para la prestación de la correspondiente atención o asistencia terapéutica.

En este contexto, en el divorcio con violencia de género debemos, asimismo, referirnos a la posibilidad de la adopción de la medida civil de privación de la patria potestad, tal y como establece el artículo 170 del Código Civil: «*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 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*»[9]; y, también, el artículo 92.3 de este mismo cuerpo legal, pues, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se puede acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

En el ámbito penal, el artículo 55 del Código Penal impone la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, cuando la pena de prisión es igual o superior a diez años, salvo que aquella ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o

acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Efectivamente, se trata de una pena de carácter accesorio y potestativo en su adopción por el juez; y opera siempre que no se hubiera establecido como pena principal la privación o suspensión de la patria potestad.

También se impone como pena accesoria por los jueces o tribunales en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad del delito (art. 56.1.3.º).

Como indica el artículo 46 del citado cuerpo legal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada. Se puede adoptar en delitos: de maltrato en el ámbito familiar (art. 153.3)[10]; de amenazas (arts. 171.4 y 5)[11]; de coacciones (art. 172.2); contra la integridad moral (art. 173.2); corrupción de menores (art. 192.3); sustracción de menores (art. 225 bis); y abandono de familia (arts. 226 y 233.1).

En todo caso, para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad en relación a las circunstancias del caso concreto.

En el supuesto de asesinato u homicidio de uno de los cónyuges (o pareja) por parte de otro cónyuge y tuviesen un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá al autor de los delitos como obligatoria la pena de privación de la patria potestad. La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren (arts. 140 bis.2 y 3 CP).

En general, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha sido reacia a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio que en la vía civil se pudiera acordar esta medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, podemos señalar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 780/2000, de 11 de septiembre[12]; 568/2001, de 6 de julio[13]; y, 750/2008, de 12 de noviembre[14]. El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad estimando el recurso del condenado. Actualmente, al contar con la nueva redacción del artículo 55 del Código Penal y, que se debe acordar la privación en el propio proceso penal evitando con ello dilaciones que siempre son perjudiciales, y pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal (Pleno), de 30 de septiembre de 2015[15] avala la privación de la patria potestad por vía penal en los intentos de asesinatos de la pareja presenciados por los hijos. Además de imponer en este caso la pena de alejamiento del padre en relación con la hija menor, como simple consecuencia de la privación de la patria potestad.

Sobre tales bases, el principio de interés superior del menor supone que, este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible

por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores[16]; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar tanto la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales[17]; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que deben ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado[18].

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la Constitución española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución española dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; de tal modo que, este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 C)]. En su artículo 9.3 se establece que «los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 19.2 establece que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 del CDFUE).

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. En los casos de ruptura de la convivencia, la patria potestad la continúan ejerciendo ambos progenitores; si bien, ha de consensuar todas aquellas decisiones que, afecten al desarrollo de la vida de los hijos menores.

Ahora bien, cuando la patria potestad y la tutela ordinaria resultan insuficientes para dotar a los menores de la necesaria asistencia personal y patrimonial, la intervención de los poderes públicos mediante un sistema de carácter global, determina que, el cuerpo normativo español ha incorporado, precisamente, importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: la reforma operada en 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), por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (en adelante, LO 8/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio (en adelante, Ley 26/2015), ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras. De acuerdo a la Ley, los poderes públicos tienen la obligación de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, así como de establecer aquellos procedimientos necesarios para asegurar la coordinación entre las Administraciones públicas competentes y, en este orden, revisar en profundidad el funcionamiento de las instituciones del sistema de protección a las personas menores de edad y constituir así una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desamparo.

No obstante, a pesar de dichos avances normativos, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, de alcance normativo análogo a la aprobada en el marco de la violencia de género.

De ahí, que, con objeto de cumplir tal mandato, avanzar en la defensa de los derechos de las personas menores, así como reforzar su protección frente a la violencia, se aprueba la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI) como ley integral y con un alcance multidimensional en cuanto abarca desde la prevención detección precoz hasta la actuación inmediata y eficaz frente a la violencia sobre los menores y adolescentes. Nadie duda que, la violencia sobre personas menores de edad es una realidad execrable y extendida a pluralidad de frentes (social, familiar, escolar). En numerosas ocasiones pasa desapercibida por la intimidad

de los ámbitos en la que tiene lugar parte de la violencia —como el reciente caso de maltrato de ocho hijos por sus padres en Colmenar Viejo (Comunidad de Madrid)—. Ciertamente, la lucha para erradicar la violencia contra la infancia y la adolescencia es un imperativo de derechos humanos. De ahí, el modelo de protección basado en el enfoque de derechos humanos que, supone priorizar la prevención frente a la atención y la reparación, operar sobre un enfoque integral basado en la interdependencia de todos los derechos y la corresponsabilidad de todos los sujetos públicos o privados obligados a garantizar la protección integral de los menores y adolescentes y, en la necesaria participación en la toma de decisiones que les pueden afectar directa o indirectamente. Precisamente, desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha consolidado la consideración de este como titular de derechos que, hay que respetar y proteger. Lo que también alcanza aquellos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, sujetos especialmente vulnerables y con mayores dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades. No obstante, un notable avance ha tenido lugar con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adecuando con ello nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se basa esta Ley en el respecto de la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso pueda necesitar la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Por lo que, ante situaciones de violencia ofrece soluciones, como veremos, en relación con el derecho de visitas, precisamente, al modificar el artículo 94 del Código Civil.

Por otra parte, la LOPIVI otorga un papel primordial a la familia y la califica como entorno seguro, a la vez que implica a las Administraciones públicas para su consecución. Así estas en el ámbito de sus respectivas competencias deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Esta actuación, prevista en el artículo 26.1 de la mencionada norma, implica que dentro de los planes y programas de prevención las Administraciones públicas deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.

De forma que, considerando a la familia como entorno seguro, las medidas de prevención en el entorno familiar deberán estar enfocadas a: a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva; b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que

permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento; c) Promover la atención a las mujeres durante el período de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo; d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacida; e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares; f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar; g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta; h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad; i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad.

En cuanto a la parentalidad positiva indicada como actuación preventiva primordial en el ámbito familiar, el artículo 26.3 a) de la LOPIVI la define como «el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes».

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental (SAP). Por lo que, no procede alegarlo en los supuestos de ruptura familiar para obtener la guarda y custodia exclusiva o compartida, o un eventual el derecho de vistas.

Ahora bien, con el objeto de favorecer la parentalidad positiva, las Administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de aquella en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas: 1. A prevenir la pobreza y las causas de exclusión social; 2. Favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas

de la crianza; y, 3. Potenciar el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Por su parte, la disposición final segunda de la LOPIVI modifica el artículo 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. A tal fin, dispone el mencionado artículo 92 en su número 2 del Código Civil que, el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión; y añade en su número 10 que, el juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014[19], establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados parte pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del artículo 8 del Convenio Europea de derechos humanos, ha indicado que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo» (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues «el paso del tiempo puede tener consecuencias irre-

mediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es, en interés del niño que, los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que «respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares» y específicamente «en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que, proteja a los niños de formas tan serias como de atentar contra la integridad personal» (SETDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STDEH *Jasen c. Noruega*, § 104).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar el régimen jurídico y el ejercicio del derecho de visitas del progenitor no custodio; en especial, cuando hay situaciones de conflicto, o de violencia de género, violencia doméstica o violencia vicaria. Procederemos, en primer lugar, a analizar de modo sucinto, los diferentes modos de ejercer la patria potestad en caso de nulidad, separación y divorcio, destacando la no atribución de la guarda y custodia compartida en casos de violencia de género; para luego, proceder a tratar también de forma concisa, el régimen jurídico del derecho de visitas; y, finalizar con el tratamiento del derecho de visitas en supuesto de violencia de género y las medidas civiles y penales que se pueden adoptar tras una orden de protección o las previstas en el artículo 158 del Código Civil.

No obstante, antes de proceder al oportuno desarrollo de la materia, nos parece adecuado señalar que, ante esta lacra que constituye la violencia de género y violencia vicaria, además de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

de Medidas de Protección Integral con la violencia de género y de la LOPIVI; hay que destacar, como normativa a aplicar, el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia; la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica; Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; y la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD

Como hemos indicado, la patria potestad representa una potestad o función en cuanto a los derechos o facultades que lo integran, y se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella, y en donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo y su integridad física y moral, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que, su desarrollo personal exige y demanda. En todo caso, se faculta a los progenitores para en el ejercicio de su función «recabar el auxilio de la autoridad» (art. 154 último párrafo CC). Asimismo, constituye un entramado de derechos y deberes que, determina la asunción de la representación legal y administración de los bienes de los hijos. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000[20] dispone 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 34 de la Constitución». En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. Por su parte, DÍEZ GARCÍA afirma «el carácter irrenunciable que ostentan estos derechos "como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular", así como imprescriptible —por lo que «ni su ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva», salvo en los casos previstos para su extinción o privación—; e indisponible —"lo que no impide que, en determinados supuestos, su falta de ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta", puede acarrear su extinción (art. 170)—»[21].

Precisamente, los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor, se relacionan en el artículo 154.2 del Código Civil. Así, el deber de velar por los hijos —que engloba realmente a todos los demás— supone cuidar de ellos «solícitamente», y comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida y

de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto[22].

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, de la persona con la capacidad modificada judicialmente encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código Civil «de acuerdo con su personalidad»; lo que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2 del Código Civil —en relación, con el artículo 90.1 b) y 2 del citado cuerpo legal—, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados[23].

Asimismo, todos estos derechos y deberes que integran la patria potestad se deben ejercer siempre en interés o beneficio del menor, como asimismo, las relaciones personales de los abuelos con los nietos —se presumen *iuris tantum* que, son beneficiosas para estos—[24], o de los hijos menores de edad con otros parientes y allegados. En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se califica el interés del menor como «un concepto jurídico indeterminado que, ha sido objeto, a lo largo de estas años de diversas interpretaciones» y, por ello, con el objeto de dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando una redacción más completa al mismo e incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observancia General número 14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial»[25].

También se indica en el citado preámbulo que «este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral». A lo que se añade que «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenido en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

RIVERO HERNÁNDEZ define el interés del menor como «estándar jurídico no ético; responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico —respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídi-

cos—. Pero se desenvuelve, ciertamente, en el ámbito jurídico con más carga metajurídica, incluso ética, como es el Derecho de la persona y de la familia, lo que comporta que la moral social y sus valores tengan en ocasiones notable peso en la determinación del interés del menor»[26]. Por su parte, para VERDERA IZQUIERDO resulta «prácticamente imposible, realizar y plasmar una definición única, unívoca del interés del menor, siendo un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas». Se debe, en consecuencia «realizar una determinación del concepto *in concreto* de acuerdo con todos los datos aportados al proceso o al supuesto particular sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico»[27]. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2020[28] señala que «el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores, las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de marzo de 2020[29] el interés superior del menor prevalece frente al de sus progenitores.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.º); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º); y, 131/2021, de 31 de mayo (FJ 2.º) subrayan 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». De forma que, el interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 7.º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º; y 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (sentencia del Tribunal Constitucional, 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º).

En todo caso, la expresión de la jurisprudencia constitucional «consideración primordial» significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

Asimismo, el Tribunal Constitucional viene insistiendo también en la necesidad que «todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el artículo 39 de la Constitución española y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden públicos» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2018, de 5 de julio en su *Fundamento de Derecho segundo* lo identifica como norma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener la consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que, la sentencia de este mismo Tribunal 120/1094, de 10 de diciembre en su *Fundamento de derecho segundo* reconoce que concurre en los procedimientos judiciales relativos a la familia a partir que el artículo 39.2 de la Constitución

española sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (también la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2021, FJ 4.º).

De igual forma, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 26 de septiembre que, afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público». O, más recientemente, insiste en esta concepción la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 251/2018, de 25 de abril cuando afirma que «el interés del menor constituye una cuestión de orden públicos y está por encima del vínculo parental (…). Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resultan protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

El interés superior del menor obliga, pues, a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que, debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (sentencias del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [FJ 6.º]; y 16/2016, de 1 de febrero [FJ 6.º]). Únicamente, en los supuestos en los que no pueden respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés del menor sobre cualquier oro interés legítimo que pudiera concurrir».

Ahora bien, recordemos que, sobre la base de que el interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero [FJ 5.º] y 106/2022, de 13 de septiembre [FJ 2.º]).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre en su *Fundamento de derecho quinto* indica al respecto que «(…) los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 de la Constitución española y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (art. 3) contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa».

Pues bien, dentro de este marco tuitivo, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 consagra «el interés superior del menor» como principio, que proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Nuevamente, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera el interés superior del menor como «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones, y en el artículo 24 proclame el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

En fin, relacionado con el interés del menor es el derecho a ser informado, oído y escuchado y a participar en procesos de acuerdo con la normativa vigen-

te [arts. 2.5 a) y 9 LOPJM][30]. Asimismo, el libre desarrollo de su personalidad implica que los niños/as sean titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica y que, como tales son indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 5.º). El citado artículo 2.2 apartados d) y e) de la LOPJM establece, precisamente, como manifestaciones de tal interés superior del menor «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente». De ahí, la circunstancia que los niños/as no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determine que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados.

III. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL Y DE PAREJA

En nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda. a. La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores[31]. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda atribuida a un tercero (art. 103 CC) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor[32]; d. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio[33].

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a

favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (art. 159 en relación con los artículos 90 y 103 CC)[34]. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su exposición de motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (apartado 5), «guarda conjunta» (apartado 7) y «guarda y custodia compartida» (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia[35]. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, d la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013[36] fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectos por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurran criterios tales como: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Y, añade que la redacción del artículo 91 «no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»[37]. Estos criterios son los que debe tener en cuenta el juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor[38]. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016[39] establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas

que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de junio de 2016[40] anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó, pues, de no existir petición de parte «difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia». A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los «estrictos términos» en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) «que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida».

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por las citadas legislaciones autonómicas, que sí han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor[41].

Es, por ello que, el citado artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea[42].

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

Por otra parte, la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas[43] y, asimismo, no consiste en «un premio o castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor[44].

Por lo que, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario[45] —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución[46]— bien de oficio, bien a petición del fiscal, partes o miembros del equipo judicial o del propio menor, asimismo, habrá de valorar

las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera practicado en ella, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores[47].

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013[48] «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia»[49].

En esencia, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022[50] que «(…) es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuando permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis siempre que ello sea factible en cuanto lo sea. Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, este régimen (nuevo *modus vivendi* —modo de vida—) al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos. De forma tal que no se pierdan ni desvanezcan los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños»[51].

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas pareja, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor[52]; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores[53].

De todas formas, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental[54]. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo[55]. Por lo que,

en la toma de decisión del juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos[56].

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, este puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos.

También es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida[57]. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor[58], como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores[59]. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014[60] consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013[61] y concluye que «esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»[62]. Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 2015[63] ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean razonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el «sentimiento de pérdida», no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)».

Asimismo, en cuanto a la consideración que las discrepancias ente los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, en este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015[64] cuando manifiesta que «la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores». Y añade que «las conclusiones del informe psicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesariedad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del «status quo». A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso

con la custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016[65] que «se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 CC). Y al respecto señala que «en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos».

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensado en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 92.7 CC)[66]. Se impone de forma imperativa la no procedencia de la guarda y custodia compartida en los supuestos descritos; lo que resulta criticable al no dejar campo de actuación al arbitrio judicial, como si excepcionalmente, permite el artículo 94.4 del citado cuerpo legal, tal como analizaremos en los siguientes apartados[67].

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad[68]. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 233-11.3 CCC; art. 80.6 del CDFA; y, art. 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si

lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (art. 11.4 y 5 de la citada Ley 7/2015 del País Vasco).

Ahora bien, tampoco cabe un derecho de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio, como indica el mencionado artículo 92.7 *in fine*, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos, como medio de victimizar al progenitor custodio o a los hijos/as menores de edad. Se crea un nuevo supuesto de violencia vicaria que, en todo caso, en los términos en que está redactado puede resultar «excesivo», si no se interpreta en sus justos términos. Ciertamente, corresponde a la autoridad judicial apreciar si existen los supuestos de violencia descritos, pensando siempre en el interés superior de los hijos menores de edad y en proteger a las víctimas. En el campo del arbitrio judicial se pretende evitar que situaciones vivenciales, que podemos calificar de «normalizadas» en el trato con los animales domésticos se califiquen de supuestos de violencia vicaria. En todo caso, los malos tratos o la amenaza de causarlos ha de implicar una forma de control o de victimización/agresión al otro cónyuge/pareja e hijos/as menores o mayores discapacitados para entender que constituye un caso de violencia vicaria. Ciertamente, nadie duda del cariño y amor que se tiene a las mascotas en el seno de la familia, pues, se les considera un miembro más de la misma; lo que, puede ser utilizado por quien ejerce el papel de maltratador, precisamente, como una forma de incrementar su poder, de generar miedo en el entorno familiar ante la desobediencia de su órdenes; en esencia, ampliar su campo de dominación. De ahí que, el maltrato (daño físico y psíquico) al animal doméstico (mascota) se utilice como un instrumento/herramienta más del que se puede valerse el maltratador para causar daño (al otro cónyuge/pareja, y/o a sus hijos); y, por ende, un criterio más a tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la medida de guarda y custodia y el régimen de visitas. Recientemente, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal en cuyo Preámbulo se destaca, en la línea reseñada, que «la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga también a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género». De ahí, que el artículo 340 bis 2 letras a), b) c), d) e) y g) disponga que las penas previstas en el apartado primero de este mismo precepto, se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes: «*a) Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del*

animal; b) Ejecutar el hecho con ensañamiento; c) Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal; d) Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal; e) Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable; y, g) Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Todas ellas representan circunstancias agravantes que suponen una utilización «medial/ instrumental» del animal doméstico por parte del maltratador con el objetivo de causar un mayor daño a las víctimas maltratadas (otro cónyuge/pareja y/o hijo; y/o persona especialmente vulnerable); al que se une el que se causa directamente a las mismas[69]. En esencia, se trata de añadir un subtipo agravado que, incrementa la pena básica a la mitad superior, cuando se maltrata a un animal doméstico (mascota) con el fin de violentar, dañar a la familia que convive con el maltratado, esto es, como un instrumento más de violencia en el seno familiar (violencia de género/ violencia vicaria)[70].

En fin, tampoco procederá la guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores residan en localidades lejanas, al no poder llevar a cabo un adecuado cumplimiento de los deberes paternofiliales[71]; o por la falta de disponibilidad horaria derivado de su relación laboral[72].

IV. DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y OTROS PARIENTES

1. Concepto, fundamento y naturaleza del derecho de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no custodio, abuelos, otros parientes y allegados

El artículo 94.1 del Código Civil concede el derecho de visita al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, previsión que el precepto extiende tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio a los hijos mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión. Ahora bien, este derecho de visita compete no solo a los progenitores, sino también con menor intensidad, a los hermanos, abuelos, parientes y allegados del menor. De forma que, además de la regulación que ofrece el citado artículo 154, también los artículos 90.1 a) y b; 160 y 161 del citado cuerpo legal. En consecuencia, el convenio regulador podrá contener el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no convive con ellos; y si lo considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos; asimismo, el derecho de visitas del progenitor no custodio resulta compatible con el que eventualmente pudiera corresponder a hermanos, abuelos, parientes y allegados (art. 160.2)[73]. Si bien, esta compatibilidad tiene como límite que el derecho de visitas de los progenitores es más amplio en su contenido y extensión y preferente.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Primera 176/2008, de 22 de diciembre[74] «el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero

sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo «graves circunstancias que lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por su parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2014[75], así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor»; en el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992: «*En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres ambos con las mismas obligaciones, incluso, si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño*». O en el artículo 24.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*». El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejercitable al respecto. Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visitas de los progenitores que o tengan consigo al hijo, añade el juez que «(…) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (…)». Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de julio de 2002[76] señala, al respecto, que «el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o la madre a relacionarse con sus hijos; incluso, aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrá impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo a la edad de este».

Sobre tales bases, el derecho de visitas tiene lugar en el ámbito de la custodia individual respecto del progenitor no custodio y, en el supuesto de guarda y custodia compartida corresponde al juez fijar en la correspondiente resolución judicial el régimen de vistas de los hijo/os durante el tiempo que no conviven con ellos[77]. De forma que, los titulares de este derecho deben ser el cónyuge no guardador y los hijos menores, pues, es independiente tanto de la atribución del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad[78]. En cuanto a su alcance, se acordará por los cónyuges en convenio regulador y, en su defecto, establecerlo el juez, aunque no lo solicite el cónyuge no guardador. En todo caso, el juez tiene amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este

derecho de visitas, atendiendo a las circunstancias del caso y, principalmente, al interés superior del menor.

En este contexto, cuando hablamos del derecho de visitas, nos referimos a un concepto más amplio que incluye visitas, comunicación o estancia[79]. Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 20 de junio de 2001[80] señala que «se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión esta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, tienen un significado diferente, ya que la palabra «visitas» significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto o cortesía o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra «relación», expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes y allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo a los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el artículo 94 del Código Civil como "derecho de visitarlo, comunicar con ello y tenerlos en su compañía"».

LINACERO DE LA FUENTE emplea el término derecho de relaciones personales y lo define como «la organización del régimen de comunicación, estancias y relaciones entre los progenitores y los hijos o entre determinados parientes (esencialmente, abuelos y hermanos) y allegados con el menor, en aquellos casos que no exista convivencia habitual»; y lo define como «la organización del régimen de comunicación, estancias y relaciones entre los progenitores y los hijos o entre determinados parientes (esencialmente, abuelos y hermanos) y allegados con el menor, en aquellos casos en que no existe convivencia habitual»[81]. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE indica que, es «más correcto hablar de «derecho a relacionarse» de padres e hijos, o de otros parientes entre sí. Sin embargo, la expresión «derecho de visitas» está muy consolidada y presenta la ventaja de ser breve y suficientemente conocida»[82]. Asimismo, MARÍN LÓPEZ manifiesta que las expresiones «visitas y estancia deben interpretarse como sinónimas. La comunicación con el menor implica la posibilidad de establecer comunicación con él escrita, telefónica, etc., sin ningún tipo de limitación»[83]. Por su parte, GUTIÉRREZ ROMERO conceptúa los términos, visitas, comunicación y estancia. Así entiende por visita «los períodos de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven (no custodio)»; comunicación «alude al hecho de tener noticias o estar en contacto el padre o la madre con el hijo a través del teléfono o correo»; y, estancia «se refiere al período de tiempo más largo que una mera visita en el que el menor estará en compañía de su progenitor no custodio (períodos vacacionales)»[84].

En cuanto a su naturaleza y fundamento, procede señalar que, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consideren que estamos ante un verdadero derecho propio y autónomo y, no una mera facultad. Un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a quienes son sus titulares, como lo demuestra el hecho que para denegar o suspender este derecho de visitas o, más amplio de relaciones personales ante los Tribunales, se deberá probar que concurre, precisamente justa causa para ello[85]. Por lo que, hay quienes, en esta línea, se inclinan de forma mayoritaria por considerar que, nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza es de derecho-deber, derecho-función, o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino los del menor, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho

subjetivo[86]. Otros, sin embargo, afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana[87]. Y, en fin, no faltan algunos autores y cierta jurisprudencia menor[88] que, sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido»[89]. Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *«erga omnes»*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo»[90]. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2011[91] determina que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público; de forma que, el derecho de visitas regulado en el artículo 94 del Código Civil, no es un mero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no solo tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado».

Ciertamente, el derecho que tiene todo menor a relacionarse con sus padres, así como el derecho de padre/madre a relacionarse con su hijo/a —pues, el deber de asistencia que compete a los padres (art. 39.2 y 3 de la Constitución española)— tiene un contenido no solo material, sino también espiritual. Se trata de un derecho-deber o derecho-función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, subordinado al interés del hijo, esencialmente relativo o de contenido variable[92]. Este derecho está relacionado con la obligación de los progenitores de velar por los hijos menores de edad (arts. 110 y 154 CC). Por otra parte, el derecho de visita se caracteriza por su relativismo, siendo provisionales y revisables las resoluciones que lo acuerdan o regulan (art. 90 CC)[93]. Asimismo, cabe señalar que, en los supuestos de conflicto matrimonial el progenitor que tiene al hijo en su compañía no puede impedir el contacto con los familiares de la otra rama —abuelos, tíos— por simples razones de animadversión, solo si existe una justa causa. Por tanto, se ha de decir que, en caso de los abuelos, estos tienen derecho a relacionarse con su nietos —incluso a pesar de la negativa de ambos progenitores— de cuya relación solo por justa causa se les puede privar (art. 160.2 *a contrario sensu* CC), aunque su contenido y duración no sea tan amplio como el derecho de vistas entre padres e hijos. La exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre mediante la que se modifica el citado artículo 160, entre otros, establece que: «los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución española, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. En este sentido las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo persona de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos (…). En efecto, cabe entender que los abuelos ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (…). Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados que, también pueden coadyuvar al mismo fin. De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones

entre abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad». Ahora bien, esta mención a los abuelos es extensible a los allegados, en su caso, como ocurre con los tíos, cuando su influencia sea beneficiosa y en interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño incide en la relación con la familia extensa en interés del menor, lo que, sin duda, influirá como factor de socialización, de estabilización emocional y crecimiento personal[94].

Si bien, cada caso es único, en principio, la discapacidad[95]; las drogodependencias o el alcoholismo de los progenitores[96]; la homosexualidad; la transexualidad[97]; o la convivencia del progenitor con otra persona, casados o no, no bastan para suprimir el derecho de visitas, si no perjudican al hijo[98].

Por otra parte, las relaciones personales entre progenitores e hijos se justifican en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que, puede suponer para el hijo/a y su desarrollo personal la relación con aquellos y otros familiares: hermanos, abuelos, otros parientes y allegados[99]. Es, precisamente, ese interés y beneficio que para su estabilidad emocional y desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus progenitores y otros parientes, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones personales (art. 94 párrafo 2.º *in fine* CC). Además, hay que tener en cuenta que, estas relaciones pueden resultar positivas ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja de sus progenitores.

2. Titular activo y contenido del derecho de visita, comunicación y estancia con el progenitor no custodio

Se considera, de forma mayoritaria que, los titulares activos de este derecho de relaciones personales es el progenitor no custodio o custodio, en caso de guarda y custodia compartida, en función de la duración y distribución de los períodos de convivencia entre ambos progenitores, principalmente, cuando la distribución de la convivencia es por períodos amplios (un año, un semestre, el curso escolar). En todo caso, como un derecho-deber, se concede en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad y como precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE «es afirmación común la de que la finalidad del derecho de visita es propiciar un desarrollo personal del menor más íntegro, armónico y equilibrado, tanto en sus aspectos afectivos como educacionales a través del mantenimiento de lazos afectivos con el progenitor que no convive (o en su caso, con otros parientes o allegados)»[100].

En cuanto al *contenido*, el juez debe tener una serie de elementos a la hora de concretarlo así: la edad de los hijos[101]; las relaciones afectivas entre estos y los padres; las relaciones cordiales o no entre los progenitores; la vivienda que ocupe el titular del derecho de visitas reúne las condiciones necesarias para el desarrollo de tal derecho y, asimismo, permita al hijo pernoctar o no en ella; el régimen escolar y régimen laboral de los progenitores; si la residencia de los progenitores y el hijo está en la misma población o en distinta población o comunidad autónoma y la distancia entre ellas, o en otro país o continente[102]; y la asunción de los gastos de desplazamiento que se generan para su cumplimiento[103]. De todas formas, el régimen de visitas ha de ir precedido de la correspondiente exploración del menor y de los informes de los profesionales adecuados[104] y del Ministerio

Fiscal y tener siempre presente el interés superior del hijo y la posibilidad de ser oído para que puede expresar sus deseos y preferencias[105]. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2013 declara que «la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense de ellos, sino que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor»[106].

En todo caso, resulta habitual que, en situaciones de cierta normalidad, el juez acuerde un régimen de visitas intersemanales, siempre que las actividades escolares o extraescolares lo permitan[107]; también la posibilidad de desarrollarse los fines de semana[108]; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano[109]; o en días especiales como el día de Navidad o de Reyes, el cumpleaños del hijo, el cumpleaños de cada progenitor, el día del Padre, el día de la Madre[110], o determinados acontecimientos familiares[111]. Por otra parte, compete el juez determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho —*v.gr.*, en un punto de encuentro familiar[112] o en compañía de un tercero[113] o familiar[114]; o en el Cuartel de la Guardia Civil[115]—, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes del caso[116], así como la posibilidad de un régimen progresivo[117]. Además, en la fijación del régimen de vistas puede intervenir el Servicio de Coordinación de Parentalidad, servicio este que tras entrevistarse con los progenitores y el menor, propondrán al juez los concretos días y el modo en que se llevarán a cabo. Este Servicio de Coordinación de Parentalidad se podrá volver a reunir con los progenitores y el menor y antes de remitir un informe al juzgado sobre la conveniencia de mantener, suprimir, reducir o ampliar las visitas[118]. O, el también llamado Gabinete de Orientación Familiar, dejando en todo caso a salvo en el curso de esta intervención la voluntad de la menor de mantener o no contacto con el padre[119]. O mediante el establecimiento de un Programa de Apoyo e Intervención familiar con el padre o la madre no custodia a fin de corregir las carencias y deficiencias observadas en relación con el cuidado y atención de sus hijos[120].

Por otra parte, la determinación del régimen de visitas de los hijos menores de edad representa una facultad discrecional del juzgador no revisable en casación, a menos que en las actuaciones figuren graves circunstancias que aconsejen otra cosa. En todo caso, la delimitación de la realidad familiar determina a la hora de concretar el régimen de visitas, cuál es el interés de menor, lo que tampoco tiene aspecto casacional[121]. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015[122] recuerda que «el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor, el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés del niño. Será, o habrá sido, en ejecución de la sentencia, a la que se remite el juzgado, donde se habrá evaluado la evolución del padre y su capacidad para hacerse cargo en el momento actual del menor en la forma en que la misma establece. El interés del menor se haya protegido en el momento que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia».

En este contexto, son dos los criterios de ponderación en la determinación del régimen de vistas: el interés superior del menor (arts. 92 CC y 39 de la Constitución española) —que ha de prevalecer frente a los de sus progenitores—[123]; y el reparto equitativo entre los progenitores de los gastos de traslado, cuando ambos residan en localidades distantes atendiendo a su capacidad económica y demás circunstancias personales [arts. 90 c) y 91 CC]. De forma que, ambos progenitores sufraguen los costes de traslados de forma equilibrada y proporcionada, como hemos indicado, a su capacidad económica, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.[124]. En todo caso, en ocasiones, para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión se establece un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación. En base a ello, para la determinación de quién es el obligado a traslada y retornar al menor al domicilio de cada uno de los progenitores se ha de estar, al deseable acuerdo de las parte, en tanto no se perjudique el interés del menor, y en su defecto, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este se puede considerar el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la visita de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponde con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno por uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables[125]. En todo caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, puede corresponder los gastos de desplazamiento a ambos progenitores o a uno solo de ellos —el progenitor custodio o no custodio—[126]; y, utilizar, al respecto, diferentes medios de transportes[127].

Asimismo, se concreta como base esencial en la determinación del régimen de visitas, la voluntariedad y autonomía decisoria —grado de madurez suficiente— del hijo menor[128] y los acuerdos de las partes al respecto[129]. Precisamente, cuando se llega a una edad cercana a la mayoría de edad, resulta más difícil fijar un sistema rígido y obligado de relaciones personales entre progenitor e hijo/a[130]. Por otra parte, en la concreción del régimen de visitas debe regir el principio de conseguir la mayor estabilidad posible de los menores[131], así como minimizar los riesgos que cualquier cambio en la situación material o emocional pueden ocasionar en la personalidad del menor y en su desarrollo futuro al ser los dos elementos generales de ponderación del interés superior del menor[132]. En ocasiones, la ruptura de la comunicación entre el padre y el hijo tiene su origen exclusivamente en la actitud y comportamiento de este y no necesariamente en la influencia del menor por el otro progenitor (síndrome de alienación parental —SAP—)[133]. Y, a veces, se exige una terapia obligatoria del propio menor que, permita un desarrollo del régimen relacional condicionado a que el padre/madre demuestre progresos en el ejercicio de su cualidad paternofilial y permita una gestión adecuada de las capacidades parentales, orientadas a cubrir las necesidades del hijo/a menor de edad[134].

Ahora bien, el régimen de visitas puede incluir, además del concepto de visitas en sentido estricto[135], el derecho del progenitor no custodio a pernoctar con su hijo común durante las visitas; lo que forma parte del concepto estancia[136],

o no proceder dicha pernocta[137]; y la comunicación de cualquier tipo: epistolar, telefónica, por whatsapp, correo electrónico, entre otros[138]. Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 27 de enero de 2020[139] que, además, de considerar el régimen de vistas y de comunicación trascendental para el desarrollo del menor, en ningún caso ha de ser incondicionado en su ejercicio, sino subordinar al interés y beneficio del menor y, en este caso, no se suspende, ni se limita el derecho de comunicación de la menor con su padre, sino que este se ha de establecer, en atención a la edad de la menor, conforme el libre albedrío entre ellos, concretándose en la práctica en la forma que ambos tengan por conveniente. Asimismo, se ha indicar que, el derecho de visitas alcanza a los hijos menores de edad —atendiendo al interés superior del menor— y, al hijo mayor discapacitado —atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias—[140].

Por otra parte, el régimen de visitas, además de no ser objeto de interpretación restrictiva, como hemos manifestado en líneas precedentes, tampoco tiene carácter excepcional[141], lo que no impide que se pueda restringir en su contenido[142]; y, ciertamente, solo cede en caso de darse un peligro concreto y real para la salud psíquica o moral del menor[143]. En todo caso, ante la suspensión del derecho de visitas como consecuencia del Covid-19, se procede, una vez finalizado el período de estado de alarma y del consiguiente confinamiento, a compensar los días de visita suspendidos. Para ello, se debe proceder de forma equitativa e igualitaria. Lo que se trata con la compensación es de equilibrar una situación que por circunstancias de fuerza mayor se ha alterado; si bien, en perjuicio del padre del menor y de este mismo, que se ha visto privado de la compañía de su padre, durante un concreto período de tiempo en pandemia[144].

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2022[145] reconoce el derecho a acumular vacaciones a un Guardia Civil en excedencia voluntaria por cuidado de hijos menores al entender que, pese a la excedencia, sí se genera derecho al disfrute de vacaciones del período anual anterior. Explica la sentencia que, la clave está en considerar que un guardia civil en situación de excedencia voluntaria es un «guardia civil suspenso», con el efecto que deja de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, pero a la vez, considerándose que es «el tiempo de servicio efectivo» el desempeño en el período anual que sirve para calcular el crédito de vacaciones anuales y el número de días de permiso por asuntos particulares al que se tiene derecho. A lo que, concluye la citada resolución que, negar la posibilidad de acumular vacaciones en excedencia por cuidado de como una de las situaciones que permita disfrutar de vacaciones durante «el período anual inmediatamente posterior» desincentivaría la implicación de funcionarios en este cometido familiar, con el indeseable efecto discriminatorio indirecto que ello supondría.

Ahora bien, la extensión del derecho de visitas se puede concretar en solo visitas en sentido estricto con una duración concreta y en períodos determinados, o bien en un sentido amplio en la que se incluyan estancia —pernocta— y comunicación; o concretar un régimen progresivo en varias etapas[146]; o, en fin, el establecimiento de un amplio régimen de visitas y comunicación paterna que se traduce en un reparto casi igual de los tiempos de convivencia y equiparable en su alcance a una custodia compartida[147]; o ampliarse en ejecución de sentencia en función de la evolución de las circunstancias familiares[148]. Asimismo, en interés del menor se ha de respetar el principio de proporcionalidad, pretendiendo equilibrar en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores[149].

Sobre tales bases, el régimen de visitas existente puede modificarse, consistiendo en una ampliación o limitación, cuantitativa y cualitativa[150]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017[151] se desaconseja modificar el sistema de visitas y custodia, ampliando aquel, ante una sentencia por una condena firme por delito de malos tratos al padre y señalamiento de juicio por quebrantamiento de medidas cautelar para el 14 de noviembre de 2017. Se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitado someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018.

En otras ocasiones, prospera la oposición a la acción ejecutiva, ante la situación de abuso del derecho que supone el ejercicio de tal acción por parte de la madre custodia. Así en el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 14 de diciembre de 2020[152] no se advierte un incumplimiento reiterado y continuo en el progenitor paterno del régimen de visitas, ni la base sustentadora de la acción ejecutiva la cual sería un incumplimiento paterno reiterado en el tiempo del régimen de visitas, solicitado por la ejecutante. Por lo que, no se advierte tal incumplimiento, sino una falta de entendimiento y flexibilidad en los progenitores, especialmente en la progenitora custodia que es quien cuida y atiende a las niñas y dificulta su ejercicio y desarrollo en condiciones de sosiego y normalidad. De forma que el ejercicio de la acción ejecutiva por incumplimiento supone abuso del derecho que impide la prosperibilidad de la misma.

En fin, algunas veces un amplio régimen de visitas facilita la transición a una guarda y custodia compartida por cambio sustancial de las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron y que fijo la guarda y custodia monoparental[153]. Al respecto, el artículo 776.3 de la LEC dispone al respecto que «*el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia*».

Por otra parte, puede ser objeto de suspensión, temporal o definitiva, *v.gr,* como hemos indicado en líneas precedentes, cuando el padre o madre está en prisión[154] o en este caso, condicionarlo al acompañamiento de tercera persona y su posible revisión en caso de tercer grado del padre[155]; o de supresión[156]. Igualmente, puede no proceder o ser denegado desde un primer momento, al concurrir circunstancias que desaconsejan conceder este derecho al progenitor que lo solicita[157]. El artículo 94.5 del Código Civil establece que: «*No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior*».

3. El régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio ante situaciones de violencia de género, violencia doméstica y violencia vicaria. Constitucionalidad o no del artículo 94 apartado 4 del Código Civil

La Ley 8/2021, de 2 de junio ha modificado, precisamente, este artículo 94 y ante casos de violencia intrafamiliar, posibilita que, se puede acordar la suspensión o el no establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. A tal fin, señala el apartado 4 del citado artículo 94 que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspen-

derá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. En esta línea, la resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor». Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: «*La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero* —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia—». Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: «*se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar*».

La Organización Mundial de la Salud manifiesta que «la violencia de género es un gravísimo problema que vulnera los derechos humanos, con efectos en el ámbito sanitario, social, laboral y económico, un fenómeno que se extiende por todos los países, culturas, clases sociales y razas. La deseada igualdad de género aún es una utopía lejana y la pandemia pro coronavirus ha provocado una crisis económica que nos aleja aún más de ella, pues, afecta principalmente a las mujeres aumentando la brecha salarial».

A esto hay que añadir que, también ha afectado al pleno desarrollo e implementación de las medidas contemplada en el Pacto de Estado de Violencia de Género alcanzado a finales de 2017. Si bien, nuestra sociedad ha experimentado un cambio positivo, concienciándose de la necesidad por alcanzar la efectiva y real igualdad de género en todos los ámbitos. Se rechaza unánimemente la violencia, especialmente la que vulnera la libertad sexual de las mujeres, esa violencia sexual que ataca prioritariamente a las mujeres y a las niñas y que ha sido abordada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad

sexual, no con los resultados deseados y esperados a la vista de la reducción de condenas o excarcelación de violadores, pederastas y agresores sexuales que está originando su aplicación y que exige una reforma inmediata de la misma[158].

En este contexto, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2009 (caso *Opuz c. Turquía*) consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente como para poder ser calificada de «trato inhumano» en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, el Tribunal Europeo estableció, por primera vez, que los actos de violencia doméstica no solo eran constitutivos de violación de diversos preceptos de la citada Convención, sino también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos recogidos en el artículo 14 de la misma.

En consecuencia, sobre tales bases y operando sobre el establecimiento de un derecho de visitas, este no procede: 1. Si el progenitor está incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Basta la existencia de un proceso en cualquiera de sus fases procesales, sin aun sentencia condenatoria. Ante esta situación o el juez civil se limita a suspender el derecho de visitas aplicando automáticamente la norma, u opta ante la pendencia de un proceso penal por la regla excepcional prevista también en la norma de valorar para su concesión, si responde al interés del menor y previa evaluación de la relación paternofilial. Todo ello de forma motivada; 2. Tampoco procede cuando haya indicios fundados de violencia doméstica o de género para la autoridad judicial que sustancia un proceso de nulidad, separación o divorcio. En este supuesto, no existe proceso penal alguno que se haya iniciado contra el progenitor, sino solo indicios fundados de violencia de género o doméstica deducida de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas; respecto de los que ha de partir el juez civil para fundar su propia resolución judicial que, al igual que, en el supuesto anterior puede: suspender tal derecho de visitas —relaciones personales en sentido amplio—, o determinar su posible adopción en base al interés del menor y la evaluación de la relación paterno-filial —en resolución motivada—. Se ha de tratar de indicios que han de ser lo suficientemente fundados (motivados con razón, justificados, fundamentados) para proceder en los términos indicados; 3. En caso de condena penal del progenitor y en prisión[159].

El derecho de visitas debe estar subordinado, como tantas veces hemos reiterado, al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto en su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padre, cuando conforme a la Ley y procedimiento aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño y este sentido la LOPJM sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que, han de adoptarse aquellas medidas que sean adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues, progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integridad tanto familiar como social. El derecho de vistas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este punto se ha pronunciado el Parlamento Europeo

el 17 de noviembre de 1992 aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviese la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo, si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005[160] tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados y, los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para este puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias, como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas; respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establecen con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

En esta línea, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de noviembre de 2015 se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otros de los hijos, valorando los *factores de riesgo existentes*[161]. Ciertamente, el Alto Tribunal opera sobre un concepto jurídico indeterminado «factores de riesgo existente», muy en la línea de la redacción del artículo 94 del Código Civil en la citada fecha de la resolución y el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004[162].

Asimismo, teniendo presente que, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso que no pueda respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Por lo que, este mismo Alto Tribunal y Sala, en sentencia de 11 de febrero de 2011[163] mantuvo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia deducible de una orden de protección. Igualmente, en la sentencia de 13 de febrero de 2015[164], en un supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala de lo Civil, la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022[165] ha suspendido el régimen de visitas entre un padre condenado por violencia de género contra su mujer, con la agravante de reincidencia y su hija de cuatro años, al entender que los «desajuste psicológicos» que el progenitor padece actualmente le impiden desempeñar su rol paterno.

El tribunal indica que, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, en este caso el interés de la niña exige la suspensión del régimen de comunicación establecido, sin perjuicio que esta medida se revise si se constata un cambio de las actuales circunstancias. La sentencia explica que el padre deberá «si tiene un propósito serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años». La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor en el que solicitaba la suspensión del régimen de visitas del padre e hija, que estaba fijado en dos visitas semanales de hora u hora y media de duración y tuteladas en el punto de encuentro familiar. Un juzgado de Granadilla de Abona (Tenerife) estableció este régimen para cuando el padre saliese de prisión, donde cumplía condena por delitos continuados de

quebrantamiento de condena, maltrato y de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, con la agravante de reincidencia en los dos últimos delitos.

La Audiencia Provincial de Tenerife confirma la sentencia de instancia y justifica la decisión de mantener el régimen de comunicación padre-hija, en que, pese a las graves circunstancias que concurren en el demandado, eran unas visitas de muy escasa duración, en un punto de encuentro y tuteladas, por lo que consideró que esas precauciones eran suficientes para evitar cualquier perjuicio para la niña y para que se normalizaran con el tiempo las relaciones paterno-filiales. La sentencia recurrida ha sido anulada por el Tribunal Supremo. De todas formas, la Sala parte de los episodios de violencia de género y afirma que implican «un desprecio por la persona más importante en la vida de la menor, en una situación que además no se encuentra superada, como consta en el informe psicológico elaborado, del que resulta que el demandado reacciona de manera verbalmente violenta hacia la madre de la niña, mostrando patente, actual y persistente rechazo hacia ella». Añade que «su problemática de pareja se halla enquistada y su modelo de comportamiento previo incide peyorativamente en la asunción del rol paterno con riesgos para la menor por la desfiguración inducida a la que, además, puede verse afectada sobre la consideración y estima que tiene sobre su madre».

La sentencia, ponencia del magistrado José Luis Seoane, señala que en el informe del punto de encuentro consta que el progenitor es una persona agresiva y que no está garantizada la integridad de la menor en su compañía sin supervisión. Recuerda que en su exploración psicológica se describe como impulsivo y agresivo con problema con alcohol y que a los 17 años ya era politoxicómano, relatando episodios violentes en los que se ha visto inmerso. En el informe psicológico, según la sentencia, consta que se encuentra furioso la mayor parte del tiempo y expresa libremente su ira y hostilidad. Se refiere también a que constan antecedentes de tratamiento psiquiátrico desde los 10 años, y que no resulta acreditado que, actualmente, siga con las indicaciones terapéuticas y farmacológicas que le fueron pautadas. El peritaje concluye —como precisa la sentencia— que presenta desajustes psicológicos que no le permiten proporcionar a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios para afrontar, de forma flexible y adaptativa, su ejercicio parental, por la comunicación con su hija debía ser supervisada, en su caso, por técnicos especializados.

Asimismo, la Sala describe que el padre no ha manifestado interés por mantener los contactos con su hija y que sus relaciones con ella, antes de la judicialización del conflicto, eran realmente escasas, como el propio demandado reconoce. Agrega que no se personó en el procedimiento «con lo que demuestra nulo interés por el establecimiento de un régimen de comunicación con su hija, que observa, con reticencias y mala disposición, como si fuera una suerte de obligación judicialmente impuesta. No concurren, en este caso, lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija».

En fin, la sentencia subraya que «los graves desajustes psicológicos que el padre actualmente padece determinan su carencia para asumir funciones parentales, lo que coloca a la menor en una situación de vulnerabilidad, por la repercusión negativa, sobre su persona, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación de tal naturaleza. No vemos, por consiguiente, que en este concreto proceso, por el conjunto de las circunstancias antes expuestas, no extrapolables a otros casos, el interés preferente de la menor conlleve el mantenimiento del régimen de comunicación predeterminado con su padre del que, además, reniega». Por ello, el padre deberá, si tiene un propósito

serio y real de comunicarse con su hija, controlar sus impulsos y su situación de dominio derivada de una violencia de género no superada, que constituye un pésimo modelo y un manifiesto óbice de idoneidad para desempeñar el rol paterno, con respecto a una niña de cuatro años. Por lo que, no se considera, «en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo esta los peligros ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que, sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamiento que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor».

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017[166] en la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos que, entonces no se había enjuiciado; de forma que se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes de la que fue objeto su esposa, quedaron constatadas medicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente. Si bien, a la vista de ello, no se infringe la doctrina casacional, pues, en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riegos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2012[167] en un padre condenado por un delito de violencia contra la madre y atendiendo a la doctrina que el recurso de casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, aplicando a este caso, puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés del menor que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodio que pueda perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses como el manifestado por la madre. Por lo que, resulta procedente la modificación del derecho de visitas (art. 90.3 CC).

Ahora bien, como ocurre con la guarda y custodia compartida, esta situación de pendencia de proceso penal, o de la existencia de indicios fundados, en que aún no existe sentencia judicial puede resultar un tanto «incompatible» con la presunción de inocencia del progenitor denunciado, su derecho de defensa y la falta de garantías propias de un proceso penal —al operar en un proceso civil—; lo que genera cierta inseguridad jurídica, si luego resulta no condenado[168]. De ahí que, el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles, sección 7.ª, mediante auto de 22 de marzo de 2022[169] haya planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil por vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución española y, asimismo, queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad. Respecto de la vulneración del citado artículo 10.1 considera la juzgadora que el precepto de aplicación (art. 94.4 CC),

precisamente, vulnera el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden público y de la paz social. Evidentemente, cuando el trato con un progenitor puede ser pernicioso para el menor, el superior interés de este hace ceder el derecho reconocido en los tratados internacionales y en la propia Constitución a relacionarse con su progenitor. El precepto de aplicación no sería, a juicio de la juzgadora, inconstitucional si no impusiera el juez la obligación de suspender las comunicaciones y estancias con el progenitor incurso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física del menor, y que no queda satisfactoriamente salvado por la potestad del juez de razonar motivadamente la inaplicación de la norma, eliminando aparentemente su rigor. Hay que destacar que el libre desarrollo de la personalidad de un menor está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que sus padres les proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones a la formación de su personalidad. Privarle de contacto automático con uno de ellos sin justificación, atenta contra el derecho del menor. En cuanto a la posible vulneración del artículo 14 se argumenta que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la igualdad de los menores que ven cercenado su derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial. Los menores tienen derecho a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de ellos, salvo que el superior interés de estos aconseje la limitación de este derecho con alguno de los progenitores, lo cual debe ser examinado por el juez con plena libertad de decisión.

Respecto a la posible vulneración del artículo 24.2 y relación con la independencia del artículo 117 ambos de la Constitución española la juzgadora considera que el precepto de aplicación vulnera el derecho a la presunción de inocencia, al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación de un delito. Si bien, la privación del derecho a las visitas y estancias con los hijos puede ser acordada como medida cautelar en el procedimiento de instrucción que se siga, en este caso, la adopción de la medida cautelar estaría plenamente justificada por obedecer a una decisión judicial libremente tomada atendiendo al juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad tras el examen de los indicios probatorios existentes en la instrucción. Por el contrario, en el caso del artículo 94.4, no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil. Dicha consecuencia jurídica tiene índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (el derecho a relacionarse con su hijo del artículo 39.2 de la Constitución española), sin atender al principio de presunción de inocencia. El juez civil, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, está obligado a adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación, conculcando, en opinión de la juzgadora, el derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente, entiende la juzgadora, que el legislador pareciera como si en realidad pretendiera apartar a los jueces de la decisión, imponiéndoles un automatismo legal en sus decisiones, algo que ya fue reprochado por el Alto Tribunal al que se dirige en sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2012, de 17 de octubre, en la que se declaró nulo el inciso «favorable», al considerar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, del artículo 92.8 del Código Civil era contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución española, pues, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que este precepto otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial así como que la vinculación

del juez al informe del fiscal infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española, pues, al depender el pronunciamiento judicial de tal dictamen, menoscaba el derecho a obtener una resolución. Con el actual precepto se impone al juez la práctica de determinadas pruebas de forma preceptiva y le obliga a motivar el mantenimiento de un derecho, algo inaudito en nuestra jurisprudencia constitucional.

Respecto a la posible vulneración del artículo 39.1 y 39.2 de la Constitución española, consagra el principio de superior interés del menor que debe guiar toda actuación judicial. Con la redacción del artículo de aplicación al caso (art. 94.4 CC) se excluye la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, institucionalizado un automatismo en la decisión judicial objetivamente contrario al superior interés del menor, que no puede ser valorado. Por ley se elude el control judicial efectivo por cuanto se deja escaso arbitrio al juez, que debe motivar el mantenimiento del derecho de los integrantes de la familia a relacionarse entre sí en lugar de obligar a motivar su privación. Además, la aplicación del referido precepto contraviene lo establecido en el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos interpretando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar.

Finalmente, la posible vulneración del artículo 81.1 supone, como señala la juzgadora, que el Código Civil tiene rango de ley y la Ley 8/2021, de 2 de junio tiene el mismo rango, al contener el artículo 94.4 una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió a su entender, haberse aprobado por Ley Orgánica. No es comprensible que, habiéndose publicado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dos días después de la ley que modificó el artículo 94 del Código Civil, no se haya incorporado la reforma a esta segunda ley que, además, por la materia tiene mayor relación con la reforma operada por la Ley ordinaria. Carece de sentido que se modifique por ley ordinaria en lugar de por Ley Orgánica, si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto; lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional.

En este contexto, procede señalar que, si se diera el caso, precisamente, que se le ha privado del derecho de visitas por operar sobre los dos supuestos legales previstos en el artículo 94.4 del Código Civil; deberá el progenitor inocente solicitar una modificación de las medidas definitivas adoptadas. De todas formas, el artículo 775.1 y 2 de la LEC también legitima al Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, para solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas —como sucede en este caso—. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770 de la citada Ley adjetiva[170].

Por otra parte, como hemos indicado, pese a los dos supuestos legales indicados, el mencionado artículo 94.4 *in fine* del Código Civil permite a la autoridad judicial civil establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y

preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Como curiosidad en este supuesto, si se hace oportuna referencia al derecho a comunicarse; a diferencia, recordemos, del apartado 1 de esta misma norma que la omite. Se opera por vía de excepción y mediante resolución motivada, siempre que se den los dos supuestos descritos en la norma de forma conjunta, ofreciendo con ello cierto margen de actuación a la autoridad judicial.

En todo caso, el mencionado artículo 770 de la LEC dispone al respecto que: «*4.ª (…) Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*».

Este derecho a ser oído o de audiencia de los hijos menores supone la comparecencia del menor en sede judicial y facilita al juez la valoración integral de la relación paterno-filial. Si bien, como se indica en la norma trascrita, excepcionalmente y cuando resulte necesario también se puede recabar el auxilio de especialistas.

No obstante lo expuesto, hemos de poner, asimismo, de manifiesto que, en caso de violencia de género, el juez podrá ordenar, incluso de oficio, como medida cautelar, la suspensión del régimen de visitas (art. 61.2 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004).

Por su parte, recordemos que, el apartado 5 del artículo 94 del Código Civil entiende que, no procede en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos[171].

Sobre tales bases, el artículo 160.1 del Código Civil, asimismo, prevé para el progenitor no custodio un derecho de visitas, comunicación o estancia con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad pública. Precisamente, a esta corresponde regular las visitas y comunicaciones que, se otorgan tanto los progenitores, como a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que, se encuentren en situación de desamparo. Dentro de su competencia, puede en interés del menor acordar motivadamente la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal (art. 161 CC).

Por lo que, tanto el juez puede fijar un régimen de visitas, o no concederlo, suspender el ya existente, optar por un régimen progresivo de visitas; o, en fin, que se lleve a cabo en un punto de encuentro familiar, cuyo régimen jurídico y funcionamiento depende de cada comunidad autónoma.

Ahora bien, en esta línea y en el ámbito específico de la violencia de género señalar que: 1. Por un lado que, atendiendo al criterio general previsto en el ar-

tículo 2.2 c) de la LOPJM —la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia— el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género; el artículo 61 de este misma Ley hace hincapié en la obligación de los jueces de adoptar, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en esta Ley Orgánica 1/2004, especialmente de las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que, fueran precisas. Al respecto, el mencionado artículo 66 establece que, el juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento periódico de su evolución.

También, el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse; en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (art. 65 de dicha Ley Orgánica).

Por otro lado, las Administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos. Así, las actuaciones de las Administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantiza el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello, es contrario a su interés superior. Ciertamente, en el hogar familiar los menores pueden ser víctimas directas de la violencia de género, o sufrirla indirectamente a través de la que se ejerce sobre sus madres por sus padres.

Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad (art. 29 de la LOPIVI).

Ahora bien, en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, como indicamos en líneas precedentes, existen expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad: una se encuentra en el artículo 55 que se prevé como potestativa y con naturaleza accesoria para todo tipo de

condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad[172]. No obstante, se puede imponer como pena principal para el supuesto que se trata y el juez, podrá además de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido[173]. Vinculación que deberá determinarse expresamente en la sentencia; y, otra proceden del texto original de la Ley Orgánica 10/1995 se encuentran en los artículo 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, artículos 226 delitos contra las relaciones familiares y, en el artículo 233, también dentro del mismo título —que se refiere a la imposición de la pena de inhabilitación especial para los delitos previstos en los artículos 229 al 232—. En estos casos, su imposición no es vinculante, sino potestativa lo que exige una específica motivación. Asimismo, se impone como obligatoria la pena de inhabilitación de la patria potestad para los supuestos de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando el condenado ha dado muerte al otro progenitor del menor o alguno de sus hermanos o hermanas (art. 140 bis). Asimismo, en el caso que se haya impuesto la pena de privación de la patria potestad, ello implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo solo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto. Si bien, la autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada (art. 46). En todo caso, se prevé la pena de inhabilitación de la patria potestad para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3).

Respecto a las medidas cautelares previstas en el procedimiento penal y en el procedimiento civil, el artículo 544 ter apartados 6 y 7 de la LECrim —reformado por esta Ley Orgánica 8/2021— establece, al respecto, sobre las medidas cautelares que se pueden adoptar de carácter penal, civil —solicitadas por la propia víctima menor de edad o adolescentes— y las medidas de contenido penal y en su caso civil que se pueden tomar en caso de la existencia de una orden de protección por el juez instructor ante un caso de violencia de género o doméstica, así dispone el citado precepto en el apartado 6 que: «las *medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*». Se trata de medidas cautelares de orden civil que el juez penal puede adoptar. Ciertamente, cualquiera de estas medidas están destinadas a la protección de los hijos/as; y, forman parte del conjunto de medidas que permiten al juez penal acordar en la orden de protección, «coligadas» al procedimiento penal.

En cuanto *a las medidas de naturaleza civil*, referidas en el apartado 7 de tal artículo 544 ter, cuando no han sido adoptadas en el seno de un proceso civil, pueden ser acordadas en el curso de un proceso penal deberán ser solicitadas *por la víctima* o su representante legal, o bien por el *Ministerio Fiscal* cuando

existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

En todo caso, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Por lo que, tales medidas pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, el Ministerio Fiscal o el juez de oficio.

Estas *medidas podrán consistir*: 1. En la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho; 2. En la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; 3. En determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; y, 4. El régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Respecto a la suspensión del *régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él,* se especifica que, se adoptará cuando: 1. Se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal, como analizaremos en el siguiente apartado; y, 2. Existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si bien, se diera el supuesto que, dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente (art. 544 ter.7 apartados 3 y 4 de la LECrim). En todo caso, puede no tener lugar en este contexto la suspensión del régimen de visitas, comunicación o estancia, si el juez decide fijarlas o mantenerlas mediante resolución motivada fundada en interés del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial (art. 94.4 *in fine* CC).

De todas formas, recordemos que, también se otorga al juez civil la opción de suspender la patria potestad, la guarda y custodia, y el régimen de visitas cuando los hechos violentos tienen lugar en el entorno familiar (arts. 92.7 y 158 CC). Si bien, en todos los supuestos apuntados la LOPIVI no ha optado por dejar margen de actuación al juez atendiendo al caso concreto, sino que ha optado por la normativización de la obligación, por ejemplo, de suspender el régimen de visitas.

Por otra parte, el régimen de comunicación y visitas de los progenitores y los hijos e hijas menores en casos de ruptura de la relación conyugal (art. 94 CC) y las condiciones de ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC) en contextos familiares en que alguno de los progenitores, en particular, las madres son víctimas de violencia por parte de sus parejas o exparejas y padres de los menores tiene

reflejo normativo en la legislación foral o especial: así en el artículo 236 apartado quinto de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, se establecía que la autoridad judicial puede denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos, así como puede variar sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, si la relación puede perjudicar el interés de los hijos, o si existe justa causa, concurriendo esta siempre que los menores son víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista. El actual artículo 236-5 apartado 1 del Código Civil catalán mantiene la redacción, suprimiendo tan sólo la referencia a la existencia de justa causa y su operatividad.

En el artículo 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se limita al juez la posibilidad de atribuir la custodia compartida o individual cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor. La norma dice expresamente que en estos casos «no procederá» la atribución de la guarda y custodia, que tampoco lo hará cuando el juez advierta, en las alegaciones de las partes y en las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

El artículo 80, apartado seis del Código Civil de Aragón determina que, no cabe la atribución de la guarda y custodia, sea individual o sea compartida, al progenitor que «esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Y, en el artículo 11 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que «no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal». Y continúa, previendo un sistema de medidas cautelares coherente con la previsión que antecede: «En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente».

También se hace oportuna referencia de tal necesidad en un dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, fechado el 18 de julio de 2014, y condenatorio del Estado español (asunto Ángela González Carreño), recomienda a nuestro país «tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos».

Tras ello, la Ley Orgánica 8/2015, recordemos, dio nueva redacción al artículo 1.2 LOVG para reconocer expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares. Lo mismo que, había hecho previamente el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. También en el año 2015, se modifican por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los artículos 153.2 y 173.2 del Código Penal para formular la protección penal directa de las víctimas menores.

Por su parte, La Ley 4/2015, de 27 de abril modifica el artículo 544 *ter* de la LECr., referido a las órdenes de protección de las víctimas de violencia de género, estableciendo en el apartado siete, en relación con las medidas cautelares de naturaleza civil, que «*cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios*».

Por lo que, hace al régimen de relaciones parentales la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como bien indicamos, modifica los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. En su primera redacción estos preveían que el órgano judicial pudiera suspender con carácter cautelar o definitivo el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, o el régimen de visitas por parte del inculpado por violencia de género, y respecto de los menores de él dependientes. La modificación de 2015 establece, reiterando las previsiones anteriores, que el órgano judicial podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de las facultades vinculadas a la responsabilidad parental respecto de los menores que dependan de él, pero añade además que si no adopta esta decisión deberá pronunciarse, en función del supuesto concreto, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o guarda de hecho, o el régimen de estancia, relación o comunicación de los menores que dependan de él.

En este panorama legislativo, como indicamos en líneas precedentes, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015[174] fijó como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes.

En la XII legislatura se aprueba por asentimiento una propuesta presentada a instancia de los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Ciudadanos, de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, de crear, en el seno de la Comisión de Igualdad, una subcomisión para estudiar la elaboración de un pacto de Estado en materia de violencia de género. La subcomisión será creada por el Pleno del Congreso en su sesión de 21 de diciembre de 2016 («BOCG» de 30 de diciembre de 2016). El 28 de septiembre de 2017 se aprobaría el informe de la subcomisión por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados, resultando de ese texto el pacto de Estado que firmaron los distintos grupos parlamentarios (entre los que todavía no se encontraba el de pertenencia de los recurrentes en el presente proceso constitucional), ratificándolo las comunidades autónomas y las entidades locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias en diciembre del mismo año.

El eje cuarto del pacto se refiere a la intensificación de la asistencia y protección específica de los menores, lo que parte de su reconocimiento como víctimas directas y propone, entre otras cosas, la revisión de las medidas civiles relativas a la custodia de los menores, apuntando en la línea marcada por la legislación foral. En este marco, la medida 204 propone «establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004». Y, por su parte, la medida 207 dispone «desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el artículo 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales». Resulta sencillo identificar que son estas dos medidas las que se llevan a los apartados 10 y 19 del artículo segundo de la Ley 8/2021.

A) Planteamiento de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 apartado 4 del Código Civil. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, sección Pleno, de 13 de septiembre de 2022

En este contexto, procede señalar que, mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el día 3 de septiembre de 2021, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El recurso de inconstitucionalidad inicia su razonamiento destacando el carácter injustificado de la reforma normativa que cuestiona, al considerar que las normas impugnadas nada tienen que ver con la modificación que la Ley 8/2021 implementa y, menos aún, con la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que se alude en el preámbulo como justificación de la reforma. Existe, a juicio de los recurrentes, una total desconexión de los preceptos cuestionados con la finalidad perseguida por la Ley 8/2021, sin que en el preámbulo de la ley se justifique la introducción de los preceptos impugnados.

Tras dicha valoración, el recurso se estructura en dos partes diferenciadas que se refieren: a) a la inconstitucionalidad del artículo 2.10 de la Ley 18/2021, en la redacción que efectúa al artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil, por vulnerar los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución Española; b) a la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma Ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo del Código Civil, por vulneración del artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española.

Después de reproducir el artículo 2.10 de la Ley 8/2021 e identificar el párrafo cuarto como el que constituye el objeto del recurso, indica que el precepto está destinado a regular las situaciones de conflicto que pueden plantearse con ocasión de la disolución matrimonial. Resalta que el artículo 39 de la Constitución española impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de

los hijos y de las madres, y señala que esa tutela que debe dispensar el poder público solo será efectiva si la supervisión y, en su caso, la resolución que haya de adoptarse, en caso de que no exista acuerdo, se atribuyen a los órganos que integran el poder judicial.

Considera que el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la reforma, cuando señala que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos», vulnera el artículo 177 de la Constitución Española en relación con el artículo 39 de la Constitución española y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 de la Constitución española). Tal infracción constitucional resulta al privar al progenitor de los derechos de visita o estancia de modo automático, por imposición legal, sin opción a que el juez pueda pronunciarse de modo distinto valorando lo más conveniente para los hijos menores. Se impide de este modo la efectividad del mandato constitucional por el que se impone a la autoridad judicial velar por la protección de los menores. El precepto «limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes en el poder judicial», y priva al progenitor que se considere lesionado en sus derechos de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándole de este modo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española). En apoyo de su pretensión reproduce parte de los fundamentos jurídicos dos a siete de la STC 185/2012, de 17 de octubre, al considerar que se pronunció sobre un caso sustancialmente idéntico al ahora planteado.

Esas mismas vulneraciones —así como la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la CE)— le atribuye al segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que le otorga la Ley 8/2021, cuando señala que «tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Considera que es un supuesto esencialmente idéntico al contemplado en el primer inciso, pues la privación de los derechos de visita y estancia del progenitor opera de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico. Entiende que procede proyectar los mismos argumentos expuestos para sostener la inconstitucionalidad del primer inciso, pero «además en este segundo supuesto, se añade la vulneración de la reserva de ley orgánica, tal y como resulta de los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, así como del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que consagra el artículo 24 de la Constitución española».

Entiende que, el precepto obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, cuando dicho pronunciamiento «solo se puede realizar por un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal», a quien le corresponde además adoptar cuantas medidas considere precisas para proteger a menores y demás personas especialmente vulnerables. Asimismo, se señala que, se vulnera la reserva de ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución española en relación con el artículo 122 de la Constitución española), al regular mediante ley ordinaria una materia propia de ley orgánica y modificar, sin rango suficiente lo que la ley orgánica había asumido como contenido propio y había regulado de modo diferente, refiriéndose en tal sentido al

carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y a la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal (arts. 9.2 y 3 y 89 *bis*.2 de la LOPJ). Dicha regulación también vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la Constitución española), al no atribuirse la competencia al juez «ordinario», que es «aquel a quien, de modo natural, le correspondería su conocimiento», sin respetar la estructura jurisdiccional desarrollada por la LOPJ e imposibilitando la impugnación de la resolución por el progenitor afectado.

Por otra parte, considera que tanto el primero como el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, en la redacción que les otorga la Ley 8/2021, quebrantan el principio de seguridad jurídica al no definir con exactitud la situación jurídica a la que se atribuye efectos restrictivos. Centra dicha «incertidumbre insuperable», en que no es posible determinar, conforme a los términos en que se pronuncia la ley, ni por otra vía indirecta, cuando una persona se haya «incursa en un procedimiento penal iniciado», por lo que al progenitor le resulta imposible saber con carácter previo la razón determinante de la privación de derechos.

Igualmente, entiende que en nada altera lo argumentado el contenido del último inciso del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil cuando refiere que «no obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial», pues la privación siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial al producirse de manera automática en el momento de verificarse el supuesto de hecho previsto en la ley. El deber constitucional de velar por el superior interés y beneficio del menor no admite *vacatio*, en que el interés del menor pueda sufrir las consecuencias de una decisión automatizada que prescinde de las circunstancias que le afectan.

En relación con la inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma, en la redacción que confiere al artículo 156.2 del Código Civil precisa que vulnera el artículo 117 de la Constitución española en relación con el artículo 39 de la Constitución española. Sostiene, tras reproducir el contenido del precepto, que en el mismo se «prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias», omitiendo la intervención del órgano judicial. Más adelante indica que el precepto «contempla la privación automática y por efecto de la ley, de la facultad que corresponde al progenitor de participar en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad», sin resolución judicial que le limite o prive de las facultades que le conciernen.

Desglosa tres supuestos contenidos en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil: 1. El caso en el que se haya dictado una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal, considera que la única interpretación posible es que la sentencia condenatoria haya establecido una privación o limitación de las facultades de la patria potestad; 2. El supuesto en el que se haya «iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores»; y, 3. La circunstancia en la que «la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación». En estos dos últimos casos se infringen los artículos 117 y 39 de la Constitución española, al tratarse de una injerencia del legislador en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Entiende que, si se ha

iniciado un proceso penal, la adopción de cualquier medida en relación con la investigación de los hechos le corresponde al órgano judicial en consideración con el interés del menor. Afirma que no puede el legislador usurpar dicha función, sustituyendo el ejercicio de la potestad judicial por un automatismo impuesto sin consideración al interés del menor. Reprocha al precepto que dé preferencia a un progenitor por el mero hecho de estar recibiendo asistencia en un centro de violencia de género, único requisito que debe acreditar, prescindiendo de la resolución de un órgano judicial, adoptada en consideración al interés del menor y una vez oídas todas las partes implicadas.

En fin, por providencia de 7 de octubre de 2021, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados (art. 34 de la LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como la publicación de la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

Mediante sendos escritos de 19 de octubre de 2021, la presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado comunicaron el acuerdo de la mesa, de aquella misma fecha, en orden a que se diera por personada a las respectivas Cámaras en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

Por escrito registrado el 28 de octubre de 2021, el Abogado del Estado se personó en el proceso en nombre del Gobierno y solicitó que se le concediera prórroga, por el máximo legal del plazo conferido para formular alegaciones. En diligencia de ordenación de 2 de noviembre siguiente, se le tuvo por personado en la representación que legalmente ostenta y se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 7 de octubre de 2021, a contar desde el siguiente al de la expiración del ordinario.

Por escrito de 16 de noviembre de 2021, la Abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones solicitando que, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, responde a dicho recurso de inconstitucionalidad la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de septiembre de 2022[175], de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Martínez-Vares García, indica que es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático. Afirma la sentencia que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.

La sentencia argumenta que el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que

se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil.

Se indica que los recurrentes reprochan a la expresión utilizada en el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 8/2021: «incurso en un proceso penal iniciado», un defecto de técnica legislativa, pues consideran que, si el precepto precisa aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado. A ello añaden que, no existe concepto legal que describa la situación de estar incurso en un proceso penal. Lo que vienen a cuestionar los recurrentes es la utilización de la expresión «estar incurso en un procedimiento penal», al considerar más reconocibles otras como denunciado, querellado, investigado, procesado. En efecto, los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión «aboca a una incertidumbre insuperable», sostienen que «incurso en un proceso penal iniciado», puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querella. De este modo, admiten la posibilidad de que la cuestionada locución, al adjetivar «incurso en un proceso penal» con «iniciado», excluya los procedimientos penales pendientes de una decisión sobre su admisión. Por lo que, al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma. Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal «juez de la calidad técnica de las leyes», en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes.

En todo caso, la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil señala que, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

Por lo expuesto, debe descartarse la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución española).

Por otra parte, se indica que, los recurrentes consideran que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción

penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo «ordinario» por su vinculación «natural» con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 de la Constitución española) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 *bis*.2 del LOPJ).

El planteamiento de los recurrentes lleva a recordar la doctrina que este tribunal ha establecido al interpretar el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24 de la Constitución española), y más en concreto a examinar tanto el concepto de «ordinario», que los recurrentes equiparan a «natural», así como la naturaleza de la norma a la que alude el artículo 24.2 de la Constitución española —«predeterminado por la ley»— en relación con los artículos 81.1 y 122 de la Constitución española, que los recurrentes consideran que debe tener carácter de orgánica.

El principio consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, en relación con el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley», significa desde luego la «garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir (…) pero también indica que dicho 'juez ordinario' es el que se establezca por el legislador. Como ha venido sosteniendo este tribunal, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la ley, (…) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (…). La Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6).

La exigencia de «ordinario» desde un punto de vista negativo viene establecida «por el artículo 117.6 de la Constitución española cuando al declarar lapidariamente que "se prohíben los tribunales de excepción", excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4). La doctrina de este tribunal es muy clara: «el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del juez "*ad hoc*" excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia» (STC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1).

Asimismo, se afirma que la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite señalar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil indica, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Finalmente, la sentencia también rechaza que la regulación del artículo 156.2 del Código Civil sea inconstitucional, pues ni se advierte, ni se argumenta en el recurso, que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los

supuestos que el precepto establece —caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores—, y por tanto, atendida la dificultad de alcanzar un acuerdo, sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor (art. 39 de la Constitución española).

Se presentan votos particulares que, formulan la magistrada doña María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, el magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS y la magistrada doña Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS, a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021. Al respecto, se manifiesta que, un voto particular puede discrepar tanto del fallo como de la argumentación del pronunciamiento a que se opone. Y aunque la práctica ha terminado por definir como voto particular al que se opone al fallo y como voto concurrente el que se opone a la argumentación, pero no al fallo, ambos son igualmente ilustrativos de la existencia de una diferencia de criterio en el Tribunal que resulta notable e insalvable, razón por la que no ha podido ser superada con la deliberación del texto finalmente aprobado por la mayoría. Ni uno, ni otro tipo de voto particular hacen perder eficacia al fallo, ni desmerecen su rigor. Pero, cualquiera de los dos, con la misma importancia, son como decía Francisco Tomás y Valiente «una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas».

El pronunciamiento del que disienten opta por aplicar el principio de conservación de la ley, desestimando el recurso de inconstitucionalidad planteado. Asume, en la línea de una jurisprudencia que se remonta a la STC 4/1981, de 2 de febrero, que «siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera» siempre que tales interpretaciones posibles sean igualmente razonables.

Las magistradas y el magistrado que firman el presente voto consideran plenamente aplicable este principio de conservación de la norma, que se vincula con un escrupuloso respeto al legislador democrático. Pero, también pensamos que, la interpretación constitucional no se define en términos dicotómicos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que las aproximaciones que analizan el ajuste constitucional de una ley pueden ser distintas, y dependen del enfoque con el que se aborde el problema constitucional planteado. Dicho, en otros términos, puede haber más de una interpretación constitucional de una ley y, más de una aproximación distinta al juicio de inconstitucionalidad. La sentencia aprobada por la mayoría entiende que, hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma y llegar a un fallo desestimatorio del recurso. Pero, a nuestro juicio, existe otra forma de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

A ello añaden que, no es posible ignorar que la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017. La sentencia lo asume en relación con el artículo 156 del Código Civil cuando, en el primer fundamento jurídico, reconoce que el primer inciso del párrafo segundo de este precepto fue introducido por el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del pacto de Estado contra la violencia de género, retomando la Ley 8/2021 lo preceptuado en 2018 al contener una redacción completa del artículo 156 del Código Civil. Sin entrar a las consecuencias que la sentencia extrae de ello respecto del objeto del recurso, lo que sí es posible observar es que, reconociendo la conexión entre el contenido material de la norma impugnada y el pacto de Estado, la argumentación de la sentencia

obvia totalmente esa conexión de sentido y razona como si las medidas cuestionadas no tuvieran nada que ver con la protección de las madres de los niños y niñas víctimas de violencia de género. La sentencia elige una perspectiva de examen excluyente de la mujer, por más que cite el Convenio de Estambul en un par de ocasiones.

La reforma legislativa objeto de examen de constitucionalidad en esta sentencia, se realizó con el objetivo de abordar una dimensión muy concreta de la violencia contra las mujeres (que denominaremos aquí, para no alterar la nomenclatura del pacto, como violencia de género). Y ello supone, como tantas veces sucedió en el pasado, privar de visibilidad a las mujeres que, siendo madres, viven situaciones de violencia ejercida por sus parejas o exparejas y padres al tiempo de sus hijos e hijas. La sentencia que nos ocupa construye toda la argumentación en torno a los hijos e hijas y a la relación con sus padres, sin introducir en la reflexión el elemento esencial que mediatiza esa relación y que es la violencia contra la mujer. El principio feminista de que «lo que no se nombra no existe», es una exigencia universal que el feminismo particulariza para las mujeres e integra en su reivindicación de la igualdad como un elemento de importancia. Y, en esta sentencia, no se interioriza, por más que se cite el Pacto de Estado. No se nombra la violencia contra la mujer. Y no se considera que las medidas controvertidas tienen por finalidad no solo la protección de los hijos e hijas que viven sometidos a situaciones de violencia directa o indirecta, sino la protección de sus madres que pueden sufrir, a través del trato que los padres dispensan a los menores, situaciones de violencia vicaria en distinto grado de intensidad.

Por estas razones, y las que a continuación se detallan, las magistradas y el magistrado que suscribimos el presente voto particular rechazamos la argumentación empleada por la mayoría, que da un significado a la dicción literal del precepto cuestionado que se aparta de toda lógica condicional, que ignora la perspectiva de género y que limita el alcance normativo del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil y del inciso segundo del artículo 156 del Código Civil.

Ahora bien, aunque el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia de enfoque feminista en la sentencia del Pleno, esa discrepancia se acentúa en particular en relación con la interpretación conforme de constitucionalidad que se realiza respecto del artículo 94 del Código Civil. La sentencia aprobada por el Pleno afirma que el artículo 94 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 8/2021 «no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias (…) sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado» por hechos calificables como violencia de género, o «cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Por tanto, la sentencia sostiene que el margen de decisión del juzgador abarca la posibilidad de limitar las relaciones y derechos parentales o no hacerlo, en función de las circunstancias del caso, porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor. Resulta clarificadora de este argumento la afirmación de que «cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos».

Esta interpretación, y el argumento en que se funda, esto es la garantía del interés superior del menor que se conecta con el artículo 39 de la Constitución

española en los términos que describe adecuadamente la sentencia, esquiva y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa descrita previamente tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el mal trato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.

La salvaguarda del principio de conservación de la norma, como se ha dicho en repetidas ocasiones por el Tribunal «encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde» (por todas STC 116/2017, FJ 3). A nuestro juicio, la interpretación realizada por la sentencia, no se corresponde con su sentido evidente. Y, su sentido evidente, tampoco entra en contradicción con ningún precepto constitucional.

En este contexto, la necesidad de proteger a las personas menores de edad no solo de esta clase extrema de violencia de género, sino también de las consecuencias nocivas para su desarrollo físico, psíquico y emocional que, derivan demostradamente de la convivencia con esta clase de violencia, apuntaban a la necesidad de modificar el régimen preexistente. Así se refleja en el informe de la subcomisión y en el Pacto de Estado. Y así se traslada a la norma impugnada. El sentido de la reforma legislativa enjuiciada era transformar la excepción aplicativa hasta ese momento en la regla general para asegurar la adopción de medidas de limitación de las relaciones parentales en los casos de violencia de género, pudiendo mantenerse incólumes dichas relaciones allí donde el órgano judicial lo apreciase, motivadamente, oportuno.

La lectura del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. En otras palabras, el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una clara contradicción entre la argumentación y el fallo.

Si bien, la sentencia de que discrepamos pone el énfasis en la necesidad de preservar el interés superior del menor, parece situar dicho interés, de manera casi exclusiva, en el mantenimiento de sus relaciones familiares, amparadas por el artículo 39 de la Constitución española y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se cita en ella.

Es cierto que, la norma sometida a control de constitucionalidad responde de manera directa al deseo y la necesidad de preservar el interés superior del menor,

pero este interés no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica. Esta protección de la vida, integridad física y moral de las personas menores de edad, amparada no solo por el artículo 39 de la Constitución española sino también por el derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución española, y el deseo de garantizar el libre desarrollo de su personalidad en los términos que exige el artículo 10.1 de la Constitución española, se sitúan claramente por el legislador por delante del mantenimiento de las relaciones familiares en aquellas situaciones de conflicto que exijan llevar a cabo un juicio de ponderación entre ambas manifestaciones del interés del menor.

Esta opción legislativa encuentra, a nuestro juicio, pleno amparo constitucional no solo en la libertad de configuración del legislador y en el artículo 39 de la Constitución española, profusamente analizados en la sentencia aprobada por la mayoría, sino también, y de manera prioritaria, en la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral de las personas menores de edad (art. 15 de la Constitución española) y la garantía del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución española), que, como fundamento del orden político y la paz social, ha de inspirar la actuación de todos los poderes públicos.

Por otra parte, como venimos reiterando, la sentencia omite por completo que junto a la finalidad esencial de preservar a las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y su adecuado desarrollo tiene la exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica, el precepto está también orientado a proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarles daño a través de sus hijos e hijas menores de edad, en los términos expuestos por el artículo 1, apartado cuarto Ley Orgánica de Violencia de Género. Esta finalidad encontraría asimismo fundamento en el artículo 15 de la Constitución española, además de en el artículo 39.2 del propio texto constitucional, que con absoluta claridad afirma que «los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos (…) y de las madres».

Esta opción resulta, asimismo, coherente con las obligaciones asumidas por el Estado español a través de los tratados internacionales válidamente ratificados por el mismo, en particular el Convenio de Estambul, cuyo artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que «las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños».

La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género, en general, y a la violencia vicaria, en particular, constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia.

La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla

hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido desestimar por unanimidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los artículos 94.4 y 156.2 del Código Civil por la Ley 8/2021 y, asimismo, ha decidido por unanimidad que el régimen de visitas, comunicaciones y estancias sea determinado por la autoridad judicial. Efectivamente el citado artículo 94 en su apartado 1 fija como regla general que la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en el que el progenitor no custodio pueda ejercer el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. No obstante, se faculta a la autoridad judicial, para que, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pueda limitar o suspender tales derechos en dos casos: si se dan circunstancias relevantes que así lo aconsejen; o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Frente a ello, se impone imperativamente a la autoridad judicial que no procederá el establecimiento de un régimen de visitas o estancia respecto del progenitor no custodio y, si existiese ya se suspenderá también en dos casos: cuando aquel esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; o cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Si bien, se le deja un cierto margen de actuación en el sentido que la autoridad judicial podrá siempre en resolución motivada y operando sobre el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial establecer, aun dándose tales supuestos, un régimen de vistas, comunicación o estancia.

Por tanto, para dejar inoperativa la imperatividad en la actuación judicial se exigen varios elementos: el interés superior del menor, o en su caso, la voluntad deseos o preferencias del mayor discapacitado; y, un previo análisis y evaluación de la situación paternofilial[176].

En ningún caso, procederá un establecimiento de un derecho de visitas, comunicación o estancia —aunque estos dos últimos no se mencionan, pero hay que entenderlos incluidos— respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

En similares términos se expresa el artículo 233-11.3 y 4 del Código Civil catalán: «*3. En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal. 4. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer, de forma motivada, un régimen de estancias, relación o comunicaciones en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente*».

Tales redacciones pueden chocar con la presunción de inocencia; derecho a la tutela judicial efectiva; las garantías del proceso penal que no operan, también, en la misma dimensión en el proceso civil; y el riesgo de denuncias falsas.

De ahí que, ante la redacción actual del artículo 94.4 del Código Civil se ha planteado por la titular del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Móstoles, Natalia Velilla, cuestión de inconstitucionalidad al aplicar de forma automática una sanción de naturaleza civil como consecuencia de un proceso penal.

La magistrada Velilla ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal de garantía que tiene relación con la protección del menor.

Por eso, ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de tal precepto. A su juicio, se ha vulnerado lo establecido en varios artículos 10.1, 14, 24.2; 39.2 y 81.1 de la Carta Magna.

La magistrada eleva la cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un pronunciamiento civil, en el que el padre de un progenitor menor de edad solicita al juzgado la suspensión de la custodia a favor de la madre, como consecuencia que la progenitora ha sido denunciada por él ante un juzgado de instrucción por, presuntamente, mantener comportamientos inadecuados y haberle golpeado. De acuerdo, con la nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, la suspensión del régimen de visitas o estancias del menor «no procederá y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida de su hijo» o su «integridad física».

Pudiendo la autoridad judicial «establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en interés superior del menor».

A la luz de la reciente redacción del precepto citado —aclara la magistrada Velilla en el auto donde plantea la cuestión de inconstitucionalidad— «procedería suspender el régimen de visita o estancia del menor con la madre».

Prácticamente, «de forma automática». Pese a que en el juzgado de instrucción donde se investiga la denuncia por violencia doméstica contra la madre no se ha adoptado medida cautelar alguna al considerarse, que no nos encontramos ante un supuesto de riesgo para el menor.

La magistrada, por ello, solicita al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre si la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil, en su párrafo cuarto, vulnera el artículo 10.1 de la Constitución española, que consagra el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad.

Es algo «que está íntimamente ligado al afecto y la educación que sus padres les proporcionan contribuyendo por igual».

También el artículo 14, donde se establece que «los españoles son iguales ante la ley», lo que en el caso presente no se respetaría al verse privado el menor de su «derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial».

Así como los artículos 117 y 24.2 que, consagra la independencia judicial y el derecho al juez ordinario establecido por la Ley.

En relación al último de estos artículos, la magistrada considera que el nuevo artículo 94 del Código Civil «vulnera el derecho a la presunción de inocencia al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación del delito». Porque «no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal, sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil». La aplicación del artículo —añade la magistrada Velilla— conlleva una «consecuencia jurídica de índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (art. 39.2 de la CE), sin atender al principio de presunción de inocencia».

Si bien —como recuerda la magistrada— que en su parte final el precepto establece que «la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en interés del menor»; por lo que, no es menos cierto que «establece como excepción el mantenimiento de un derecho reconocido por la Constitución».

Asimismo, indica la magistrada que, en lugar de reservar al juez la potestad de privar de un derecho constitucional al investigado, la reserva la tiene el legislador. En lugar de obligar al juez a motivar la privación del derecho, le obliga a razonar el porqué de su mantenimiento.

Dicho de otra forma, el juez puede, de forma automática, privar al investigado del derecho a tener comunicaciones y estancias con el hijo por el mero hecho de estar incurso en un proceso penal, sin necesidad de más motivación que la remisión al precepto aplicado, que así lo permite. Sin embargo, si de lo que se trata es de mantener el derecho que, por el mero hecho de ser padre/madre e hijo/hija se le reconoce por la Constitución, el precepto obliga a motivar razonablemente la causa de tal decisión, explica la magistrada.

Por tanto, con estos elementos —razona la magistrada—, el precepto cuestionado no parece permitir a la juzgadora adoptar una medida contraria al rigor del precepto. La imposición de un actuar al juez por parte del legislador, inmiscuyéndose en su función jurisdiccional, excluye la libre valoración del superior interés del menor y, consecuentemente, lleva a la consolidación de una sanción civil por la mera existencia de una investigación penal, modificando el *status* jurídico del investigado y privándole de un derecho como si fuera culpable, conculcando, por tanto, su derecho a la presunción de inocencia, añade.

Por último, la magistrada Velilla señala que «si bien, el Código Civil tiene rango de ley ordinaria, al conceder el artículo 94 párrafo cuarto una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió aprobarse por ley orgánica», en lugar de por ley ordinaria, como se hizo «si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto, lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional».

Por su parte, recordemos que, el artículo 80.1 apartado tercero del Código Foral de Aragón señala únicamente que: «*En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar*». Sin embargo, si se refiere a las situaciones de violencia de género y doméstica en el apartado 6 del mencionado precepto al disponer: «*6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*»[177]. Todo ello, en la línea del artículo 92.6 del Código Civil.

Por tanto, tampoco procede tipo de guarda y custodia —individual o compartida— en ambas legislaciones tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas. Si bien, como hemos indicado, deben ser los suficientemente fundadas[178].

De ahí que, esta circunstancia debe, de nuevo, compatibilizar necesariamente con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciará en un procedimiento de familia y no en un proceso penal[179].

B) La constitucionalidad o no del artículo 92.7 del Código Civil y del artículo 80.6 del Código Civil foral de Aragón

Ante este difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante Auto de 28 de septiembre de 2020[180] ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 de la Constitución española, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 de la Constitución española; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 de la Constitución Española. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), reservar para sí el conocimiento de la misma, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y a la fiscal general del Estado, para que se personaran y formularan las alegaciones pertinentes. Asimismo, se acordó comunicar la citada providencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera, para que, de conformidad con el artículo 35.3 de la LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión.

En esta línea, ante la redacción del citado artículo 80.6 del Código Civil de Aragón también contraria a la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva la magistrada titular del Juzgado de Familia número 16 de Zaragoza, María José Moseñe ha planteado cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto por las «serias y profundas dudas» que le suscitaron a la hora de decidir sobre las medidas a adoptar sobre la guarda y custodia de los hijos, menores de edad, de una pareja de hecho en proceso de ruptura porque su aplicación podría suponer «una clara colisión con el interés y el beneficio superior de los menores

y, en consecuencia, con preceptos constitucionales». Añade también en su auto que la aplicación «automática y taxativa» del mencionado artículo del Derecho Foral constriñe al juzgador a decidir sin ninguna otra consideración (de toda prueba y valoración que no podría ser tenida en cuenta) «lo que puede causar un importante perjuicio a los hijos» con lo que la finalidad sería la contraria a lo recogido en el texto constitucional. Recalca, además que «el interés del menor está centrado en el respeto de sus derechos fundamentales» y, en consecuencia, cualquier actuación debe, como finalidad, evitar su lesión»[181].

C) Derecho de visita, comunicación y estancia, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derechos de defensa. Su compatibilidad

La legislación estatal —y en la misma línea la legislación catalana— de forma imperativa establece que no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género

La cuestión que genera debate es como salvaguardar la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa y garantías que operan en el ámbito penal respecto al progenitor no custodio incurso en un proceso penal o la existencia de indicios fundados de violencia de género o doméstica[182]; y, por supuesto el interés superior y su protección, cuando se pronuncia un juez civil sobre la guarda y custodia y el derecho de visitas, comunicación y estancia del hijo menor con el progenitor no custodio.

No obstante, la imposición imperativa al juez del no establecimiento del derecho de visita, estancia y comunicación o su suspensión en los supuestos indicados, se deja cierto margen de actuación a la autoridad judicial al permitirle establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada: atendiendo por un lado, el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos; y, por otro, la previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. Recordemos que este margen de actuación de la autoridad no opera en la legislación aragonesa al primar la imperatividad en la imposición de la medida de suspensión y concederle ningún margen de actuación.

En la antigua redacción del artículo 94 del Código Civil se concedía al progenitor no custodio de hijos menores o incapacitados gozar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; correspondiendo al juez determinar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho; si bien, aquel podría limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Pues bien, en este caso, no se imponía al juez ninguna decisión si no que en su prudente arbitrio le correspondía fijar si procedía limitar o suspender el régimen de vistas cuando se dieran graves circunstancias —ciertamente un concepto jurídico determinado— o se incumplieran de forma grave o reiterada los deberes impuestos en una resolución judicial. Ahora, con la actual regulación, se impone al juez la decisión que ha de tomar en los supuestos descritos, solo permitiéndole adoptar un régimen de visitas, comunicación y estancia del pro-

genitor no custodio cuando en resolución motivada justificase que procedía esta medida en interés del menor o atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y, por supuesto, previa evaluación de la situación paterno filial, donde, precisamente, la exploración del menor y el informe del equipo psicosocial constituyen instrumentos necesarios e idóneos para verificar si procede o no de la medida[183].

En este contexto, esta actuación excepcional que el artículo 94 apartado 4 *in fine* del Código Civil concede al juez: para una parte de la doctrina, puede preservar la presunción de inocencia y el interés del menor[184]; para otros, perjudica la presunción de inocencia y el derecho de defensa, máxime si resulta sentencia absolutoria en el proceso penal o este parte de una posible denuncia falsa. Si bien, es cierto que, luego el progenitor no custodio al que se no se le ha concedido el derecho de visitas, comunicación o estancia o, se le ha suspendido, puede solicitar una modificación de medidas (art. 775 de la LEC). No obstante, durante un período temporal más o menos extenso se le ha privado del derecho a relacionarse con su hijo. En el fondo, el legislador estatal ha preferido salvaguardar el interés del menor —lo que resulta lógico al ser prioritario— y preservarle de un posible perjuicio; pero quizá la medida más adecuada no sea la privación o suspensión del derecho de visitas, sino que en aras a una mejor defensa y de lo que representa la presunción de inocencia, hubiera sido más oportuno suspender la sustanciación del procedimiento civil de familia en tanto se resuelve la cuestión penal, y, en todo caso, fijar un régimen de visitas con las máximas cautelas, por ejemplo, en un punto de encuentro familiar. Ciertamente, frente a la postura del legislador estatal antes de la reforma que, debía motivar la necesidad de suspender o no acordar un régimen de visitas ante determinadas circunstancias; en la actualidad debe motivar en su resolución cuando procede en tales circunstancias el derecho de visitas; al constituir la regla general su suspensión o, no acordar tal medida.

En este contexto, frente a la imperatividad del artículo 92.7 del Código Civil, el artículo 94.4 del citado cuerpo legal permite un margen de actuación del juez en resolución motivada. Es por ello que, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2022 descartó la inconstitucionalidad del mencionado artículo 94 párrafo cuarto, con respecto al régimen de visitas, dado que, en el propio precepto, se establecía que, no obstante, la autoridad judicial, en resolución motivada y en atención al interés superior del menor, podría establecer, en casos como el presente, un régimen de visitas, comunicación o estancia con el progenitor incurso en un proceso penal iniciado por los mismos ilícitos criminales, o por la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Ahora bien, el artículo 92.7, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que, se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla específico tratamiento individualizado, opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna como ocurre, en todo caso, con el derecho de visitas, comunicación y estancia. Incluso, basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se entienda que no procede la guarda y custodia compartida.

En la señalada sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de septiembre de 2022 no se consideró, asimismo, lesionado el artículo 39 de la Constitución española, ni los convenios internacionales que protegen dicho interés, toda vez que: «En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen

de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad».

No cabe duda que, siempre se debe tener presente el interés superior del menor ante cualquier medida que se adopte. Y, la excepcionalidad a la imperatividad establecida como regla general en el artículo 94.4 del Código Civil que, ha determinado su constitucionalidad al entenderse que, posibilita cierto margen de actuación a la autoridad judicial. Quizá hubiera sido pertinente, atendiendo a las garantías que ofrece el proceso penal, ante las situaciones descritas en el citado artículo 94.4, debiera el juez de familia suspender el procedimiento y, esperar a la consecución de la correspondiente sentencia condenatoria, o, en su caso, advertir al juez de lo penal para que actúe en el caso de indicios de violencia.

Por otra parte, recordemos que, el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004 ordena al juez la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, precisamente, del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. No obstante, puede no acordar la suspensión, en interés del menor; y, pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios. Una redacción más acorde con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, y el derecho de defensa. De todas formas, como hemos señalado, la excepción a la regla de no procedencia del derecho de visitas, o en su caso, si existiera su suspensión respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos; o no procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género; en cierta forma, se acerca más a la redacción del citado artículo 66 y no perjudica el derecho constitucional a la presunción de inocencia y, por supuesto, siempre operando sobre lo que representa el interés superior del menor como parámetro prioritario tanto en las decisiones sobre el régimen de visitas, comunicación y estancia frente al presunto culpable de los delitos enunciados[185].

En fin, no procederá en ningún caso, como ya hemos analizado y señalado, el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos señalados.

Consideramos oportuno finalizar este apartado de nuestro estudio, haciendo referencia, a cómo se ha sustanciado en nuestra jurisprudencia, precisamente, la suspensión, supresión en caso de que ya estuviera establecida, o, en su caso, su procedencia o mantenimiento en supuestos de violencia de género, violencia

doméstica y violencia vicaria. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005[186] procede la suspensión del régimen de visitas ante los actos de violencia física sobre su hijo, causándole lesiones al mismo que motivaron ingresos y asistencias hospitalarias. Padre condenado por delito de malos tratos; en la sentencia del mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de febrero de 2011[187] no procede el derecho de visitas ante la conducta violenta del padre que no llegó a ser condenado en la vía penal por el perdón de la ofendida; de nuevo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de noviembre de 2015[188] se suspende el régimen de visitas al padre penalmente condenado y en prisión por delitos de malos tratos a su *ex* esposa y a la hija mayor del matrimonio. Subsistencia de la orden de alejamiento respecto de las dos víctimas y tal suspensión dura hasta el cumplimiento de la pena; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017[189] las visitas son supervisadas en un punto de encuentro durante la tramitación del procedimiento por presunto abuso sobre la menor. Se procede a su levantamiento tras la absolución al no apreciarse razones que justifiquen su mantenimiento. Con ello no se vulnera el artículo 39.1 de la CE; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2019[190] tal como se recogen en el informe del punto de encuentro de 21 de marzo de 2018, la niña ha manifestado que las acusaciones del padre a la madre que «era mala porque llama a la policía y la policía le paga». O el suceso ocurrido de haber suministrado el padre a la niña apiretal en un bar y que la llevó a un hospital; además de la menor que expresa su miedo a volver con su padre, determina restringir las visitas; el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 3 de febrero de 2020[191] teniendo en cuenta que se ha seguido el procedimiento penal con todas las garantías, que se ha elaborado un informe pericial, en el que se ha dado audiencia a los menores y que se ha dictado una sentencia condenatoria, aun no firme, procede a juicio de la juzgadora la suspensión del régimen de visitas establecido a favor del padre y sustituirlo por visitas tuteladas por el punto de encuentro familia público. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 21 de enero de 2016[192] no cabe acordar un régimen de visitas normalizado, pues, el interés del menor obliga a sustraerlo de entornos violentos que puede afectar su seguridad personal y emocional. Nos encontramos ante actos de violencia machista reiteradamente protagonizados por el padre y confirmados en la vía penal; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 27 de mayo de 2020[193] procede la suspensión del derecho de visitas a favor del padre fundada en el informe de los profesionales imparciales e independientes que han valorado el estado emocional de la menor tras haber presenciado esta episodios acreditados de violencia física por parte del progenitor contra su madre, determinantes de la condena penal. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 13 de marzo de 2020[194] no procede un régimen de visitas a favor del padre por el comportamiento violento del padre con su exesposa y con sus hijos. Al respecto, no proceden las visitas hasta que los menores se encuentren en las condiciones emocionales para poder realizarlas. En cuanto al auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2.ª, de 4 de noviembre de 2021[195] ante los abusos sexuales a menor de 16 años por el padre. Se procede a atribuir la guarda y custodia a los abuelos maternos, con suspensión temporal de la patria potestad del padre sin régimen de visitas. Asimismo, no procede el derecho de visitas, atendiendo al interés del menor ante la conducta violenta del padre que no llegó a ser condenado por la vía penal por el perdón de la ofendida (sentencia

del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2011[196]); o tampoco procede un régimen de visitas al resultar el padre condenado en sentencia firme por delitos de violencia de género habitual, dos delitos de maltrato en el ámbito de la pareja y delito continuado de injurias y vejaciones injustas cometido en domicilio común y en presencia del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 14 de julio de 2022[197]); en caso, de presuntos abusos sexuales ejercidos por el padre sobre la menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 16 de marzo de 2006[198]); o, ante un comportamiento violento del padre con su exesposa y con sus hijos no procede el régimen de visitas hasta que los menores se encuentren en las condiciones emocionales para poder realizarlas (sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 13 de marzo de 2020[199]); o, en fin, padre condenado por delitos de violencia de género habitual, dos delitos de maltrato en el ámbito de la pareja y un delito continuado de injurias y vejaciones injustas cometidos en domicilio común y en presencia del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 14 de julio de 2022[200]).

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2001[201] no procede la suspensión del régimen de visitas del padre, pese al asesinato por este del compañero sentimental de la madre en presencia del hijo menor de edad. Se entiende que es beneficioso para el menor el contacto con su padre; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 19 de marzo de 2014[202] pese a que el proceso penal ha terminado por sentencia firme condenatoria de la madre, el juez sentenciador no ha considerado procedente en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija; asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016[203] la denuncia por abusos sexuales del padre hacia la hija ha sido archivada provisionalmente; por lo que procede un derecho de pernocta de la menor con su padre y abuelos paternos, atendiendo a lo que disponen los informes psicosociales; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.ª, de 27 de febrero de 2019[204] el informe psicosocial de la IMLA destaca que ambos progenitores muestran interés por ejercer de manera individual una paternidad/maternidad responsable y que no se evidencia en ninguno de ellos factores sociales que puedan obstaculizar el establecimiento de un sistema de reparto de tiempos equitativos con su hijo. Además, no conviviendo juntos y dada la corta edad del niño, no parece que ni el hecho por el que la Sra. Herminia fue condenada, ni las disputas entre ambos progenitores en sus comunicaciones o en el punto de encuentro hayan perjudicado el entorno familiar del menor libre de violencia, máxime cuando no estamos hablando de violencia machista, sino de violencia familiar por parte de la demandada frente a su exmarido. Además, la demandada ya debe estar a punto de cumplir las penas de prohibición de comunicación y prohibición de acercamiento al Sr. Valentín a una distancia inferior a 200 metros durante un año. En fin, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 24 de enero de 2022[205] se fija un régimen de visitas a favor del padre sin pernocta, ante la sentencia penal condenatoria por maltrato no habitual y amenazas en el ámbito de la violencia de género.

En este contexto, también se puede suspender el régimen de visitas de uno de los progenitores ante situaciones de alcoholismo, drogadicción o enfermedad mental[206].

D) Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el artículo 92.7 del Código Civil

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en auto de 11 de enero de 2023[207] ha planteado al Tribunal Constitucionalidad cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 92.7 del Código Civil, habida cuenta de su eventual oposición con los artículos 10.1 de la Constitución española, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 de la Constitución española, que consagra el principio de interés superior del menor, como igualmente hace el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española. En esencia, colisionar con el interés superior del menor.

A tal fin, se suspende provisionalmente la tramitación del recurso de casación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Como argumentos, la Sala de lo Civil señala que, en momento alguno la demanda pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género. El primer dato al respecto surge de un ulterior incidente puntual, derivado de una discusión sobre la mochila del niño, en el curso de la cual, presuntamente el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión. Denuncia que fue archivada, inicialmente, por el Juzgado de Violencia, en resolución revocada por la Audiencia, para que, en el acto del juicio oral, se valorase cuál de las contradictorias versiones de los litigantes ofrece mayor crédito. Tampoco consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de dicho acontecimiento, ni tan siquiera dice que lo hubiera contemplado. En el informe psicológico, se dictamina que «la motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo responde a un interés real por participar más activamente en su educación». No existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria y, además se descarta que el padre postule dicho régimen de estancia con su hijo con fines espurios apartados de su finalidad legítima de participar más activa e intensamente en el cuidado y atención de su hijo menores, como venía haciendo antes de la crisis matrimonial.

Asimismo, el auto destaca que el artículo 92.7 del Código Civil en su redacción vigente «no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcanza del delito que se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida».

Sobre tales bases, la citada Sala de lo Civil establece que en el caso que ocupa, el niño viene disfrutando de un régimen de custodia compartida que, le permite mantener vivos, directos, asiduos y estrechos vínculos con su padre y madre, goza de unas excelentes relaciones con ellos y, además, dicho régimen se está desarrollado sin incidencia negativa alguna.

Si bien, la circunstancia de la formulación de una denuncia penal por la madre, relativa a un hecho aislado, consistente en unos supuestos golpes sufridos en el antebrazo, no causantes de lesiones y pendientes de enjuiciamiento, sobre los cuales el padre goza de presunción de inocencia, conforman, a tenor del artículo 92.7 del Código Civil, un óbice irremediable para el mantenimiento de un

régimen de custodia compartida, que se ha reputado, en sendas resoluciones judiciales y un informe de especialista, más beneficioso al interés superior del menor.

Y, en consecuencia, de ahí surgen para esta Sala las dudas de la inconstitucionalidad que, somete al máximo intérprete de la adecuación de las leyes a los principios y derechos constitucionales, toda vez que el artículo 92.7 del Código Civil podría colisionar con interés superior del menor consagrado en el artículo 39 de la Constitución española, y en los convenios internacionales suscritos por España, afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución española, al no contemplar todo haz de circunstancias posibles y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, tal y como es concebido judicialmente.

Es, por ello que, para la Sala de lo Civil caben otras medidas alternativas menos gravosas para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones, como las que el precepto quiere prevenir, siendo así desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite que entre en juego el principio de interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del artículo 92.7 del Código Civil, y no ofrecer al respecto opciones resolutivas como si lo hace el artículo 94 del Código Civil ya analizado.

Pues bien, con la finalidad de ponderar las circunstancias concurrentes, aun teniendo en cuenta que el régimen de custodia compartida exige una mayor colaboración entre los padres, lo que conforma un elemento a ponderar. Sin embargo, en el supuesto litigioso, no resulta óbice para el correcto funcionamiento de la medida de custodia compartida, que se evidencia como más beneficiosa para el niño, y que viene funcionando, correctamente, cara a la formación y desarrollo de su personalidad e integración futura en el mundo de los adultos con los resortes adecuados para ello.

Como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (sentencias del Tribunal Constitucional 178/2000, de 14 de diciembre, FJ 3.º; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º).

De ahí, el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad respecto el citado artículo 92.7 y, en consecuencia la necesidad de revisar esta norma que, al efecto prohíbe de forma «tajante» que se aplique la custodia compartida en los casos en los que uno de los progenitores esté investigado por presuntos malos tratos al considerar que no permite a los jueces «valorar la gravedad» del caso concreto para determinar qué es lo más beneficioso para el menor.

Además, el Tribunal Supremo recalca que en la demanda que presenta la mujer en momento alguno se pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género; el dictamen psicológico ya consideró «aconsejable» que se aplicará el régimen de custodia entre padre, madre e hijo «como el más beneficioso para el interés del menor»; y que este tiene unas excelente relaciones con sus progenitores. Tampoco consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de tal acontecimiento; por lo que, no existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria. A ello, añade la Sala de lo Civil que, la norma vigente no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o ambos progenitores, ni el efecto que puede desencadenar en la relación con los hijos menores de edad; ni, en fin, contempla el carácter doloso o culposo de la presunta conducta delictiva del progenitor no custodio,

ni las concretas circunstancias concurrentes. Así las cosas, se critica por parte de nuestro Alto Tribunal que, la norma opere, precisamente, con un «carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna», a diferencia del artículo 94.4 del Código Civil que permite cierto margen de actuación a la autoridad judicial, como hemos analizado. De forma que, con tal proceder del legislador estatal se impide una valoración alternativa o un tratamiento específico que, opere sobre el interés del menor; pues, de permitir el juego del arbitrio judicial cabrían «otras medidas alternativas menos gravosas».

No obstante, para el Tribunal Supremo, precisamente, estas dudas de inconstitucionalidad no suponen de ninguna manera que, en la determinación del régimen de custodia compartida, esta Sala no tenga en cuenta situaciones de violencia de género, o sobre los menores, o las dificultades derivadas de las malas relaciones entre los padres. Así lo vienen considerando esta Sala a través de una consolidada doctrina jurisprudencial, en el ejercicio de la función nomofiláctica y unificadora de la interpretación de los textos legales de las que son expresión, por ejemplo, las sentencias 350/2016, de 26 de mayo, 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo y 372/2021, de 31 de mayo, entre otras.

En todo caso, es la segunda vez que, un tribunal pregunta al Tribunal Constitucional por este apartado concreto del Código Civil, aunque en el caso anterior no entró en el fondo del asunto al inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por un problema de forma.

4. La Orden de Protección y artículo 158 del Código Civil: medidas penales y medidas civiles

La Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, ante el Juzgado de Instrucción, las víctimas de violencia doméstica puedan obtener un estatuto integral de protección que comprende medidas civiles, penales y asistenciales y de protección social. Esta Orden de Protección es una resolución judicial que, en los casos en que existan indicios fundados de comisión de delitos o faltas de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesaria, por remisión de la orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las comunidades autónomas[208].

Entre las *medidas penales* está las privativas de libertad, la orden de alejamiento[209]; la prohibición de comunicación; la prohibición de volver al lugar del delito o residencia de la víctima; y la retirada de armas u otros objetos peligrosos[210]. Entre las *medidas civiles*, la atribución de uso y disfrute de la vivienda y de la custodia de los hijos menores de edad a la víctima; y la suspensión de visitas o comunicación con los hijos del presunto progenitor culpable[211]; o su establecimiento con carácter restringido[212]; la obligación del presunto autor del delito de la prestación de alimentos a favor de los hijos menores de edad y, en fin, el otorgamiento de medidas de protección al menor para evitarle peligro o perjuicio. Ciertamente recordemos que, por un lado, el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 posibilita que, el juez puede suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de guarda y custodia, respecto de los menores; y, el artículo 66 del citado cuerpo legal que, ordena al juez la suspensión de visitas o no procedencia de las mismas del inculpado por

violencia de género o sus descendiente. Y, por otro, medida civil de puede ser adoptada por el juez de instrucción o por el juez de violencia sobre la mujer al amparo de una orden de protección, o en el ámbito de una orden de alejamiento del artículo 544 bis de la LECr.

Respecto de la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia y de la suspensión del derecho de visitas o comunicación con los hijos, señala GUTIÉRREZ ROMERO que «no opera de forma automática, sino que ha de ponderarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y solo en casos más graves y perjudiciales para los hijos menores, siempre y cuando guarden conexión con la situación de violencia de género sobre la mujer, podrá acordarse como medida cautelar, que podrá mantenerse hasta el dictado de la sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil»[213].

Efectivamente, el juez puede adoptar dichas medidas atendiendo a las circunstancias concurrentes para ello, sin representar una obligación que opere de forma automática; al contrario, responde a una facultad que el legislador concede a la autoridad judicial para que en su prudente arbitrio decida la medida civil que, resulte conveniente adoptar. Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 2 de febrero de 2007[214], pese a existir una orden de protección contra el padre, se establece un régimen de visitas en un punto de encuentro en presencia de un familiar de los menores condicionado al levantamiento de la orden de protección.

En todo caso, esta medida de suspensión del derecho de visitas prevista en el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, tal como dispone el artículo 57.2 del Código Penal, ante la condena por los delitos enumerados en el mismo, se puede acordar en la sentencia condenatorias como penas privativas de derechos (art. 48.2 del Código Penal).

Asimismo, para la víctima e hijos se fijan las medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico tanto estatal como autonómico. Pueden solicitar la Orden de Protección: la víctima, cualquier persona que tenga con la víctima alguna de las relaciones del artículo 173 del Código Penal, el Ministerio Fiscal, el juez de oficio, y, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados que tuviesen conocimiento de la existencia de alguno de los delitos de violencia de género, deben ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o fiscal con el fin de que pueda incoarse por el juez o instar el fiscal el procedimiento para la adopción de la Orden de Protección. En el supuesto de indicio de infracción penal por violencia contra las mujeres, en el ámbito de la Ley Orgánica 1/2004 se deberá comunicar al juez de violencia sobre la mujer (el juez de instrucción en funciones de guardia actúa en estos casos fuera de las horas de audiencia de aquel). En todo caso, las medidas civiles han de pedirse expresamente por la víctima o su representante legal o por el fiscal, cuando existan hijos menores o hijos con discapacidad. Se puede solicitar ante el juez, ante el fiscal, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estas realizarán el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos; en las Oficinas de Atención a las víctimas; en los servicios sociales o instituciones asistencias dependientes de las Administraciones públicas; y, en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados.

Ahora bien, conviene recordar que, las medidas civiles tienen una vigencia o duración de 30 días[215]. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante el juez competente las medidas adoptadas en la Orden de Protección permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes al presentación de la demanda. En estos 30 días

el juez civil de familia o el juez de violencia sobre la mujer deben ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto[216]. En fin, la Orden de Protección será inscrita en el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, donde se deberá hacer constar, igualmente, si queda sin efecto.

Por su parte, el artículo 158 del Código Civil en su relación con el artículo 544 ter de la LECr posibilita que, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda dictar como medidas cautelares las siguientes: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los caso de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa[217]; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; y, c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor[218].

Asimismo, en cuarto lugar la medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad; en quinto lugar, la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad; y, en sexto lugar, la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Se evita con estas medidas cautelares: el peligro de una sustracción de menores[219]; o de posibles daños o menoscabos que se pueden causar al menor; o de operar ante el incumplimiento de los deberes paterno filiales por parte de los progenitores aun no existiendo todavía procedimiento civil de nulidad, separación o divorcio, o no habiéndose aun adoptado resolución y, por ende, las medidas civiles definitivas. Y, por supuesto, responde a razones de urgencia y necesidad de protección a los hijos menores de edad. En todo caso, se trata de medidas que pueden ser adoptadas como medidas previas en los procesos matrimoniales, por los trámites de jurisdicción voluntaria, o en ejecución de sentencia.

En este contexto, qué sucede si adoptadas cualquiera de las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil, el juez de violencia sobre la mujer o el juez de instrucción de guardia adoptará medidas civiles en el seno de una orden protección. GUTIÉRREZ ROMERO señala, acertadamente, que las medidas civiles adoptadas en un juzgado de familia quedarán sin efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 544 ter de la LECr.[220].

Finalmente, sin ánimo de exhaustividad, por un lado, en caso de posible desamparo del menor, el juzgado comunicará las medidas a la Entidad pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejer-

citarse este derecho por sí misma. Si los hijos menores quedan bajo la custodia de la Entidad pública, será esta quien asuma la custodia con la consiguiente suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria y, asimismo, la que determine, a tenor de las circunstancias concurrentes, la forma y extensión del correspondiente sistema de vistas a favor de los progenitores, abuelos u otros parientes (art. 172 CC)[221].

Por otro, que el Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo (Reglamento de Bruselas II *bis*) es aplicable a los procesos judiciales incoados, los documentos públicos formalizados o registrados y las transacciones judiciales homologadas o celebradas en materia matrimonial y de responsabilidad parental antes de 1 de agosto de 2022. En lo que respecta a los procesos incoados a partir de la citada fecha o después de la misma, el Reglamento de Bruselas II *bis* ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo (Reglamento de Bruselas II *ter*). El Reglamento de Bruselas II *bis* es aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca y este reglamento especifica qué Estado miembro tiene jurisdicción para conocer de asuntos en materia matrimonial y de responsabilidad parental con un componente internacional. Asimismo, dispone que las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro han de ser reconocidas por los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno. Dependiendo del tipo de resolución, puede ser necesaria una declaración de fuerza ejecutiva (*exequatur*). Además, el Reglamento de Bruselas II *bis* complementa y refuerza el Convenio de La Haya de 1980 al fijar reglas de cooperación en los casos de sustracción parental de menores que tienen lugar en los Estados miembros. Cada Estado designará al menos una autoridad central para asistir en la aplicación del Reglamento de Bruselas II *bis*. Asimismo, a partir del 1 de enero de 2021, el Reino Unido ha dejado de ser miembro de la Unión Europea. No obstante, en el ámbito de la justicia civil, los procesos y procedimientos pendientes que se hayan iniciado antes del final del período transitorio proseguirán con arreglo a la legislación de la Unión Europea. Hasta finales de 2024, el Reino Unido seguirá estando en las opciones de selección de los formularios dinámicos *on line* a efectos de esos procesos y procedimiento. Una excepción a esta norma lo constituyen los formularios de documentos públicos, en cuyas opciones de selección no deberá ya estar el Reino Unido.

Como precisa al respecto ORTIZ VIDAL «el Reglamento de Bruselas II-bis defiende un «sistema de certificación»: no es el juez del Estado miembro requerido (el del *exequatur*), sino el juez del Estado miembro de origen el que, mediante la emisión del certificado, satisface unas condiciones procesales concretas». En este sentido, continúa la autora manifestando que «el principio de mutuo reconocimiento en estas resoluciones se extrapola al ámbito procesal. Por ese motivo, resulta posible eliminar el *exequatur* garantizando una tutela judicial efectiva»[222].

Y, en tercer lugar, hacer oportuna mención a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4.ª, de 17 de julio de 2018[223] por la que se condena al estado español a pagar una indemnización de 600.000 euros por daños morales a una mujer cuya ex pareja asesinó a su hija común durante una de las visitas no vigiladas que estableció el Juzgado de Madrid tras su separación, después de denunciarle en 47 ocasiones por malos tratos y otras causas. El tribunal establece que las resoluciones del Comité contra la discriminación contra la mujer de la ONU (CEDAW) pueden ser aplicables en España por la vía

de reclamación por anormal funcionamiento de la justicia, como ha ocurrido en este caso. A su juicio, se podría haber evitado la muerte de su hija, si la Justicia hubiera mantenido el régimen de visitas entre padre e hija con vigilancia como se estableció en un primer momento para regular la separación matrimonial. Declara la Sala, además, que el cauce de la reclamación de responsabilidad patrimonial es adecuado para obtener una decisión administrativa. Y aprecia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, la mujer sufrió una lesión de sus derechos, al sufrir un acto de discriminación derivado de una situación de violencia de género.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, de 29 de mayo de 2000.
- STC, Sala Primera, 22 de diciembre de 2008.
- STC, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016.
- STC, Pleno, de 13 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960.
- STS, Saña de lo Civil, de 8 de abril de 1975.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Penal, de 10 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 18 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 30 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 8 de junio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022.
- ATS, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 2012.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2016.
- STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2.ª, de 19 de octubre de 2022.
- STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 24 de noviembre de 2022.
- SAP Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 29 de junio de 2004.
- SAP Lugo, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2007.
- SAP Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 20 de enero de 2015.
- SAP Huelva, secc. 2.ª, de 15 de julio de 2015.
- SAP Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2015.
- SAP León, secc. 1.ª, de 2 de marzo de 2016.
- SAP Salamanca, secc. 1.ª, de 31 de mayo de 2017.
- SAP Las Palmas, secc. 3.ª, de 27 de junio de 2017.
- SAP Orense, secc. 1.ª, de 5 de noviembre de 2019.
- SAP Badajoz, secc. 3.ª, de 27 de diciembre de 2019.
- SAP Pontevedra, sec. 1.ª, de 14 de febrero de 2020.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 13 de marzo de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, de 27 de mayo de 2020.
- SAP Soria, secc. 1.ª, de 8 de junio de 2020.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 9 de octubre de 2020.
- SAP Palencia, secc. 1.ª, de 30 de octubre de 2020.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 18 de mayo de 2021.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, de 10 de diciembre de 2021.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 24 de enero de 2022.
- SAP La Rioja, secc. 1.ª, de 10 de marzo de 2022.
- SAP Orense, secc. 1.ª, 25 de abril de 2022.
- SAP Castellón, de 27 de abril de 2022.
- SAP Zaragoza, secc. 2.ª, de 2 de febrero de 2023.
- SAP Toledo (Tribunal Jurado), secc. 100.ª, de 3 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 3 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 6 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 7 de febrero de 2023.
- AAP Huesca, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 13 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 27.ª, de 15 de febrero de 2023.
- SAP Cantabria, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 20 de febrero de 2023.
- SAP Zaragoza, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 23 de febrero de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 1 de marzo de 2023.

- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 2 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 3 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 6 de marzo de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 10 de marzo de 2023.
- AJPI Móstoles, secc. 7.ª, de 22 de marzo de 2022.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. (2009). Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal, *REDUR*, número 7, diciembre, 37-73.

ALASCIO CARRASCO, L. y MARÍN GARCÍA, I. (2007). Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 del Código Civil, *Indret,* julio, 1-23.

ARNAU MOYA, F. (2020). La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* número 13, agosto, 410-443.

AYLLÓN GARCÍA, J.D. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *Revista Boliviana de Derecho,* número 34, julio, 96-117.

BARBARÍN URQUIAGA, M.ª J. (2021). La privación de la patria potestad: del ostracismo al estrellato de una figura contemplada en interés del menor, *La Ley. Derecho de Familia,* número 32, octubre, 1-22.

CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2018). Reflexiones acerca de la inhabilitación especial para la patria potestad: posibilidad de instaurar un régimen de visitas, *REDS,* número 13, julio-diciembre, 176.185.

CALZADILLA MEDINA, M.ª A. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.): *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.

CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *Revista de Derecho de Familia,* número 93, octubre-diciembre, 1-22.

CUEVAS GAMA, M.ªS. (2004). Análisis jurídico y marco legislativo vigente de la violencia familiar y de género, *Psicopatología clínica, legal y forense,* vol. 4, 141-145.

CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales,* 2.ª ed., Madrid: La Ley.

DE LA TORRE LASO, J. (2017). La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial, *Diario La Ley,* número 8993, sección Doctrina, 5 de junio, 1-18.

DEL CASO JIMÉNEZ, M.ª T. (2022). Casuística de las medidas cautelares civiles del artículo 544 *quinquies* de la ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de los menores, *Práctica de Tribunales,* número 156, mayo, 1-12.

GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas, *Diario La Ley,* número 7480, sección Doctrina, 1 de octubre, 1-9.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Medidas en los procesos de familia en relación a los hijos: patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de comunicación y visitas. En: M. Linacero De la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

MAGRO SERVET, V. (2013). El régimen de visitas en la violencia de género, *Práctica de Tribunales,* número 100, enero, 1-6.

— (2023). El «maltrato vicario» a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, Diario La Ley, número 10262, sección Doctrina, de 5 de abril de 2023, 1-8.

MANGA ALONSO, M.ª T. (2023). Visión legal y jurisprudencial de la violencia a niños y adolescentes sobre el principio del interés superior del menor, *Diario La Ley,* número 10214, sección Tribuna, 24 de enero, 1-13.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil: En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 6.ª ed., Madrid: Edisofer.

ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de vistas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch.

ORTIZ VIDAL, M.ª D. (2019). Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor. En: C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco (eds.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio, *Diario La Ley,* número 9892, sección Tribunal, 15 de julio, 1-17.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez De Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 4.ª ed., Madrid: Colex.

PÉREZ VALLEJO, A.M.ª (2016). Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil, *Revista de Estudios de las Mujeres,* vol. 4, 87-115.

PLANCHADELL GARGALLO, A. (2021). La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* número 63, julio-septiembre, 1-11.

RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson.

RODRÍGUEZ RUIZ, R. (2021). Modificaciones operadas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor por la Ley Orgánica 8/2021, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, *La Ley. Derecho de Familia,* número 32, octubre, 1-14.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013). La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar, *Práctica de Tribunales,* número 100, enero, 1-13.

SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en un centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia), *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 4, abril, 1-11.

SILLERO CROVETTO, B. (2016). Análisis y evolución de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer, *El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi.

VITERI ZUBIA, I. (2016). La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio, *El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

ZURILLA CARIÑANA, M.ª Á. (2011). Violencia doméstica: medidas civiles en relación con los hijos menores. En: M.ª Á. Zurilla Cariñana y P. Domínguez Martínez (coords.), *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico*, Oviedo: Septem ediciones.

NOTAS

[1] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez De Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex, 353, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (LA LEY 44425-JF,0000) señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (LA LEY 13968,1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 508, 1997); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 20 de julio de 1998; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823/2007); de la misma Audiencia Provincial, sección 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 (LA LEY 196431/2008).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 346 que, la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión

unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

[2] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 *(RJ* 19987, 6716); de 9 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 2030); de 30 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 3108); de 11 de octubre de 1991 *RJ* 1991, 7447); de 20 de enero de 1993 *(RJ* 1993, 478) señalan que «la patria potestad al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educción que pesan sobre aquellos está la función, y en consecuencia, orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar en perfecta consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres, tanto en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala que uno y otro se encuentren como la posibilidad de ejercicio integral»; y de 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223) la privación no constituye una sanción sino una medida de protección. Procede dicha medida al resultar el padre condenado por un delito de parricidio; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996, 358).

[3] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 5905).

[4] *Vid.,* CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. III, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 109-111; MARTÍN MORÓN, M.ª T. (1989) *Voz* «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica,* T. XIX, Barcelona 1989, 130-131; ALONSO PÉREZ, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras, *Actualidad Civil,* número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997, 22-24; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales,* 2.ª ed., Madrid: La Ley, 29-30. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (LA LEY 12499-JF,0000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 472).

[5] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5376) en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

[6] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 225540/2000).

[7] *RJ* 2002, 5905.

[8] *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 *(RJ* 1960, 2833); de 26 de abril de 1963 *(RJ* 1963, 2420); de 8 de abril de 1975 *(RJ* 1975, 1514); de 5 de octubre de 1987 *(RJ* 1987, 6716); y, de 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394).

[9] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 23 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 820) se establece la pérdida de la patria potestad ante la existencia de un asesinato en tentativa a la madre de su hija que, supone un daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor. Atendiendo siempre al interés superior del menor; de 24 de mayo de 2018 *(RJ* 2018, 3015) se priva de la patria potestad al padre que acuchilla a la madre en presencia de la hija común de 10 años, después de arrastrarla por el domicilio, propinándole 8 cuchilladas. Supone un ataque frontal contra la integridad psíquica de la menor, su equilibrio y desarrollo de su personalidad. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 29 de junio de 2004 *(JUR* 2005, 1797) se priva al demandado de la patria potestad como consecuencia de haber sido condenado como autor de la muerte de su mujer y madre de sus dos hijos de la que estaba separado. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 28 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 113503) no se considera procedente la privación de la patria potestad, pues, pese a la existencia de envío de mensajes amenazantes pro teléfono, no se ha probado que esas posibles infracciones afecten al cumplimiento de sus deberes como padre.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 3675) procede la suspensión de la patria potestad del progenitor no custodio privado de libertad por sentencia condenatoria penal hasta la libertad condicional. Condena posterior por maltrato habitual.

Igualmente, la privación puede tener lugar por incumplimiento de deberes paterno-filiales: *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1495); de 24 de mayo de 2000 *(RJ* 2000, 3941); de 23 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 4139); de 6 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 2844); de 9 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5157); y, de 23 de mayo de 2019 *(RJ* 2019, 1975); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 5 de noviembre de 2019 *(JUR* 2019, 341008).

[10] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 18 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1455) la expresión «en presencia de menores» no implica que los menores tengan que estar físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta. De modo que, el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas, bastando con que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorase de los hechos.

Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 4949) violencia doméstica se define como: «menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito, golpear, maltratar o amenazar sobre cónyuge o persona con análoga relación aun sin convivencia o sobre descendientes, ascendientes o hermanos, o sobre los menores o incapaces con que convivan o sobre personas con cualquier relación integrada en el núcleo de convivencia familiar o sobre personas sometidas a custodia»; y, de 8 de junio de 2022 (Roj. STS 2444/2022; ECLI:ES:TS:2022:2444). Y, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 24 de noviembre y 22 de diciembre de 2022 (Roj. STSJ M 14373/2022; ECLI:ES:TSJM:2022:14373; Roj. STSJ M 15606/2022; ECLI:ES:TSJM:2022:15606). Igualmente, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial (Tribunal Jurado) de Toledo, sección 100.ª, de 3 de febrero de 2013 (Roj. SAP TO 49/2023; ECLI:ES:APTO: 2023:49) se impone a Enma la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de la hija menor habida en el matrimonio con el finado durante el tiempo de condena y ello en atención a la relación directa de este derecho con el delito cometido, resultando la menor directamente perjudicada por el fallecimiento de su padre.

[11] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2022 (Roj. STS 1178/2022; ECLI:ES:TS:2022:1178).

[12] *RJ* 2000, 7932.

[13] *RJ* 2001, 6367.

[14] *RJ* 2008, 6987.

[15] ROJ STS 4122/2015; ECLI:ES:TS:2015:4122.

[16] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 553); de 18 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1919); de 27 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 146687); de 26 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2658); de 16 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2782); de 17 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2784); de 25 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4028) cumplimiento del principio de interés del menor, a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4224); de 17 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares»; se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten…», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»; de 28 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 27159); de 4 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 32451); de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 847); y, de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1131). Asimismo, *vid.,* la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 marzo de 2016, 18444 a 18459); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 26 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1257).

[17] *Vid.,* sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).

[18] DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, 24.

[19] La Unión Europea firmó el Convenio de Estambul hace seis años, pero aún no lo ha ratificado. En un Dictamen de 6 de octubre de 2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que el Convenio puede continuar su proceso de ratificación, sin el acuerdo previo de todos Estados miembros. También insta a los seis países de la Unión Europea, que aún no han ratificado dicho Convenio (Bulgaria, la República Checa, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovenia) a que lo lleven a cabo sin demora en paralelo con el proceso de ratificación de la Unión Europea.

[20] *RJ* 2000, 2982.

[21] DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 154 del Código Civil, En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1559.

[22] En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario al artículo 154 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 787 señala que «supone en realidad el ingrediente fundamental de los restantes deberes (o, si se prefiere, un compendio de todos ellos), pues velar por los hijos implica atender a su salud física y psíquica, informarse acerca de sus problemas, aficiones personales y amistades, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa, etc., en fin, «prestar asistencia de todo orden», si hemos de estar a lo que ordena la Constitución (art. 39.3 de la CE)». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, sección 1.ª, de 18 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 173374) dispone que «los padres tienen un derecho-deber, como es la patria potestad que conservan aun cuando no tengan atribuida la guarda y custodia, que no tienen otros familiares, esto es, que en relación con los padres y justamente por la obligación de velar por los hijos que impone el ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación opera con unas exigencias en las que también se han de ponderar los intereses del padre y que están ausentes en las que se desarrollan con otros familiares, respecto de los cuales es solo y exclusivamente el interés del menor el que determina la forma en que se desarrollan los contactos sin que el familiar o allegado tenga las mismas imposiciones legales que los padres».

[23] LETE DEL RÍO, J.M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *Poder Judicial,* núm. 25, marzo, 147-148.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, sección 2.ª, de 21 de mayo de 1997 *(AC* 1997, 1197) precisa en su *fundamento de derecho primero* que: «es contenido del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC) el velar por los hijos, en el amplísimo y trascendente sentido de cuidar de ellos no solo en su aspecto físico, sino también en el moral y afectivo, por lo que puede quien la ejerce, además de una vida de relación, actuar con arbitrio o discrecionalidad (nunca con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular, pero cuando, como es el caso, ha sido declarado por sentencia firme que es beneficiosa para el menor una vida de relación, a través de la ejecución de un régimen de visitas periódico con sus parientes de la línea materna, debe compelerse a su cumplimiento y la relación comenzarse a realizar progresivamente y en la forma que sea más conveniente al menor —que temporalmente y durante la sustanciación del proceso, se ha visto privado de la misma—, siempre con la mira puesta en el respeto al principio constitucional que ampara la recta formación física y psíquica del menor y, a la obligación que tienen las partes de cumplir las resoluciones judiciales efectivamente, puesto que lo contrario conculcaría los fundamentos de un Estado de Derecho»; y añade «debe primar siempre el interés del menor, que es el realmente necesario de salvaguardar y protección, y resaltando que el ejercicio de la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 CC) (…) y al menor ha de dotarle progresivamente de un ámbito de libertad, de forma tal que, cuando alcance la madurez, sea él y no los padres quien decida lo más conveniente en orden a sus relaciones de todo orden, y de entre ellas las afectivas, pudiendo entonces relacionarse cómo y con quien quiera; pero mientras que

se encuentre sujeto a la patria potestad, no se puede impedir sin justa causa, sus relaciones con parientes y allegados, entre los que se encuentran los recurridos, que lo son en línea recta. Es, por tanto, necesario que los abuelos maternos mantengan relaciones con su nieta, lo que no podrán ser impedidas unilateralmente por quien ejerce la patria potestad; y si, con o por abuso de la misma, se aprecia que la menor está siendo psíquicamente maltratada, deberán adoptarse las medidas tendentes a impedir que el capricho, el cariño mal entendido o las posibles enemistades nacidas de situaciones de las que el menor no es responsable, pueda afectar a la formación integral de la tutelada».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4197) establece que la mención a los abuelos del artículo 160.2 del Código Civil es extensible a los allegados, en su caso, como ocurre con los tíos, cuando su influencia sea beneficiosa y en interés del menor.

[24] GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de Derecho Civil.,* vol. 55, número 1, 99; EGEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* número 68, 5-6; COLAS ESCANDÓN, A.M. (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijados judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre), *Derecho Privado y Constitución,* número 29, 18. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de vistas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Barcelona: Bosch, 337 muestra su reticencia a tal presunción *iuris tantum*, así después de señalar que «el tenor literal del artículo 160.2 del Código Civil, al establecer que «no podrán negarse sin justa causa», está efectivamente contemplando una presunción *iuris tantum* que las relaciones del menor con sus abuelos resultan beneficiosas para ese, lo que se traduce en la necesidad de probar que, en el caso concreto, no acontece así»; precisa al respecto que «la legislación vigente es la que es, pero *de lege ferenda* estimo conveniente invertir los términos y suprimir toda presunción en el sentido expuesto. Ello no implica negar a los abuelos la posibilidad de relacionarse con sus nietos, pero sí condicionarlo a que se pruebe que tales relaciones benefician al menor, o como mínimo, que no le perjudican, lo que no será particularmente difícil cuando entre los mismos haya una relación previa de mutuo afecto». *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.ª, de 10 de diciembre de 2021 *(JUR* 2022, 159236); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 241928).

[25] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 4371) manifiesta al respecto que «el interés del menor constituye un principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social»; de 31 de julio de 2009 *(RJ* 2009, 4581); de 31 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 373); de 12 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1229); y, de 17 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 924).

[26] RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007). *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, 68,

[27] VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Navarra (Cizur Menor): Thomson Reuters Aranzadi, 63-64.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 2 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 75403) dispone que «el interés del menor es un concepto evolutivo que puede llegar a fundar por sí solo una modificación de las medidas adoptadas porque responde a un derecho del menor con reconocimiento constitucional, en tratados internacionales y en las normas legales. A diferencia de las medidas sobre cuestiones patrimoniales, económicas, o en general, las que no afectan a menores de edad, las que se refieren a la esfera personal del menor (básicamente, custodia y régimen de visitas) no se sujetan a parámetros meramente objetivos por lo que su modificación puede tener lugar sobre la base de criterios que respondan a meras circunstancias actuales de utilidad (interés objetivo) o a inclinaciones de los menores manifestadas por sus deseos o aspiraciones (interés subjetivo). En definitiva, el interés del menor debe entenderse de una forma dinámica y flexible que permita concretar cuándo y en qué momento se manifiesta para poder decidir sobre las medidas que le afectan».

[28] *RJ* 2020, 2187.

[29] *JUR* 2020, 179980.

[30] Asimismo, el derecho a ser escuchado, en todo caso, si tuviera suficiente juicio o madurez, se establece en el Código Civil, en el artículo 92.2 y 6 referido a las crisis matrimoniales; en sede de patria potestad artículo 154 respecto a las decisiones que les afectan; en caso de desacuerdos en la toma de decisiones por parte de los progenitores (art. 156); en sede de adopción (art. 177.3) y de tutela (arts. 231 y 237, 248, 273 y 280).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 2) señala que, los menores tienen derecho a ser oídos, pues la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida protección y por ende, no es propiamente una prueba. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 9 de mayo de 2019 (BOE, núm. 138, 10 junio 2019, 60836 a 60848) que declara constitucional el artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria que, regula la forma como debe documentarse la exploración de menores o personas con capacidad modificada judicialmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria por respetar de una parte, los derechos del menor a la participación en el procedimiento judicial y a la intimidad y por otra, los derechos garantizados por el artículo 24 de la CE a las partes en el proceso; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 17349).

[31] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 13185/2022; ECLI:ESD:APM:2022:13185).

[32] Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (art. 103 CC), como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4).

Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte de un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 Código de Derecho Foral Aragonés). *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 681) guarda y custodia del menor ejercida por su tía paterna; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 11 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 193852) guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1019) a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

[33] *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201/2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto

no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE, C. (2005). «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* número 1, 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta ni se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

[34] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899/1998).

[35] Sin embargo, alguna normativa autonómica han incluido una definición al respecto. Así el artículo 3 a) de la Ley 5/2011, de 5 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven señala al respecto «*Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a organizar y regular la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente entre aquellos. O en su defecto por decisión judicial*». Por su parte, en la letra b) del citado precepto se define el régimen de convivencia individual como «*una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos menores de edad adaptada a las circunstancias del caso*»; y, finalmente, en la letra d) el pacto de convivencia familiar se conceptúa como «*acuerdo de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado por ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en la Ley*».

Asimismo, en algunos textos internacionales se define por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como «*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*». Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida «*(…) Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor*». En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que «*…el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones…*».

[36] LA LEY 37196/2013. Con anterioridad, *vid.,* en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180/2009) señaló que «(…) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (…) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el ho-

gar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilio, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293/2010); de 11 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826/2012). Con posterioridad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5002); de 25 abril de 2014 *(RJ* 2014, 2651); de 16 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 553); de 28 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 370); de 11 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 37611); y, de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 22 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826/2012) manifiestan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a «los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc».. Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 18 de febrero de 2011 *(JUR* 2011, 229748), señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 29 de febrero de 2012 *(JUR* 2012, 117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: «a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones».

[37] Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 111554/2011); y, de 2 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4250) disponen que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Asimismo, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 16 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 553); de 15 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2778); de 17 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; de 11 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 248); y, de 29 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores, casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares»; si bien, el Alto Tribunal va más allá e insiste que «la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá

de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del Código Civil en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio». Por lo que, acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. *Vid.*, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013) hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno; y, de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714/2013), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 65217/2013) en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622/2014) señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

[38] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754/2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727/2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578/2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714/2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577/2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311/2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101/2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440/2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736/2011) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864/2011) también la denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero 2012 (LA LEY 7717/2012), se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517/2012) se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su separación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4894) no procede establecer un sistema de

custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de este, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

[39] *JUR* 2016, 52409. Añade al respecto que «esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor"». Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer «los pormenores en que va a consistir la custodia compartida».

[40] *JUR* 2016, 138686.

[41] *Vid.,* el artículo 80.2 del CDFA; el artículo 233-11 del Código Civil catalán en su artículo 233-11; el artículo 3 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

[42] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 370); y, de 28 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 370).

[43] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (LA LEY 14389/2016) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

[44] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294/2010); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 241446/2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 185317/2012).

[45] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5376); y, de 11 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 249) se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no solo por su edad, sino también por su madurez. Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 11146) preferencia y deseos del menor de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y oposición a la custodia compartida solicitada por su padre; de 12 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5405) la opinión de los menores es cuestión de gran relevancia; de 9 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 8497); de 17 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1570); de 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 4457); y, de 16 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 6371).

[46] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2564).

[47] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294/2010); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014) opta por la guarda compartida; de 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4894); y, de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 11913, 2015) que, al respecto, señala que «las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 186210/2011) deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863/2016) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que «no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores… se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado». Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que «permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos». Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 4 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 2884) valora los informes psicosociales que muestran la preferencia y los deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la que se encuentran muy unidos; y, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 19 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 20 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 89199) informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 11 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 236809) informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 19 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 196315).

[48] *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863/2016).

[49] LA LEY 10275/2015. *Vid.,* también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014); de 15 de julio de 2015 (LA LEY 99704/2015); de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131/2015); de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000/2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 20628/2016); y, de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 15991/2016).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736/2011) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con

ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia,* Madrid: Colex, 184, manifiesta que, este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

[50] Roj. STS 1952/2022; ECLI.ES:TS:2022:1952.

[51] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014); y de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544/2014). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 9 de abril de 2014 *(AC* 2014, 689).

[52] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 2329 y *RJ* 2010, 2340); de 7 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5008); y, de 25 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 2651).

[53] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 842).

[54] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 196575/2013); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813/2014); de 30 de octubre de 2014; de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329/2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462/2016); y, de 3 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2330) la falta de dialogo, no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, y no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que habrá de concretar la motivación de la decisión. En la sentencia recurrida se atribuye, ante la falta de comunicación, la custodia a la madre sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre. Razones todas ellas que, llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo de su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 12 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 267761) imposibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo entre los progenitores, deviniendo inviable la custodia compartida al ser imposible su ejercicio adecuado; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 114405); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 27 de junio de 2014 (Roj. SAP VI 289/2014; ECLI:ES:APVI:2014:289); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (Roj. SAP SS 698/2014; ECLI: ES:APSS:2014:698); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 2 de octubre de 2014 (Roj. SAP O 2443/2014; ECLI: ES: APO:2014:2443); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2014 malas relaciones de los progenitores, falta de un Plan de Responsabilidad Parental aportado por el padre, que solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo mayor a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 28 de noviembre de 2014 (Roj. SAP B 12274/2014; ECLI:ES:APB:2014:12274); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 5 de diciembre de 2014 (Roj. SAP M 16598/2014; ECLI:ES:APM:2014:16598); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 1 de marzo de 2016 (Roj. SAP LE 208/2016; ECLI:ES:APLE:2016:208) absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

[55] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril *(RJ* 2016, 1612). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 26 de febrero de 2016 (Roj SAP IB 312/2016; ECLI:ES:APIB:2016:312) no procede la custodia compartida por estar la relación entre los progenitores muy deteriorada y no son capaces de llegar a acuerdos en los temas concernientes a la hija común sobre

todo surgiendo problemas en el cumplimiento del régimen de visitas, del que mutuamente se acusan del incumplimiento.

[56] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 9 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 49868).

[57] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2013 *(RJ* 2014, 74); y, de 16 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5165); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 18 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 6655) los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.ª, de 5 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 369126) el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 26 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 1128) la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 24 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 220687) no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 268576) pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 57125).

[58] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5676).

[59] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017 *(JUR* 2017, 5439).

[60] Roj. STS 4342/2014; ECLI:ES:2014:4342.

[61] Roj. STS 2246/2013; ECLI:ES:2013:2246.

[62] LA LEY 152551/2014. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 *(RJ* 2014, 4894); y, de 19 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 924); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2015 *(RJ* 2015,861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 741006) malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 27 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 15 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 14 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 261055).

[63] LA LEY 10275/2015. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4179) la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4784); de 11 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 248); y, de 19 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 924). Con anterioridad, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012 *(RJ* 2014, 74) que, a la vista de esta doctrina, opta por la guarda y custodia compartida y declara que: «1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda

afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7449). Asimismo, *vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 1.ª, de 16 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 54581) señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

[64] LA LEY 119131/2015.

[65] LA LEY 15998/2016. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 154/2012, de 9 de marzo *(RJ* 2012, 5241) existe una conflictividad entre los progenitores cuya comunicación se realiza por mensajes de móvil que perjudican el interés del menor según informe psicosocial emitido.

[66] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 5043); de 26 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; de 4 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 30008) donde se indica que «una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar ele ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317/2016); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 8 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 12859) el padre se haya incurso en diligencias previas del juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de la orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 16 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 243595); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 10519); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 25 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

[67] CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas, *Tratado de Derecho de Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 471, señalan que «algunos autores y colectivos de padres separados han denunciado el efecto perverso de la norma que ha propiciado una multiplicación de las denuncias falsas de maltrato con la finalidad de cercenar las posibilidades de obtener la custodia de los hijos —y todo lo que ella conlleva— al progenitor denunciado».

[68] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 8 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 8496); y, de 24 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3574); y, las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 14 de abril de 2014 (LA LEY 70511/2014); y, de 1 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6740).

[69] Precisa MAGRO SERVET, V. (2023). «El "maltrato vicario" a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley, número 10262, sección Doctrina, de 5 de abril de 2023,* 5 que «ello lleva a la pena de 10 meses y 16 días de mínimo a 18 meses en actos de maltrato a los animales vertebrados o no, de compañía en los casos de llevarlo a cano para hacer daños a sus parejas y/o sus hijos en actos claros de dominación en contextos de violencia de género». Y añade que «Ello es cierto que ha llevado al CGPJ a informar respecto a este texto que supone una penalidad mayor que el maltrato a la pareja o a los menores de los artículos 153.1 y 153.2 en aras a cuestionar la debida proporcionalidad en la imposición de las penas».

[70] La pena básica la fija el artículo 340 bis.1 del Código Penal al señalar que: «*1. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y*

con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud».

[71] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2966).

[72] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 3664) a lo que se añade la falta de intención por parte del padre de fijar su domicilio en las proximidades del centro escolar.

[73] También se contempla este derecho de relacionarse de padres e hijos, el artículo 60.1 del Código Foral aragonés: «El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja». Asimismo, el artículo 75.2 establece que «la finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de estos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas». También, el artículo 44 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia «los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil, y en particular, con los abuelos».

[74] BOE, número 21, de 24 de enero de 2009; RTC 2008, 176. Asimismo, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 36670) el régimen de visitas se configura como un derecho inexcusable de los hijos menores encaminado a favorecer su correcto desarrollo en todos los órdenes, evitando con él, las disfunciones que puede originar la falta en su vida de una de las figuras paternas, padre o madre, con todo lo que tal referencia comporte para su persona. Será el previo acuerdo de las partes la que determine de qué modo se cumple el régimen de visitas en función de sus necesidades.

[75] Roj STS 5537/2014; ECLI:ES:TS:2014:5537.

[76] *RJ* 2002, 5905.

[77] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 2294); de 26 de octubre de 2020 *(RJ* 2020, 4165); y, de 18 de mayo de 2022 *(RJ* 2022, 3745) en caso de custodia compartida. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 10 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 3012/2023; ECLI:ES:APM:2023:3012) señala que, los términos «guarda y custodia» y «régimen de visitas y estancias» no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía.

[78] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.,* 206-207; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil: En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 239.

[79] ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, *op. cit.*, 22.

[80] *JUR* 2001, 23839.

[81] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de familia*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 772-773.

[82] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio*, op. cit.,* 206.

[83] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil, *op. cit.,* 239.

[84] GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas, *Diario La Ley,* número 7480, de 1 de octubre, 4-5.

[85] *Vid.,* COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 41; de la misma autora (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos…, *op. cit.,* 181; GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *op. cit.,* 94; ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.,* 327; MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley,* núm. 9583, sección Tribuna, 17 de diciembre, 5. *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 163149) es un derecho-deber que no debe ser objeto de interpretación restrictiva, pudiendo suspenderse o limitarse solo cuando concurra causa grave que lo justifique; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 21 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 152943) derecho-deber como un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

En contra, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al artículo 160 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, 450, quien señala que «la norma (el art. 160.2 CC) es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes»; DE TORRES PERERA, J.M. (2001). El artículo 1602 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos, *La Ley, vol. 4*, 1347 que, asimismo, considera que no estamos ante un derecho, sino ante una pauta de solución de un conflicto de intereses.

En la doctrina francesa, no se duda de la existencia en estas relaciones de un verdadero derecho a las relaciones personales (droit aux relations personnelles) con apoyo legal en el artículo 471-4 del Code Civil. *Vid.,* GARÉ, Th. (1989). *Le grands parents dans le droit de la familie*, Paris, 203.

[86] VERDERA IZQUIERDO, B. (2002). Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, *La Ley,* vol. 7, 1571: GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, *op. cit.,* 96; LETE DEL RÍO, J.M. (1992). Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), *op. cit.,* 148, constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor; CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil, *La Ley,* vol. 4, 1502; PRADA GONZÁLEZ, J.M.ª (1992). La patria potestad tras la reforma del Código Civil, *op. cit.,* 389, establece que, el juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente; CARBALLO FIDALGO, M. (2006). El «derecho de visita» de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales, *Revista de Derecho de Familia,* número 30, enero-marzo, 48, señala que, se trata de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, *vol. IV Derecho de familia*, *5*.ª ed., Madrid: Colex, 204, lo califica como derecho-deber o como función del derecho de familia concedido en beneficio del menor; y, FLORIT CANALS, C. (1989). El régimen de visitas en la práctica judicial española, *La Ley, vol. 4,* 1069.

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 *(RJ* 2011, 6843); las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 109285) al indicar que «no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado fundamentalmente a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores»; de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 1 de diciembre de 1998 *(AC* 1998, 2487); de la Audiencia Provincial de Almería, sección

1.ª, de 27 de enero de 1999 *(AC* 1999,387); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001, 75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 168197); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 25 de julio de 2005 *(AC* 2005/1314); de la Audiencia Provincial Cádiz, sección 5.ª, de 12 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 336897); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 4 de julio de 2008 *(JUR* 2009, 32560) señala que, los menores tiene derecho a conocer y tratar personalmente a los ascendientes más próximos en grado; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 26 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 226124) precisa que «ha de tenerse en cuenta con carácter principal que este derecho-deber de visitas no tiene otra finalidad que propiciar la continuación o reanudación de las relaciones paterno o maternos filiales e incluso las existentes entre los hijos y la familia del progenitor que no tenga confianza su guarda, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, por estimar que el adecuado desarrollo de su personalidad se garantiza de mejor manera manteniendo relaciones lo más amplias y normalizadas posibles con ambos progenitores y las familias extensas de los mismos en cuenta la mayor relación del progenitor no custodio con su hijo durante las vistas, amplia la posibilidad por parte del citado de seguir ejerciendo las funciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones que el otro progenitor en el desarrollo y crecimiento de los mismos»; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 16 de mayo de 2018 *(JUR* 2018, 219500) no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, siendo el interés de estos siempre prevalente en la relación paterno-filial; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 2.ª, de 5 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 260217); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 6 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 185273); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 36670); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1973/2023; ECLI:ES:APM:2023:2586); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de febrero de 2023 (Roj, SAP V 55/2023; ECLI: ES: APV: 2023:55); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 3 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 2586/2023; ECLI:ES:APM:2023:2586).

[87] Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 1991 *(RJ* 1991, 3108) si bien, para el derecho de visita de los progenitores.

[88] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 13 de junio de 1992 *(AC* 1992, 877); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 *(AC* 1992, 846); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 30 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 1371).

[89] GARCÍA CANTERO, G. (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid: Civitas, 39 y 103; del mismo autor (1982). En torno al derecho de visitas, *op. cit.,* 247; SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *Anuario de Derecho Civil,* vol. 49, número 2, 966. Para ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, *op. cit.,* 30 considera que el derecho de visitas del progenitores no custodio es un derecho subjetivo encuadrable dentro de los derechos de la personalidad.

[90] RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1982). El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, AAVV *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Pamplona: Eunsa, 236-237; del mismo autor (1997). *El derecho de visita*, Barcelona: Bosch, 393 quien, afirma, además, para el derecho de visitas a favor de «otros parientes y allegados», que «este derecho no siempre pertenece al ámbito familiar, pues puede ser reclamado y ejercido por no familiares del menor (relaciones personales con la madrina, con la novia; comunicación con el confesor); y afecta más a la esfera de la personalidad del individuo, tanto del derechohabiente como del menor, con lo que, junto a su destacado carácter personalísimo, está emparentado con (si no es que pertenece directamente a) los derechos de la personalidad, en su doble faz y

orientación (hacia el titular y hacia el menor)»; y «está en el ámbito de las más importantes necesidades psíquicas o espirituales del menor como persona en un estadio concreto de su vida incluible entre los derechos principales de la persona menor (en general, entre los derechos de la personalidad), y creo que identificable con lo que en otro orden llamamos derecho al libre desarrollo de la personalidad», 139.

En esta misma línea, SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, *op. cit.,* 966; BOTANA GARCÍA, G. (2004). Derecho de visita de los abuelos, *Actualidad Civil,* núm. 5, marzo, 551, quien añade que, su finalidad no es otra que el fomento de las relaciones de afectividad entre abuelos y nietos; por otro lado, trata de paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que supone para el menor la dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

[91] *RJ* 2011, 3711.

[92] En esta línea, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II), *op. cit.,* 477.

[93] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 *(RJ* 2013, 3977).

[94] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4197) la demandante tiene un notorio enfrentamiento con su hermano (padre de la menor), desde que se casó, no siendo aceptada su esposa en el núcleo familiar; lo que provocó que tuviese que cambiar de localidad para obviar la presión familiar, unido ello a los enfrentamientos posteriores por cuestiones hereditarias. En el propio informe psicosocial se hace constar la total ausencia de relación de tía y sobrina, lo que hace desaconsejable la relación para evitar estrés en la menor. Como se declara en la sentencia recurrida, no se trata de restablecer una relación interrumpida, sino de reiniciarla con una niña de corta edad. Por tanto, no se infringe el artículo 160 del Código Civil al constar justa causa para impedir el inicio «*ex novo*» de la relación con la tía paterna, tampoco se encuentra afectado el interés de la menor pues su tutela hace aconsejable no introducir una relación que cuando menos se advierte como arriesgada, ni tampoco se viola la doctrina jurisprudencial, por lo que la cuestión carece de interés casacional. En cuanto la fijación de relaciones abuelos/nietos: *vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 17349); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.ª, de 10 de diciembre de 2021 *(JUR* 2022, 159236); de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 241928); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 29 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 255398) y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 3 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 3019/2023; ECLI:ES:APM:2023:3019).

[95] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 20 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 72965) acorde con el interés del menor el sistema de visitas, sin que los problemas auditivos del padre impide una correcta relación entre ambos.

[96] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, de 25 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 249992) no procede el derecho de visitas, al presentar el padre problemas de ingesta de alcohol, existiendo, asimismo, episodios de amenazas hacia la madre y siendo las relaciones con el menor impulsivas; lo que provoca que el niño establezca con el padre un apego desorganizado. El interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor por lo que cualquier conflicto entre los intereses de los progenitores y el hijo menor ja de resolverse, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

[97] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008,176) señala al respecto la causa para restringir un régimen de visitas inicialmente acordado al padre «no es la transexualidad del este, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquel atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y de desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. Ciertamente, no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de este como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, es la

efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que estos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación del sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero solo en ese caso». En suma, concluye que «la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de los progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto prejuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debamos desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el artículo 14 de la CE».

[98] *Vid.,* la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Bilbao (Provincial de Vizcaya), núm. 29/2012, de 18 de junio *(JUR* 2013, 100364).

[99] En esta línea, COLÁS ESCADÓN, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia*, *op. cit.,* 58 a 64; ROMERO COLOMA, A.M.ª (2010). Derecho de visitas de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres, *Revista de Derecho de Familia,* núm. 46, enero-marzo, 64; CASTILLA BAREA M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 496.

En este sentido, también se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 3977); de 7 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 2728); de 11 de junio de 1996 *(RJ* 1996, 4756); de 17 de septiembre de 1996 *(RJ* 1996, 6722); de 11 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 4681); y, de 12 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3280). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 *(AC* 1994, 1230); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 22 de septiembre de 1995 *(AC* 1995, 1575); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 4 de diciembre de 1996 *(AC* 1996, 2413); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 21 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 2036); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, de 30 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 3425); de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 *(JUR* 2000, 141670); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 20 de abril de 2001 *(JUR* 2001, 172649); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 2001 *(JUR* 2001, 245126); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 25 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 103428); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 30189) deseo de la niña de ver a sus abuelos; de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 9 de enero de 2003 *(JUR* 2003, 44534); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 28 de enero de 2003 *(JUR* 2003, 93272); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 18 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 824); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 18 de julio de 2003 *(JUR* 2004, 24736); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero de 2004 *(JUR* 2004, 91617); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 8 de junio de 2004 *(AC* 2004, 1076); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 28 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 206798); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 21 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 197047); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 15 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 76793); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2008 *(JUR* 2009, 213579); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 14 de enero de 2010 *(JUR* 2010, 106713); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 12 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 153862); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 31 de julio de 2012 *(AC* 2012, 1232); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 10 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 41890); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 39133); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 9 de mayo de 2019 *(JUR* 2019, 239105) se persigue garantizar a la menor la referencia del no custodio, o restaurar, en la medida de lo posible, la relación dañada, o hacer surgir

el afecto y el apego, lo que resulta sin duda positivo a la hija. Debe la madre abstenerse de interferencias que entorpezcan la relación paternofilial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 18 de septiembre de 2019 *(JUR* 2019, 275153).

[100] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.,* 206.

[101] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1.ª, de 15 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 246321) no procede el régimen de visitas y pernocta con el padre los fines de semana alternos y en su períodos vacacionales. Se trata de un hijo recién nacido; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 13 de junio de 2017 *(JUR* 2017, 191555) se trata de menor lactante; de ahí que, se fije un régimen transitorio de fines de semana con pernocta, consiguiendo así una mejor adaptación de ambos y especialmente del menor, a la nueva situación, para continuar después con semanas completas; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 23 de mayo de 2018 *(JUR* 2019, 167465) hasta que el menor cumpla 5 años, en fines de semana alternos, sábados y domingos de 11.00 a 19.00 horas; si bien, deberá efectuarse un seguimiento por la juzgadora de instancia sobre la situación familiar y el entorno socio familiar paterno y materno, a fin de evitar que el menor se vea inmerso en situaciones de riesgo o perjuicio para el mismo, restablecido, consolidado y normalizado el contacto paternofilial y las visitas conforme al régimen anterior; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 149685) se hace necesario atender a las rutinas escolares del menor y no parece que, dada su edad, lo más recomendable sea que salga de su domicilio una noche entre semana, con la disfunción que ello puede representar para el cumplimiento de los deberes escolares. Se trata de un menor de 7 años; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 14 de febrero de 2020 *(JUR* 2020, 142515) determinación del régimen de visitas de forma libre y voluntaria entre padre e hija; en atención a la voluntad así expresada por la menor en el acto de exploración judicial y su cercanía a la mayoría de edad; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de octubre de 2020 *(JUR* 2021, 3287) vacío de contenido de las visitas paternofiliales por carencia sobrevenida del objeto, habida cuenta de la mayoría de edad alcanzada por el menor.

[102] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2219) padre residente en Miami y madre residente en Mieres con la hija común de 7 años. Existe justificación motivada de la decisión de la Audiencia al decidir que la madre acerque a la hija a Madrid y que esta vuele con los servicios de acompañamiento ofrecidos por las compañías aéreas. Existe una imposibilidad económica de asumir el padre los gastos de traslado para ir a recoger a la niña que duplicarían su importe. Hay una menor onerosidad de la contribución de la madre al trasladar a la niña para coger el avión con el fin de facilitar el derecho de visitas; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 11 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 1226) la distancia entre el País Vasco y Cataluña no justifica por sí sola la reducción de las relaciones personales a una vez al mes pues el régimen de estancias de fines de semana alternos puede cumplirse sin más incomodidad que la del padre que es quien se desplaza desde su residencia habitual, el sistema que solicita el recurrente se viene realizando en la práctica sin especiales problemas a tenor de la exploración realizada a los dos menores en segunda instancia, los cuales mostraron su interés en mantener relaciones con el padre en dicha forma. Disposición de un régimen de relaciones personales suficientemente amplio en relación con las circunstancias del caso cuando no existan pruebas que corroboren la convivencia de un régimen de relaciones personales más restrictivo. Asimismo, *vid.,* el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 18 de octubre de 2019 *(JUR* 2020, 41288) se suprime el régimen de visitas intersemanales por razón de la distancia entre el domicilio paterno y materno. Si bien, no se aprecian circunstancias excepcionales, manteniéndose el régimen de vistas de fines de semana alternos y el de los períodos vacacionales, debiendo hacerse las recogidas de los menores en el domicilio de la madre y la devolución en el domicilio del padre. Por otra parte, respecto de los domingos por razón de la distancia y para permitir el viaje de los menores en un horario razonable, las visitas concluirán a las 17.00 horas.

[103] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 30238).

[104] Como precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 22 de enero de 2018 *(AC* 2018, 203) se estima procedente que una vez finalizada a intervención del CAF se valore nuevamente por el Equipo Psicosocial adscrito al juzgado a todos los miembros de la familia a fin de determinar y adoptar la medida que mejor convenga al interés prioritario de la hija y así facilitar la comunicación materno-filial y, en definitiva, normalizar las relaciones familiares. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 31 de mayo de 2017 *(JUR* 2017, 173174) en el régimen de visitas existe el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar medidas relativas a su cuidado y educación. Permite con ello considerar la voluntad manifestada por los menores como un criterio general relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos.

[105] Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 31 de mayo de 2017 *(JUR* 2017, 173174) que el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 3044/2023; ECLI:ES:APM:2023:3044).

[106] Roj. STS 5185/2013; ECLI:ES:TS:2013:5185. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2564) en este caso, estamos ante una niña que en el momento en que se formula la demanda (13 de marzo de 2012) tenía 9 años, con la madurez acorde a su edad y ante una medida que ha sido denegada de forma motivada sin que ello afecte a su esfera personal y familiar, por cuanto resultaba innecesaria e intranscendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 19 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 265591).

[107] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 14 de octubre de 2015 *(AC* 2015, 1611) dispone, al respecto, que no existe obstáculo alguno que imposibilite que padre e hijos puedan estar juntos los días de visita intersemanal desde la salida del colegio de aquellos. No se perjudica la estabilidad del menor, ni la rutina de los menores y, por el contrario, se facilita que los mismos puedan comer algún día fuera de las vacaciones y fines de semana alternos con su padre. Y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 23 de febrero, de 2 y 6 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 2502/2023; ECLI: ES: APM:2023:2502; Roj. SAP M 3030/2023; ECLI: ES: APM: 2023:3030; y, Roj. SAP M 3005/2023; ECLI:ES:APM:2023:3005). La primera resolución dispone que, el padre tiene derecho a las visitas intersemanales con pernocta los martes y los jueves debiendo recoger a la menor a la salida del centro escolar y reintegrándole en el mismo al día siguiente por la mañana; en la segunda resolución se fija una visita la tarde de todos los miércoles, desde la salida del colegio o actividad extraescolar, hasta las 20:30 horas con entrega en el domicilio materno; y, en la tercera resolución se establece que, los menores estarán con su padre dos días intersemanales con pernocta desde las 19:00 horas con recogida en el portal del domicilio materno hasta el día siguiente con la entrada en el centro escolar (o a las 11:00 horas en el portal del domicilio materno), si fuera día no lectivo, salvo acuerdo de las partes.

[108] *Vid.,* la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, núm. 60/2013, de 13 de noviembre *(JUR* 2014, 48208) el régimen de visitas, en defecto de acuerdo entre las partes, a favor del padre D. Alonso consistente en: fines de semana alternos desde la salida del centro escolar o las 17 horas del viernes (en este último caso cuando ese viernes no haya actividad escolar) hasta las 20 horas del domingo; y un día intersemanal, los miércoles desde la salida del centro escolar, o las 17 horas, si ese día no tiene el menor actividad escolar, hasta las 20.30 horas. Los períodos vacacionales se distribuirá por mitad entre ambos progenitores. En defecto de acuerdo entre ambos, las vacaciones de Semana Santa se repartirán igualmente en dos períodos desde la salida del centro escolar el último día lectivo hasta las 20 horas del miércoles de Semana Santa y desde las 20 horas de ese miércoles hasta la entrada en el centro escolar el primer día lectivo. Respecto de las vacaciones de Navidad, se distribuirá en dos períodos: el primer período comprenderá desde

la salida del colegio el último día lectivo hasta el 31 a las 15 horas y el segundo desde las 15 horas del día 31 hasta la entrada en el centro escolar el primer día lectivo. En cuanto a las vacaciones de verano, que comprende meses de julio y agosto corresponderán a ambos progenitores por mitad por quincenas alternas. El primer período vacacional incluye desde las 20 horas del día 1 de julio hasta las 20 horas del día 15 de julio; el segundo desde las 20 horas del día 15 de julio a las 20 horas del día 31 de julio; el tercero desde las 20 horas del día 31 de julio a las 20 horas del día 15 de agosto; el curso desde las 20 horas del día 15 de agosto a las 20 horas del día 31 de agosto. Desde la finalización del curso escolar hasta del día 15 de julio y de 31 de agosto hasta el inicio del curso escolar, se realizará el régimen de visitas ordinario. Las entregas y recogidas que no se deban realizar en el centro escolar se harán en el domicilio materno por el padre o por un tercera persona, preferentemente, la abuela paterna del menor.

Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 5 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 178748) niña de un año de edad. Fines de semana alternos, sin que sea óbice la circunstancia que la menor se alimente con leche materna; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 9 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 301870) padre tripulante de cabina de avión. Determinación por él de los fines de semana y días intersemanales atendiendo al cuadrante de trabajo. Comunicación fehaciente a la madre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 21 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 178726) teniendo en cuenta que la niña tiene dos años de edad y ha alcanzado el nivel de autonomía propio de esa edad y que irá creciendo, no se advierte ninguna razón para limitar la pernocta de la hija con su padre, ni tampoco para limitar el lugar concreto en que el padre desarrolle su relación con la hija cuando la tenga en su compañía; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 17 de mayo de 2018 *(JUR* 2018, 201657) imposición de un régimen de estancias del padre con los hijos de fines de semana y festivos intersemanales alternos, repartiendo por mitad los períodos vacacionales de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 2 de febrero de 2023 (Roj. SAP 2219/2023; ECLI:ES:APZ:2023:2219) fines de semana alternos, sábados y domingos de 11:00 a 20:00 horas sin pernocta con entregas y recogidas en un Punto de Encuentro Familiar; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 20 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 72/2023; ECLI:ES:APV:2023:72) la fijación de un régimen de visitas del padre con la menor los fines de semana alternos sin pernocta con entrega y recogida de la menor por un tercero. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 1.ª, de 2 de febrero de 2023 (Roj. AAP Z 2189/2023; ECLI:ES:APZ:2023:2189) derecho de visitas consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes y entrega de la menor, el lunes por la mañana en el centro escolar; unas visitas intersemanales de dos tardes, desde la salida del colegio hasta las 19:00 horas, entregándose en el Punto de Encuentro Familiar, así como la mitad de las vacaciones escolares.

[109] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 20 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 126913) fijación de período mensual para las vacaciones de verano. Padre entrenador de fútbol que reside en Kuwait teniendo 30 días de vacaciones en verano; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 22 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 214921) períodos vacacionales: división por quincena durante julio y agosto y alternativo durante junio y septiembre; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 9 de mayo de 2018 *(JUR* 2018, 219118) la estancia de la menor con el padre será uno de cada dos fines de semana de forma alterna y la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa. Los puentes los pasará la menor con el padre, y también los días de vacaciones escolares del mes de junio y septiembre, dos quincenas no consecutivas durante los meses de julio y agosto; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 27 de junio de 2017 *(AC* 2017, 1191) cambio de domicilio de la madre no custodia a otra localidad a muchos kilómetros. De ahí que, se acuerde que el menor permanecerá en compañía de la madre los períodos íntegros de todos los puentes y festividades escolares, carnavales y Semana Santa, a excepción de las vacaciones de verano y Navidad que se disfrutarán por mitad entre ambos progenitores: el padre y la menor también podrán disfrutar de su compañía en los períodos de ocio y no solo durante el año escolar. Elección por la madre de los períodos de vacaciones estivales y de Navidad todos los años; de la Audiencia Provincial de Cáceres,

sección 1.ª, de 3 de octubre de 2019 *(JUR* 2019, 305580) establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y progenitor custodio en período de vacaciones. Los períodos comprenden desde el último día lectivo hasta el día 30 de junio y desde el día 31 de agosto hasta el último día de vacaciones. Será disfrutado cada período de los meses de julio y agosto. No podrá unirse estos períodos de junio y septiembre con los períodos de julio y agosto por el mismo progenitor; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 18.ª, de 21 de noviembre de 2019 *(JUR* 2020, 70003) vacaciones de verano; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 18 de septiembre de 2020 (*JUR* 2020, 319617) en defecto de acuerdo entre los progenitores en años pares los períodos vacacionales le corresponderá al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad y a la inversa en años impares. Se considera más estable y beneficioso para la familia y por tanto, para los hijos, dejar fijados de antemano los períodos de disfrute. De esta forma, se evitan problemas de comunicación entre los progenitores y permite una planificación de las actividades vacacionales de los hijos; y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 10 de marzo de 2022 (Roj. SAP 101/2022; ECLI:ES:APLO:2022:101) la sentencia de primera instancia estableció, en cuanto al régimen de visitas, que el hijo de los litigantes estaría en compañía de su padre un fin de semana al mes y sobre el régimen de vacaciones de Semana Santa, que el menor estaría en compañía del padre la integridad de dichas vacaciones. En el recurso de apelación la madre impugna este último pronunciamiento argumentando que la Semana Santa en Sevilla, localidad en la que ha pasado a residir, tiene una relevancia especial que, no tiene, al menos hasta ese punto, en el resto de España. El menor es miembro de una hermandad religiosa, a la que pertenece toda la familia de la madre y tiene la ilusión durante todo el año de poder salir de nazareno en la procesión con el resto de la familia y amigos. Propone, en definitiva, que al menos un año de cada dos el hijo pueda pasar las vacaciones de Semana Santa en Sevilla para poder participar de esta fiesta tan relevante para los sevillanos. La Audiencia Provincial de La Rioja comparte el criterio de la recurrente. Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal constata, como punto de partida, la singularidad de la festividad de Semana Santa, en atención a las actividades que puede realizar, o a las que se puede asistir, durante ese período y la riqueza de su variedad en diferentes zonas de España. La sentencia de instancia acordó que, mientras sea menor de edad, el hijo nunca disfrute de la Semana Santa con el padre, le privaría de la experiencia de poder compartir con su madre el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas específicas de estas fechas e insusceptibles, en su especificidad, de ser compensadas por otros períodos vacacionales. La ponderación de esta singularidad y la ausencia de una oposición por motivos de fondo de la representación procesal del progenitor en este punto, lleva al Tribunal a establecer que este período vacacional habrá de disfrutarse por el menor por años alternos con cada uno de los progenitores.

[110] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 11 de mayo de 2018 *(JUR* 2018, 216337) y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1969/2023; ECLI:ES:APM:2023:1969) el día del padre con su padre.

[111] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 27 de junio de 2017 *(AC* 2017, 1191) menor que permanecerá en compañía de la madre los períodos íntegros de todos los puentes y festividades escolares, carnavales y Semana Santa, a excepción de las vacaciones de verano y Navidad que se disfrutan por mitad entre ambos progenitores: el padre y la menor también han de poder disfrutar de su compañía en los períodos de ocio y no solo durante el año escolar. Elección de la madre de los períodos de vacaciones estivales y de Navidad todos los años.

[112] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 8 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 5291) acontecimientos de violencia de género y situación de riesgo que puede comportar a la menor la pernocta con su padre, aunque los aposentos de fin de semana se realicen en el domicilio de los abuelos paternos, vista la problemática de personalidad y la inestabilidad conductual y emocional. Fijación de un régimen de visitas sin pernocta en el punto de encuentro más cercano al domicilio de la menor y con la presencia del abuelo paterno, hasta que se normalice la situación y las relaciones padre-hija acontezcan adecuada y fructíferas por un buen desarrollo integral

de la menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 103014) entregas y recogidas de la niña del matrimonio en el punto de encuentro. Las pernoctas se llevarán a cabo, mientras el padre no disponga de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad, estanqueidad y comodidad en el domicilio de la hermana del padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 31 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 156674) determinación con claridad y precisión de los días y horas en que la menor estará en compañía de su madre y siempre desde el inicio del régimen de visitas se realicen los intercambios de la menor en el punto de encuentro, por lo menos durante los primeros meses, con el fin de evitar situaciones de conflictividad entre ambos progenitores; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 132859) sistema de contactos progresivo a desarrollar inicialmente en punto de encuentro familiar, mientras el padre se encuentre en situación de prisión, en ningún caso, el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que, su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 17 de abril de 2018 *(JUR* 2018, 166187) el régimen de visitas se desarrolla en el punto de encuentro familiar habida cuenta de los desajustes que se han acreditado en el comportamiento del padre por consecuencia del consumo de sustancias, bajo cuyo efecto se muestra agresivo, lo cual supone un riesgo real pata estos niños a consecuencias de sus cortas edades; de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 12183) visitas a favor del padre que necesita ser supervisado por el PEF por la patología de base que padece el padre de trastorno psicótico; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 23 de enero de 2020 *(JUR* 2020, 136739) es preciso que la recogida y entrega del mismo a la madre se efectúen durante un tiempo en el punto de encuentro y progresivamente se te vayan acercando al régimen normal. No puede ignorarse a efecto de valar por la integridad de la menor y que su adaptación a la relación con un progenitor con el que previamente no había tenido contacto ha de ser el valor a considerar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 27 de mayo de 2020 *(JUR* 2020, 210980) la evolución de la relación con el padre marcará la progresión en las estancias, lo que se verificará en ejecución de sentencias a través de los informes periódicos del Punt de Trobada con las necesarias garantías para que esa ampliación se haga en su interés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 20 de julio de 2020 *(JUR* 2020, 252123) reanudación de la relación paterno filial a través del punto de encuentro familiar próximo al domicilio del menor. Al comienzo las visitas serán supervisadas de una hora de duración semanal, pudiendo según su evolución acordarse su ampliación, el paso a intercambios o el cese de la intervención del servicio; y, de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, de 18 de diciembre de 2020 *(JUR* 2020, 25045).

[113] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 2.ª, de 23 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 190577) presencia de persona de confianza de la madre durante el mantenimiento de las visitas del padre por período de tres meses; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 28 de diciembre de 2017 *(AC* 2018, 52) petición que las visitas de los hijos con el padre se lleven a cabo en compañía de un tercero. No procede, pues, en este momento no hay riesgo alguno objetivables que aconseje el establecimiento de tal medida en interés de los hijos, salvo cuestionar la capacidad del progenitor privándole a los niños de tener una relación fluida y favorecedora con su padre en tanto que la presencia de la madre o de una tercera persona no haría más que interferir en una relación que, a pesar de la enfermedad, siempre estuvo normalizada, y en la que el progenitor, con buen sentido, ya se procurara, si lo precia, la ayuda o auxilio de terceros.

[114] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.ª, de 2 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 438) al padecer el padre un trastorno afectivo mayor síndrome psicótico, se realizarán las visitas en presencia de la abuela paterna que se responsabiliza de la atención del menor.

[115] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2020 *(JUR* 2021, 36530).

[116] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022 (Roj STS 3402/2022; ECLI:ES:TS:2022:3402).

[117] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2782); Y, de 27 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 5043); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 1 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 232319) determinación de un régimen de visitas progresivo en favor del padre de la niña de tres años que no ha mantenido contacto alguno con aquel y en la práctica no lo conoce; de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 45772); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 7 de febrero de 2019 *(JUR* 2019, 143956); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 27 de diciembre de 2019 *(JUR* 2020, 53251) régimen de visitas progresivo para reestablecer la necesaria confianza padre-hija: visita de tres horas de duración un día a la semana a través del punto de encuentro familiar que irá aumentando progresivamente, conforme a los informes que elabore dicho Centro, hasta el establecimiento de un régimen ordinario de estancias en fines de semana alternos y dos días entre semana; y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 4 de noviembre de 2021 *(JUR* 2022, 12996) régimen progresivo que permita al menor y dentro de las exigencias de su edad que, se vaya adaptando lo necesario contacto con su padre, pero sino que ello origine situaciones de tensión o traumáticas separaciones de la madre.

[118] *Vid.,* la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, número 24, de 12 de abril de 2019 *(JUR* 2019, 178267) procede al nombramiento de un Coordinador de la Parentalidad ante la incapacidad de las partes para lograr por sí solos una adecuada, ordenada y pacífica ejecución y desarrollo del régimen de estancias y del correcto ejercicio coordinado y normalizado de las funciones parentales; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2019 *(AC* 2020, 95); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, de 24 de febrero de 2020 *(JUR* 202, 299444).

[119] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 30 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 25497) visitas aconsejables en beneficio del menor. Necesidad de un tratamiento terapéutico por psicólogos y psiquiatras que propician la estructuración de la relación paterno-filial; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 20 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 185791).

[120] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 51353) se posibilita un régimen de visitas condicionada al sometimiento del padre a tratamiento de deshabituación al alcohol y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 7 de junio de 2022 *(JUR* 2022, 308072).

[121] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1995 *(RJ* 1995, 5591); y de 28 de septiembre de 2009 *(RJ* 2009, 7257).

[122] *RJ* 2015, 5376.

[123] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de julio de 2019 *(JUR* 2019, 272162) debe primar el interés de la menor a gozar un régimen relacional con el padre que cimiente y fortalezca los lazos afectivas padre-hija; lo que parece contradictorio con el establecimiento de un régimen de visitas limitado a un fin de semana de cada dos; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 6 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 179980) fijación del calendario atendiendo a la posibilidad de que sean fines de semana completos; de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, de 25 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 249992) de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 20 de febrero de 2023 (Roj SAP M 2594/2023; ECLI:ES:APM:2023:2594) señala, al respecto, que «el interés del menor no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha venido relacionado 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, tutores, guardadores o Administraciones Públicas, 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; y, bien simplemente con la protección de su derechos fundamentales»; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 16 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 67/2023; ECLI:ES:APV: 2023:67); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 22 de febrero de 2023 (Roj. SAP Z 97/2023; ECLI:ES:APZ:2023:97).

[124] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3172) señala que a partir de los principios generales de interés del menor y con-

tribución equitativa a los gastos elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visitas y entiende que, en el caso concreto (viaje de treinta y dos kilómetros en autobús de un niño de cuatro años, padres de escasos ingresos) debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas. Se confirma la del juzgado que atribuía a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro; de 14 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5798) se respetará el derecho del niño a no estar separado de uno o de los dos progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior; de 20 de octubre de 2014 (Roj. STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072) casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme al interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre vuelve a su país, donde tiene a toda su familia directa, el padre carece de un entorno familiar insuficiente para cuidad al hijo si encontrara trabajo) y se fija que los gastos de traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»); de 19 de diciembre de 2014 conforma la sentencia que, valorando el interés del menor y atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambia de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que, inicialmente, desaconsejan el traslado en transporte público —la madre carecía de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado para recoger al menor y retornarlo) y, haciendo pivotar sobre los dos progenitores los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, acuerda que en la semana y vacaciones que le corresponda al padre recogería él al niño en Bilbao (donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao; de 23 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4022) casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre; en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración de la prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de Semana Santa), la Sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano. Tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo; de 19 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5495) casa la sentencia recurrida que, sin ponderar el interés del menor el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la Sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, donde se ha trasladado la madre custodia y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidades de acceso al trabajo de ambos; de 27 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4847) confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid, el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura efectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior, la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los de desplazamientos para el derecho de visita) valora que el interés del menor es que este permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitar el derecho de visita; de 16 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2219) justificación motivada de la decisión de la Audiencia Provincial al decidir que la madre acerque a la hija a Madrid y que esta vuele con los servicios de acompañamiento ofrecidos por las compañías aéreas. Padre residente en Miami y madre residente en Mieres con la hija común de 7 años. Al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de compañías aéreas, los períodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre que alegaba la

imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visitas; y, de 18 de mayo de 2022 *(RJ* 2022, 2656) la carga económica que no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con actualización anual conforme al IPC por un criterio elemental de proporcionalidad. Asimismo, *vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 9 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 301870) padre tripulante de cabina de avión. Determinación por él de los fines de semana y días inter semanales, atendiendo a su cuadrante de trabajo. Comunicación del mismo a la madre; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 30238); y, de 19 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5495) consta acreditado que el padre trabaja como masajista deportivo, mientras que la madre es licenciada en psicología y convive con otra pareja. Por tanto, uno tiene medios económicos suficientes y ella tiene formación universitaria como para optar a trabajo dependiente o autónomo, el cual ha desarrollado en alguna ocasión, por lo que, el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar y será la madre quien irá a por ella al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor. De la misma manera, podrán optar porque el viaje se haga en línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usado servicio de acompañante de menores, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla, con lo que, le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8 km en automóvil o autobús, de ida y vuelta. De forma que, se *ratifica como doctrina jurisprudencial* que: «para la determinación de quien es el obligado a trasladar y retomar al menor al domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las parte, en tanto o viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita y el custodio le retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual; b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a lagar distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables»; de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, de 24 de octubre de 2017 *(JUR* 2018, 12301) asunción por ambas partes de los gastos de desplazamientos derivados del régimen de visitas, siendo el padre quien seguirá efectuando los desplazamientos, tanto de recogida como de entrega, compartiendo ambos los gastos que se generen, con la debida justificación y en la proporción del 60% el padre y 40% la madre. Por otra parte, la posibilidad de agrupar los días correspondientes a fines de semanas alternos únicamente podrá llevarse a cabo sin que comporte un traslado de residencia semanal de la niña, ni doble escolarización; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 25 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 148589) el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño: se establece ya un fin de semana amplio, desde las 12.00 horas del viernes los días no lectivos, dos visitas intersemanales amplias y el día del cumpleaños de la menor tendrá derecho a estar con el progenitor con el que no le corresponda la estancia desde las 18.00 horas hasta las 20.00 horas.

[125] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3172).

[126] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 *(RJ* 2022, 2656) progenitores residentes en países distintos. Los gastos de desplazamiento

implica que la carga económica no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza, además, el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con actualización anual conforme al IPC por un criterio elemental de proporcionalidad; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016,30238) reparto equitativo entre los progenitores, cuando ambos residen en localidades distintas, atendiendo a su capacidad económica y demás circunstancias personales; de la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, de 24 de octubre de 2017 *(JUR* 2018,12301) asunción por ambas partes de los gastos de desplazamientos derivados del régimen de visitas, siendo el padre quien seguirá efectuando los desplazamientos, tanto de recogida como de entrega, compartiendo ambos los gastos que se generen, con la debida justificación, y en la proporción del 60% el padre y el 40% la madre. La posibilidad de agrupar los fía correspondientes a los fines de semana alternos únicamente podrá llevarse a cao son que comparte un traslado de residencia semanal de la niña, ni doble escolarización; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 20 de febrero de 2020 *(JUR* 2020, 159346) gastos de desplazamiento a cargo del padre; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 15 de mayo de 2020 *(JUR* 2020, 185326) dada la distancia entre la actual residencia de la madre y sus hijos y su carencia de medios económicos, parece aconsejable que sea el padre quien asuma, en tanto se mantenga esa carencia de ingresos, los gastos de desplazamiento, abonando el billete correspondiente al medio de transporte en las fechas en que la madre venga a visitar a sus hijos.

[127] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 2 de junio de 2008 *(JUR* 2008, 347474) medio de transporte en avión, siempre que el padre esté esperando a su hija en el aeropuerto.

[128] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 1.ª, de 10 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 171970); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 20 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 34612) no procede el régimen de visitas, pues, se atribuye a la hija de 14 años, de autonomía para determinar si procede o no. No cabe imponer a la menor dicho régimen de visitas; de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 16 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 107349) procede un régimen de visitas abierto, pues, la hija cuenta en la actualidad con 16 años. Como el derecho del padre de comunicar con los hijos menores de edad no puede realizarse de forma forzada y que pueda producir perjuicio al menor. Se fija un régimen de visitas rígido y tutelado en el punto de encuentro familiar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 11 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 28153) aunque existe una mala relación con la madre, se establece un régimen de visitas en fines de semana alternos y mitad de vacaciones, siempre que esté conforme la hija; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 20 de septiembre de 2019 *(JUR* 2019, 293917) las hijas presentan el suficiente grado de madurez, juicio, criterio e independencia física como para poder determinar en régimen de igualdad con su padre el tiempo, modo y lugar de desarrollo de los contactos, cuando el sistema en su día convenido es ajustado a las necesidades de las niñas. Para la concreción del régimen de visitas, se atiende siempre al superior interés de los menores, para garantizar que gocen de la adecuada referencia de la figura paterna, de la que precisan para mantener su estabilidad familiar, escolar, social y de todo orden y para su crecimiento como personas; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de junio de 2020 *(JUR* 2020, 227598) se tendrá siempre y en todo caso, en cuenta la decisión y la manifestación del menor.

[129] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 10 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 132746); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 208857) ampliación del derecho de visitas a favor del padre al existir un principio de flexibilidad y acuerdo entre las partes que primará en todo caso, respecto del régimen de visitas establecido.

[130] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 23 de enero de 2016 *(RJ* 2018, 876) precisa, en este caso, que un régimen de libre albedrío del menor, podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 3 de mayo de 2013 *(JUR* 2013, 203685) reanudación tras decisión de suspensión, Menor de 16 años; de

la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 310741) teniendo en cuenta la edad del descendiente, 16 años de edad, imponerle un sistema rígido de visitas va a ser de muy difícil práctica, dada la negativa de aquel a tal relación. Además, se revelaría contraproducente en orden a una deseable normalización de las relaciones entre ambos que, debe buscarse por caminos distintos; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 11 de septiembre de 2019 *(JUR* 2019, 291846) se trata de un menor que ya tiene 14 años que ni siquiera ha sido oído sobre el régimen de visitas, ni solicitado por el progenitor. Hay una falta de contacto con él desde hace ya cuatro años al haber el padre desaparecido sin intentar mantener una relación para con sus hijos. Por lo que, no procede establecer un régimen de visitas.

Igualmente, *vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 9 de abril de 2019 *(JUR* 2019, 223227) el régimen de visitas no solo para lograr el desarrollo de la relación entre el padre y la hija, sino también para salvaguardar la estabilidad psicológica de la menor. Son ambos progenitores quienes tienen que reconocer su respectiva responsabilidad en la situación de bloqueo emocional en la que encuentra su hija, y son ambos responsables de que esté a su alcance para superar esa situación, de modo que puedan cumplirse de manera efectiva los intercambios de la segunda fase del régimen de visitas.

[131] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 9 de abril de 2019 *(JUR* 2019, 223227); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de enero de 2019 *(JUR* 2019, 148986) se hace preciso que se acepte por ambos progenitores un compromiso claro tendente a resolver cualquier situación afectante al menor, en un marco de normalidad familiar, aproximando el modelo de convivencia de custodia compartida aquella otra rutina de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, al tiempo que es preciso garantizar a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficios para los hijos menores; de la Audiencia Provincial La Coruña, sección 6.ª, de 25 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 148589); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 28 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 269323); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 24 de enero de 2022 *(JUR* 2022, 172879).

[132] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 8 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 173970) no tiene razón de ser mantener un régimen de visitas en períodos vacacionales como el dispuesto en la sentencia de instancia: el propio progenitor que debe cumplirlo, en este caso, el padre, interesa su reducción y existe el riesgo evidente que este lo incumpla, generando desasosiego en su hijo que vería frustradas las expectativas de estar con él; tampoco se advierte que en este momento el menor tenga necesidad de mantener con su padre un régimen de visitas más amplio que el propuesto por la madre; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 20 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 230015).

[133] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, de 21 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 152562) además la edad alcanzada por el menor, facilita que su opinión deba ser tenida en consideración; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 12 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 170977) los períodos vacacionales de verano con cada progenitor serán por quincenas, salvo acuerdo de los padres en interés superior del menor. La elección de dicho período en defecto de acuerdo será el progenitor paterno los años pares y por el materno los impares. No se trata de una distribución de estancias con la menor, se busca el interés superior de la menor que al contrario lo que permite es consolidar los vínculos con el progenitor no custodio y mejora las relaciones.

[134] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 30 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 254979); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 12 de mayo de 2020 *(JUR* 2020, 167089).

[135] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 10 de noviembre de 2017 *(JUR* 2017, 308955) régimen de visitas restrictivo sin pernocta. Difícil relación entre los hijos y el padre, del que no consta con claridad su estabilidad domiciliaria, ni un interés determinante en retomar una adecuada relación con sus hijos.

[136] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016,4580) la denuncia por abusos sexuales del padre hacia la hija fue archivada

provisionalmente. Por lo que, se acuerda un derecho de pernocta de la menor con su padre y abuelos paternos, atendiendo a los informes psicosociales favorables; las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 2018 *(JUR* 2019, 30732) el régimen de visitas del hijo menor a favor del padre, incluye el desarrollo con pernocta, visitas de larga estancia y gastos de desplazamiento para el desarrollo del régimen de visitas; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 20 de mayo de 2019 *(JUR* 2019,205604) el padre recurrente tiene derecho a pernoctar con el hijo común durante las visitas mensuales al mismo, así como durante los períodos vacacionales que le corresponda, quedando obligado a notificar con tres semanas de antelación las fechas exactas en las que se desplazará hasta Salamanca para cumplir con el régimen de visitas mensuales y períodos vacacionales; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 31 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 194532) a favor del padre con pernocta en el domicilio de los abuelos paternos ante el temor del menor de episodios de ingesta de alcohol por parte del padre; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2021 *(JUR* 2022, 54058); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.ª, de 15 de noviembre de 2022 (Roj. SAP BA 1504/2022; ECLI:ES:APBA:2022:1504) estima el recurso interpuesto por la recurrente y accede a la reclamación que el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio a favor de su hijo también abarque las vacaciones. En el presente caso, entiende la Sala que un régimen de visitas que se limita a un fin de semana al mes con pernocta, es un régimen de visitas insuficiente y contrario al interés del menor. A tal fin, señala que, si bien es cierto que los deseos del menor deben ser tenidos en cuenta, en el caso de un hijo de 12 años no hay razones para privar al progenitor no custodio de las estancias en períodos vacacionales; y, sin que el hecho que la residencia del menor esté a 700 km sea un impedimento para ello.

[137] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 2 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002, 279799) régimen de visitas a favor de la madre, exclusión de pernocta al no aceptar el menor a la pareja de su madre; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 14 de diciembre de 2010 *(JUR* 2011, 55060) régimen de visitas a favor de la madre sin pernocta. Medida justificada dadas las circunstancias, ya que «la madre ha tenido un ingreso psiquiátrico por intento de autolisis», que «ha llegado a ser hospitalizada por intoxicación de cocaína», y, en definitiva, «no se encuentra en condiciones para cuidar de su hija».

[138] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.ª, de 27 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4825); de la misma Audiencia Provincial, sección 3.ª, de 26 de junio de 1999 *(AC* 1999, 7503) permiten una comunicación telefónica; de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.ª, de 22 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 75682) derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 14 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 156676) la madre debe garantizar que el hijo se comunique con el padre por vía telefónica o telemática (videoconferencia o similar), dos tardes a la semana durante un mínimo de 15 minutos; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 8 de junio de 2020 *(JUR* 2020, 287223) comunicación telefónica con el menor, fuera del horario escolar, los días en que no le corresponda el ejercicio de un derecho de visitas y por el tiempo máximo de treinta minutos y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 1 de marzo de 2023 (Roj. SAP V 31/2023; ECLI:ES:APV:2023:31) se acuerda comunicación por vía telefónica, vía Skype, wasap o de cualquier forma telemática entre padre e hija sin entorpecer las rutinas escolares y vitales de la menor.

[139] *JUR* 2020, 105386.

[140] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 21 de febrero de 2008 *(JUR* 2008, 166399) ampliación del régimen de visitas a favor del padre a dos fines de semana al mes desde el viernes por la tarde. El trabajo parcial durante los fines de semana en un bar no es causa que exima al padre de la obligación de cuidar de su hijo.

[141] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, de 2 de mayo de 2001 *(JUR* 2001, 223785) la suspensión o negación del derecho de visitas tiene carácter excepcional. Establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor de la madre.

[142] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de octubre de 2001 *(JUR* 2001, 329229); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27

de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 215812); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 10 de octubre de 2006 *(JUR* 2007, 305827) régimen restrictivo fiscalizado mediante la aplicación de punto de encuentro. Se procura el interés superior del menor; y de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.ª, de 12 de febrero de 2016 *(AC* 2016, 995).

[143] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 5905).

[144] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 30 de octubre de 2020 *(JUR* 2020, 362230).

[145] Roj. 5188/2022; ECLI:ES:TSJVC:2022:5188; Diario La Ley, núm. 10214, sección jurisprudencia, 24 de enero de 2023, 1-4. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª, de 13 de septiembre de 2019 *(JUR* 2019, 283586) la madre se puede comunicar con los menores siempre que no se encuentren en su compañía y en caso que, el día inmediatamente anterior o posterior al fin de semana fuera festivo, o en su caso «de puente escolar» los días de vacaciones se añadirá a los que corresponde al titular de ese fin de semana.

[146] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 11 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 165848).

[147] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4435); y de 22 de septiembre de 2017 *(RJ* 2017, 4868) en la sentencia recurrida se constata que la madre ha cuidado con mayor dedicación de la menor, dado que el padre ha tenido que compatibilizar sus estudios de enfermería con el trabajo de ayudante de cocina y hoy de taxista. En la sentencia de apelación se parte del cariño del padre hacia su hija, y de las habilidades parentales de ambos progenitores. En la sentencia recurrida se facilita extensamente el contacto del padre con la menor, fijando fines de semanas alternos y visitas los martes y jueves, todo lo cual propicia que la menor no se desvincule de ninguno de sus progenitores.

[148] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3977); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 1 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 192196); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 20 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 166498).

[149] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2966) se fija un régimen en el que se implica al padre y a la madre en la flexibilización de las visitas primando en primer lugar la convivencia de estos, previo acuerdo. En defecto de este, siempre indeseable, se prevé un régimen bastante amplio de visitas y comunicaciones del menor con la madre. Las mayores molestias serán para el menor, al tener que soportar los traslados propiciados por las residencias distantes de sus progenitores. De ahí y es la salvedad que anunciábamos, en interés del menor, y teniendo en cuenta que las vacaciones de Semana Santa son ciertas y en aras de una mayor de estabilidad en el disfrute de tales vacaciones, se considera que las comparta de domingo a domingo en compañía del progenitor no custodio, que es la madre. Ahora bien, teniendo en cuenta la residencia en localidades lejanas de los progenitores, y al tener ingresos semejantes, se reparte al 50% de los gastos de desplazamiento del menor.

[150] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 13 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 167680) ampliación a favor del padre. Concreción de las rutas para la recogida y entrega del menor, compromiso de facilitación telefónica y videoconferencia si fuera posible entre el niño y progenitor con quien no esté en ese momento el menor; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 3 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 211688) se reconoce la voluntad de los menores de tener el mismo contacto por igual con el padre y con la madre. De ahí que, se opte por ampliar el régimen de visitas a favor del padre, pues, ambos progenitores pueden ofrecer un modelo de custodia que garantice un adecuado desarrollo personal de los menores, a pesar de las desavenencias entre los mismos y las situaciones desagradables vividas en el seno de la familia, al intentar ambos que los hijos comunes avancen adecuadamente en el ámbito escolar, familiar y social. Todo ello viene avalado por el informe pericial favorable de la psicóloga.

[151] *RJ* 2017, 5439.

[152] *JUR* 2021, 373400.

[153] *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 2294); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 10 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 40464); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 14 de febrero de 2020 *(JUR* 2020, 103460).

[154] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 22 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 82404); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 2 de julio de 2015 *(JUR* 2016, 108088) padre en centro penitenciario con problemas de adicción a sustancias estupefacientes. Suspensión temporal del derecho de visitas, atendiendo al interés superior de los menores; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 28 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 104797) se desestima el régimen de visitas por estar el padre en prisión condenado por un delito de asesinato en grado de tentativa en la persona de su madre; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 15465) suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del demandado en materia de educación y salud de su hija menor, atribuyéndose en exclusiva a la madre, en tanto no esté cumplida la pena de prohibición de comunicación impuesta. Asimismo, procede la suspensión del régimen de visitas al encontrarse el padre en prisión; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 4 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 98678); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 25 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 184212); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 4 de febrero de 2020 *(JUR* 2021, 26855); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 25 de marzo de 2019 *(JUR* 2019, 184212) suspensión temporal del régimen de visitas a favor del padre: año y medio que no mantiene relación con ambas, puesto que fue denunciado por la madre adoptándose medidas civiles y penales de protección. La reanudación de los contractos supondrían un ejercicio complejo a desarrollar en un escenario poco hábil para tal fin. El recinto de un centro penitenciario no es el marco ideal y más adecuado para l reanudación y el desarrollo de un régimen de visitas, merced al impacto negativo que, en abstracto, pueda generar en el estabilidad emocional de la menor; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 24 de julio de 2019 *(JUR* 2020, 6834) el régimen de visitas se establece en favor de los abuelos paternos, mientras el padre se encuentra en prisión. Este régimen de visitas se mantiene de esta forma, sin perjuicio de su eventual modificación a instancia de parte una vez tenga lugar la salida de prisión y sea posible examinar la evolución de la relación paterno-filial; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 10 de diciembre de 2020 *(JUR* 2021, 96939).

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 3675) el progenitor no custodio es privado de libertad por sentencia condenatoria penal, con la consiguiente supresión de la patria potestad hasta la libertad condicional. Si bien, se mantiene el régimen de visitas con el objeto de preservar el mantenimiento de relaciones familiares en interés de los menores. Visitas de los hijos al padre en centro penitenciario acompañados por tercera persona. Asimismo, se establece un régimen revisable con la consecución del tercer grado por el padre.

[155] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 3675).

[156] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 83589 reducción del derecho de visitas, eliminando una de las visitas y de la pernocta intersemanal, aplicando el principio de interés superior del menor; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 9 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 108269) no procede la supresión de los períodos vacacionales de verano en favor del padre. Falta de prueba que esa medida pueda beneficiar a la menor, sino que, por el contrario, se considera beneficioso para la menor mantener desde su corta edad frecuentes contactos con su progenitor, relación de indiscutible provecho para el mismo, en el sentido que permita mantener vivos y sólidos los vínculos de afectividad derivados de la relación paterno-filial.

[157] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, de 25 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 249992).

[158] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 2022 (Roj. STS 4469/2022; ECLI:ES:TS:2022:4469) agresión sexual conti-

nuada de padre a hija. Omisión de advertencia de dispensa. Aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 y la ley penal más favorable; y, de 15 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4686/2022; ECLI:ES:TS:2022:4686) delito de abuso sexual a menores. Se aplica la Ley Orgánica 10/2022 y se revisa la sentencia aplicando también la ley penal más favorable.

[159] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5624). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1612/2023; ECLI:ES:APM: 2023:1612); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 13 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 51/2023; ECLI:ES:APV:2023:51); Y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 20 de febrero de 2023 (Roj. SAP S 104/2023; ECLI:ES:APS:2023:104). Y, también los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 3 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1612/2023; ECLI:ES:APM:2023:1612); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.ª, de 8 de febrero de 2023 (Roj. AAP HU 45/2023; ECLI:ES:APHU:2023:45).

[160] *RJ* 2005, 7734.

[161] La cursiva es nuestra.

[162] CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *Revista de Derecho de Familia,* número 93, octubre-diciembre, 19, precisa al respecto que este factor riesgo «puede inferirse para cada caso concreto con relativa precisión a la luz del conjunto de pruebas practicadas, y en especial, de los informes psicosociales, capaces de ilustrar de forma decisiva y determinante al tribunal sobre las restricciones y progresividad en el régimen de visitas cuando se proceda a su limitación».

[163] *RJ* 2011, 2311.

[164] Roj. STS 253/2015; ECLI:ES:TS:2015:253.

[165] *RJ* 2022, 3742,

[166] *RJ* 2017, 5439.

[167] *RJ* 2012, 8190.

[168] En esta línea, se ha pronunciado CALZADILLA MEDINA, M.ªA. (2021). La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.): *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, 223 cuando indica que «cierto es que no se está ante un procedimiento penal, pero si a «estar incurso en un procedimiento penal» o que un juez de familia detecte «indicios» de la posible comisión de los delitos reseñados, se le atribuye de manera inmediata, la privación de la relación con los hijos e hijas, podría llegarse a esta conclusión, pues, no se está ante la adopción de medidas cautelares constituidas en un procedimiento penal, sino que se está, no se olvide, en el marco de un procedimiento civil». Por lo que, añade que «la cuestión es ciertamente discutible y no debería sorprender que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad».

Asimismo, ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021) La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio, *Diario La Ley,* núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, 12 y 16, que como precisa acertadamente «si la decisión que debe adoptar el juez civil por imperativo del nuevo artículo 94 del Código Civil, tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o bien en indicios revelados en el propio proceso civil de violencia intrafamiliar, tal vez la decisión adecuada sería asumir la decisión adoptada por el juez penal en el seno de su proceso, para lo que goza de instrumentos de tutela cautelar suficientes (art. 544 bis, 544 ter y 544 quinquies de la LECrim, entre otros) o bien, si el proceso penal aún no se hubiese indicado, trasladar la *noticia criminis* al orden penal con la suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en dicho orden».

[169] Roj. AJPI 22/2022; ECLI:ES:JPI:2022:22A.

[170] SÁNCHEZ URBANO, C. (2019). Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género), *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 4, abril, 9, manifiesta que «cumplida la condena o, en su caso, cuando el progenitor no custodio alcance la situación de libertad condicional, el juez puede modificar la suspensión del régimen de visitas, atendiendo

siempre al interés superior del menor, así como a las circunstancias que concurran en cada caso concreto».

[171] Para MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil, *op. cit.*, 240 resulta dudoso «si fuera de este caso el juez puede privarle de ese derecho cuando, a su juicio, el interés de los hijos así lo requiera, o si en esa hipótesis bastaría simplemente para suspenderlo».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 3675) permite las visitas de los hijos al padre en el centro penitenciario acompañado de terceras personas; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 21 de junio de 2021 (LA LEY 148463/2021) fija como doctrina que, la situación de prisión del progenitor no puede implicar la suspensión del ejercicio de la patria potestad, añadiendo a la condena penal unas consecuencias lesivas para el condenado ajenas al contenido de la pena. No puede añadirse como un implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Si el artículo 160 del Código Civil viene posibilitando esa continuación de las visitas con los hijos menores (con las debidas cautelas), parece lógico que esa estancia en prisión no implique, per se, suspensión de otros derechos no afectados por la pena. Además, añade al respecto que, tampoco existen actuaciones penales frente al padre por violencia contra la madree ni contra el hijo, por lo que la solicitud de suspensión debería fundamentarse en desacuerdos reiterados y constantes o en la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca o favorezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 254142) derecho del padre a comunicarse en prisión con sus hijos en tanto no pueda disfrutar de permisos ordinarios de salida.

[172] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 8 de octubre de 2010 (Roj. STS 3035/2019; ECLI:ES:TS:2019:3035) se acuerda la pena de inhabilitación de la patria potestad a un hombre que intentó matar a su exmujer delante de sus dos hijos, y en el interior de un coche cuando la mujer se los llevaba para que estuviera con ellos en un régimen de visitas; de 30 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4381) inhabilitación especial al padre por el delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia, de la hija menor de la pareja; y, de 8 de octubre de 2019 *(RJ* 12019, 4020) procede la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad al padre que intenta acabar con la vida de su pareja en presencia de los hijos de ambos de 6 años y otro de 1 año, afectando la acción psicológicamente al primero.

[173] En general, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad, sin perjuicio de que en la vía civil se pudiera acordar tal medida. Como exponente de esta resistencia a la aplicación en el propio proceso penal de esta pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2000 *(RJ* 2000, 7932); de 6 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 6367); y, de 13 de noviembre de 2008 (Roj. STS 5823/2008; ECLI:ES:TS:2008:5823). En la sentencia de 2000 citada se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal Penal de las normas de derecho de familia *ex* artículo 170 del Código Civil. El caso al que se refería la sentencia 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 26 de mayo de 2000 acordó la no privación de la patria potestad, estimando el recurso del condenado.

[174] *RJ* 2015, 5624.

[175] *JUR* 2022, 311534.

[176] Como indica acertadamente AYLLÓN GARCÍA, J.M. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *Revista Boliviana de Derecho*, número 14, julio, 102, esta «evaluación de la situación de la relación paternofilial» «recuerda en parte a la actual redacción del artículo 98.2 del Código Civil donde queda en manos del juez la decisión de si se adopta o no la custodia compartida, tras declararse inconstitucional el inciso que exigía el informe «favorable» del Ministerio Fiscal para poder acordar la custodia compartida».

[177] Para CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *op. cit.*, 15, relegar el contenido del artículo 80.6 del CDFA a una finalidad meramente preventiva o cautelar y dejar en manos del juez penal el pronunciamiento definitivo sobre tal medida, esto es, encuadrarlo como una cuestión de *ius puniendi*, en adición a que el artículo 153.1 encierra al respecto una regla puramente potestativa en su aplicación para el juzgador, implica vaciarlo de toda utilidad práctica. La consecuencia derivada en la praxis forense no es otra que dejar relegado el orden civil en un segundo plazo en esta cuestión, debido a que, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación en este artículo 80.6.

[178] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226) no procede la guarda y custodia compartida por condena en un procedimiento penal por actos prolongados de vejación de un progenitor (padre) al otro progenitor (madre); y, de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES.TS:2021:2255) progenitor incurso en un procedimiento penal de agresión a la madre. No procede la guarda y custodia compartida, al no tener el *coparenting* buen pronóstico.

[179] Frente a la formulación de la presunción de inocencia como una regla de la carga de la prueba que, en caso de duda, se actúa *in dubio pro reo*, absolviendo, señala NIEVA FENOLL, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia, *Indret* enero, 14, que «la presunción de inocencia queda reducida a lo único que quizá fue originariamente: un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad». En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 2937); de 15 de diciembre de 2016 (2 resoluciones: *RJ* 2016, 5906; y, *RJ* 2016, 5913); de 4 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 3123); y, de 22 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4805/2022; ECLI:ES:TS:2022:4805) establecen que «la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de alzada constatar si la sentencia de instancia se fundamenta: a) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales; requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestiona la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuricidad entre ellas; c) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y, d) Una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada deba inferirse razonablemente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discusivo que conduce desde la prueba al hecho probado». Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2022 (Roj. SAP C 3060/2022; ECLI:ES:APC:2022:3060).

[180] Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

[181] El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia del 7 de octubre de 2021, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5636-2021 planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza en el procedimiento de Familia, Guarda y Custodia núm. 607/2020, en relación con el apartado 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 10.1 y 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española y, de conformidad, con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) de la LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión. De conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 de la LOTC, quienes sean parte en el procedimiento 607-2020, podrán personarse ante este Tribunal dentro de los quince días siguientes a la publicación del presente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE, número 248, de 16 de octubre de 2021, 126329).

[182] Respecto de la tutela judicial efectiva, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de septiembre de 2019 *(RJ* 2019, 3866) es cierto que esta Sala ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por las partes acusadoras cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma es arbitraria,

irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los artículos 24.1,9.3 y 120.3, todo ellos de la Constitución española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero, entre otras). Pero también, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 4949) «es cierto que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia». En el mismo sentido, de considerar que la tutela judicial efectiva no puede convertirse en una «presunción de inocencia invertida» al servicio de las acusaciones, dándole la vuelta al utilizarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados en lugar de hacer en su beneficio o tutela. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 de noviembre de 2017 *(RJ* 2017, 5082).

En cuanto a la presunción de inocencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 3793) manifiesta que «ha recordado reiteradamente esta Sala Segunda la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y de 16 de octubre de 1995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad».

También, como indica, entre otras, la sentencia de esta misma Sala de 19 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8862) la facultad del Tribunal, valorando razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27.ª, 15 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 1948/2023; ECLI:ES:APM:2023:1948) que establece que «el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que significa que cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales para que resulte justificada una sentencia condenatoria».

[183] En esta línea, CARO HERRERO, G. (2021). Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género, *op. cit.,* 10; asimismo, MUÑOZ VICENTE, J.M. y DEL CAMPO CÁMARA, M. (2015). La evaluación pericial psicológica de idoneidad de custodia y régimen de visitas en los procedimientos de violencia de género en el contexto legal español, *Psicopatología Clínica Legal y Forense,* vol. 15, 148-149, consideran que los informes psicológicos representan la piedra angular del juicio de ponderación que, la autoridad judicial debe realizar en cada caso en cuanto a la determinación de la forma en que ha de desarrollarse el régimen de visitas, acorde al interés superior del menor.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 14 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 182915) estimación del régimen de visitas a favor del padre y con arreglo al previo dictamen que emita al respecto el equipo psicosocial.

[184] AYLLÓN GARCÍA, J.D. (2022). Suspensión del régimen de visitas o estancia del artículo 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *op. cit.,* 113-114, al entender que precisamente por esta regla entendida como excepción de las excepciones imperativas, es por lo que defiende que, en el ámbito del Derecho Civil no se vulnera ni el principio de presunción de inocencia, ni el principio del interés superior del menor. E, insiste que, esta postura la adopta porque «el Código Civil deja en manos de la discrecionalidad del juez en atención al interés del menor la decisión final de suspender o continuar con el régimen de visitas establecido o de permitir que, pese a la existencia de un proceso penal

incoado o de indicios fundados sobre los delitos señalados, los progenitores presuntamente culpables, puedan seguir teniendo contacto con sus descendientes si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan». Si bien, precisa acertadamente, que aunque «la constitucionalidad del artículo 94 del Código Civil pueda salvaguardarse por la existencia de esa decisión final por parte de la autoridad judicial en la toma de decisiones que afecten a los menores, no quita para que considere que esta manera de legislar en la que se les impone a los jueces normas semi-imperativas donde antes jugaba un papel importante su discrecionalidad pone de manifiesto un aumento de la desconfianza en estos operadores jurídicos».

[185] La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género señala al respecto que: «una de las propuestas suscitadas en el Primer Encuentro de Violencia Doméstica consistió precisamente en que la violencia entre la pareja, indiciariamente acreditada, debía ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos, desde el entendimiento que los menores son siempre víctimas, cuando menor, de violencia psicológica, siendo necesario el distanciamiento respecto del maltratador para que puedan recuperarse psicológicamente y para que los hijos no asumen la violencia como medio de resolución de conflictos. No obstante, sin desconocer la fuerza de estos argumentos, fijar, en todo caso, la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor con los hijos comunes no puede resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada». Por lo que, añaden «más acertado sería estipular, según los casos, *el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que, en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor*, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda el hecho que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer» (57-58) (la cursiva es nuestra).

[186] *RJ* 2005, 7734.

[187] *RJ* 2011, 2311.

[188] *RJ* 2015, 5624.

[189] *RJ* 2017, 5082.

[190] *JUR* 2020, 25362.

[191] *JUR* 2020, 118829.

[192] *RJ* 2016, 881.

[193] *JUR* 2020, 225026.

[194] *JUR* 2021, 105194.

[195] *JUR* 2022, 64394.

[196] *RJ* 2011, 2311.

[197] *JUR* 2022, 319810.

[198] *JUR* 2006, 227017.

[199] *JUR* 2021, 105194.

[200] *JUR* 2022, 319810.

[201] *AC* 2001, 1243. Se indica, al respecto que aunque el menor acaba de cumplir 12 años y ha manifestado su deseo de no ver al padre, no es menos cierto que, el día en que ocurrieron los hechos del asesinato del compañero de la madre, el menor se encontraba con el padre. Y cuando la madre acudió con un amigo con la pretensión de llevarse al menor, el hijo exteriorizó su deseo de permanecer con su padre, lo que demuestra que en aquellos momentos existía una buena sintonía entre padre e hijo. Y que tras el ingreso en prisión del padre se ha producido una larga separación entre ambos conocida, en la necesidad de la figura del padre en la educación de los hijos, siempre que no consista en una malévola influencia. No cabe esperar del padre en este caso, ya que su ingreso en prisión, ha sido un hecho puntual relativo a la situación conyugal y no por una habilidad delictiva. Y, por otro lado, la larga separación entre hijo y padre, y la influencia de la madre a tan corta edad, determina que la manifestación del hijo de no desear ver a su padre, deba acogerse como encuadrada en dichas circunstancias.

[202] *RJ* 2014, 1825.

[203] *RJ* 2016, 4580.

[204] *JUR* 2019, 75819.

[205] *JUR* 2022, 154804.

[206] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 3 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 383) alcoholismo del padre representa una conducta gravemente atentatoria para los menores; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 241989) enfermedad mental de la madre; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 31 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 265527) psicosis esquizofrénica paranoide del padre con episodios de crisis que entrañan riesgo potencial para el interés del menor de un año y medio de edad; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 26 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 151595) padre que consume sustancias psicotrópicas y adictivas; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 7 de abril de 2011 *(JUR* 2011, 186718) acreditación de la grave adicción al alcohol y a la cocaína; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 12 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 177710) suspensión inmediata del régimen de visitas para la madre, que no presenta las condiciones de estabilidad necesarias que le permita reorganizar su vida y asumir sus responsabilidades familiares. Sería la propia madre quien puede evitarlo cumpliendo las exigencias como son la reanudación del control y seguimiento psiquiátrico, la aceptación de programas de apoyo psicosocial, etc., pues, de ser la evolución positiva siempre puede entablar un futuro procedimiento para recuperar las visitas suspendidas.

[207] *JUR* 2023, 32929. Los antecedentes del caso: el procedimiento se inició mediante demanda interpuesta por la madre en la que se interesó se le atribuyera la condición de progenitora custodia, sin perjuicio del derecho de visitas a favor del padre. En la sentencia 529/2020, de 25 de noviembre por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma de Mallorca en la que se acordó la custodia compartida del menor, por semanas alternas, correspondiendo al padre y a la madre hacerse cargo de los alimentos del hijo cuando lo tengan bajo su cuidado, todo ello con ejercicio conjunto de la patria potestad y abono de los gastos extraordinarios por mitad, determinándose también el régimen de vacaciones correspondientes. Los progenitores son policías nacionales con retribuciones de similar cuantía contra dicho pronunciamiento judicial, se interpuso recurso de apelación por la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4.ª, de 30 de julio de 2021 confirmó la pronunciada por el juzgado. Se ratificó la procedencia del régimen de custodia compartida aconsejado, como el más beneficioso para el interés del menor, en el amplio y completo dictamen pericial psicológico emitido a petición del juzgado. No obstante lo expuesto, durante la sustanciación de procedimiento en primera instancia con fecha de 30 de noviembre de 2020, la actora presentó denuncia contra el demandando por haber sufrido por parte de este una supuesta agresión física. Por tales hechos, se incoaron diligencias previas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Palma de Mallorca, que dictó auto de archivo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la denunciante, que fue estimado por auto núm. 178/2021 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, al entender que la valoración de las declaraciones contradictorias de ambas partes debía someterse al crisol del juicio oral. Con base a ello, la demandante formuló petición de aclaración y complemento de la sentencia 402/2021, de 30 de julio, pronunciada por la Audiencia. El tribunal dictó auto de 4 de octubre de 2021, en el que completó la referida sentencia en el sentido que el auto de archivo de las diligencias previas penales, dictado por el Juzgado de Violencia de la Mujer, fue revocado por otro de la sección segunda de la Audiencia Provincial. Aclarada la sentencia, se interpuso contra ella recurso de casación por la demandante basado en la vulneración del artículo 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa. Por su parte, el Ministerio Fiscal apoyó el recurso, al considerar que debía ser estimado en atención al auto dictado en vía penal por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, así como por el auto de 24 de noviembre de 2021, en procedimiento 1231/2021, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de dicha Isla que, en concurrencia con aquella resolución, transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado por delito del artículo 153 de Código Penal, en la que, sin adopción de medidas personales se hizo constar que indiciariamente resultaba que: «(…) el día 30 de noviembre de 2020, sobre las 13.50 horas Araceli y su ex pareja Eloy coincidieron en el centro escolar, al que acude el hijo Gustavo y en las inmediaciones

del vehículo Araceli mantuvieron un forcejeo por la mochila que tenía la menor, llegado en el curso del forcejeo Eloy a propinar varios golpes en el antebrazo izquierdo a Araceli sin llegar a ocasionarle lesión». El proceso penal en curso razona el Ministerio Público no permite una guarda y custodia compartida en aplicación del artículo 92.7 del Código Civil».

[208] La Fiscalía General del Estado ha creído conveniente dirigir un oficio a los fiscales delegados provinciales y a los fiscales de enlace el 10 de enero de 2023 ante el elevado número de feminicidios en los que en muchas ocasiones se había producido denuncias previas por violencia de género. En concreto, en el mes de diciembre de 2022, de los 12 feminicidios confirmados a fecha de hoy, en el 50% residían denuncias previas por la pareja o expareja finalmente asesinada. Si se analizan los feminicidios ocurridos de 1 de enero a 31 de diciembre de 2022, resulta que en el 42,85% de los supuestos había denuncia previas y solo en 6 ocasiones se acordó la Orden de Protección y en otras 4 ocasiones se había dictado sentencia condenatoria (en dos ocasiones estaba vigente la prohibición de aproximación) pues, en muy pocos casos se ha acordado la orden de protección. Según los datos del CGPJ del tercer trimestre de 2022, la proporción de solicitudes de órdenes de protección en relación con el número de denuncias es del 20% (10.302 solicitudes frente a 49.479 denuncias) y las acordadas fueron 66,7% de las solicitadas (6.873), por lo que en relación al total de denuncia interpuestas solo se acordó protección en un 13,9% de los supuestos denunciados. Sin datos que, a simple vista, alertan de la escasa protección penal que se dispensa durante la tramitación de los procedimientos de violencia de género. Debe recordarse que la orden de protección puede ser interesada por el fiscal (de oficio), aunque no lo solicite la víctima. Asimismo, deben valorarse todas las circunstancias personales y de hecho y solicitar la práctica de diligencias que se precisen. Se añade que, el sistema VIOGEN que realiza la policía para valorar el riesgo no siempre es suficiente, siendo necesaria la valoración forense y el auxilio de las unidades de valoración integral que no existen en todos los partidos judiciales. Se proponen como actuaciones: 1. Ser proactivos de cara a la protección de las víctimas. Se deberán solicitar las medidas cautelares oportunas aunque no lo soliciten y que sean necesarias para evitar en lo posible la reiteración de conductas violentas y feminicidios. Deben admitirse las proposiciones de prueba que sean trascendentes y que pueda practicarse en un plazo de 72 horas; 2. Cuando la valoración del riesgo policial se considere «extremo», «alto» o «medio de especial relevancia», deberá instalarse el dispositivo de detección de la proximidad, salvo que se entienda necesaria acordar la prisión provisional para proteger a las víctimas. Si en el curso de tramitación del procedimiento se agravara el riesgo, también se acordará la instalación del dispositivo.

Por su parte, el Pleno del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género ha acordado en reunión del 23 de enero de 2023 la necesidad de seguir insistiendo en la especialización de los juzgados de lo Penal y en la ampliación de la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con el objeto que todas las víctimas de la violencia machista sean atendidas por profesionales especializados en esta materia. También se ha señalado la importancia tanto de la Fiscalía como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado propongan el uso de dispositivos electrónicos en todos los casos de «especial relevancia». Asimismo, se ha acordado impulsar la creación en todo el territorio nacional de Unidades de Valoración Forense Integral, formadas por forenses, psicólogos y trabajadores sociales especializados y la puesta en marcha de un protocolo de valoración forense urgente del riesgo en todos los partidos judiciales. El Observatorio, igualmente, hace un llamamiento a la sensibilización social, imprescindible en la erradicación de la violencia machista; y, en fin, se aboga por desarrollar en su integridad las medidas contenidas en el Pacto de Estado de 2017 y la modificación del artículo 468 del Código Penal con el objeto de prever como medidas accesorias la prohibición de comunicación y el acercamiento a la víctima.

[209] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección Pleno, de 21 de diciembre de 2018 (Roj. STS 4361/2018; ECLI:ES:TS:2018:4361) ha dispuesto que, la distancia establecida en una orden de alejamiento debe medirse en forma en que determine la resolución judicial que acuerda la medida, y, en su defecto, en línea recta. El Tribunal fija el criterio correcto para determinar, en cada caso, si la persona a la que se le ha impuesto una prohibición de aproximación se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la misma. Las Audiencias Provinciales daban respuestas distintas a esta cuestión. Unas con-

sideraban que la medición de la distancia debía hacerse en línea recta, y otras, en cambio, teniendo en cuenta el trayecto o los recorridos posibles que puede realizar un viandante andando o transitando por la vía pública.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 8 de junio de 2020 *(JUR* 2020, 223672) pese a existir una sentencia condenatoria con la correspondiente orden de alejamiento, se determina un régimen de visitas a favor del padre. Así se procede a la entrega y recogida del menor a través del punto de encuentro familiar, ante las malas relaciones entre los progenitores.

[210] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 18 de mayo de 2021 *(JUR* 2021, 263903).

[211] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 23 de junio de 2004 *(AC* 2004, 1371); y, de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, de 10 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 157109).

[212] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 2 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 219066) establecimiento de visitas en un punto de encuentro en presencia de un familiar de los menores condicionado al levantamiento de la orden de protección; y, de la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, de 13 de junio de 2019 *(JUR* 2019, 222932).

[213] GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas, *op. cit.,* 2.

[214] *JUR* 2007, 219066.

[215] Antes la cuestión de si debe entenderse como días naturales o días hábiles, GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas, *op. cit.*, 2 entiende que deben entenderse como días hábiles y añade que «no se trata de una cuestión académica, sino de gran importancia en la práctica forense, pese en alguna ocasión ha ocurrido que se ha concedido un orden de protección con medidas civiles, entre ellas, pues en alguna ocasión ha ocurrido que se ha concedido una orden de protección con medidas civiles, entre ellas, que el régimen de visitas se realice a través del punto de encuentro familiar, y cuando la fecha de inicio ha tenido lugar en el mes de julio, el punto de encuentro ha cerrado su actuación, interpretando que los treinta días son naturales y, por ende, en el mes de agosto, el padre no ha podido ejercer su régimen de visitas, teniendo que esperar al mes de septiembre para reiniciar las mismas». En fin, indica que «las medidas civiles adoptadas junto con una orden de protección, no son recurribles». Igualmente, se expresa en este sentido, SILLERO CROVETTO, B. (2016). Análisis y evaluación de las competencias civiles de los juzgados de violencia sobre la mujer, *El divorcio por violencia de género*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 56.

[216] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 11 de octubre de 2019 *(JUR* 2020, 67480) cese de las medidas cautelares adoptadas en el contexto de la orden de protección. Padre que conoce las necesidades afectivas y emocionales de las menores, habiéndose logrado que los menores establezcan una correcta figura de apego positiva hacia ambos progenitores.

[217] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 4 de diciembre de 2014 *(AC* 2014, 2330).

[218] La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 19 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8951) señala que, las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil pueden adoptarse por los trámites de jurisdicción voluntaria, en fase de ejecución de sentencias, e incluso, en las medidas previas o coetáneas a los procesos matrimoniales.

[219] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 23 de marzo de 2022 (Roj. STS 1113/2022; ECLI:ES:TS:2022:1113); y, de 22 de abril de 2022 (Roj. STS 1514/2022; ECLI:ES:TS:2022:1514).

[220] GUTIÉRREZ ROMERO, FCO. M. (2010). Incidencias de la violencia de género en el derecho de familiar: especial tratamiento del régimen de visitas, *op. cit.,* 4.

Asimismo, *vid.,* el artículo 544 ter de la LECr.: «*7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran*

precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertenencia de la adopción de las referidas medidas. Y añade (…): «*Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial*». (la negrita es nuestra).

[221] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2018 *(RJ* 2018, 452) suspensión de visitas de los padres biológicos por la entidad pública. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.ª, de 26 de febrero de 2009 *(JUR* 2009, 386894) ineficacia de la medida de las visitas en el PEF, mientras se mantengan la medida cautelar de suspensión del régimen de visitas confirmado judicialmente en proceso de declaración de la situación de desamparo de la menor; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 30 de enero de 2020 *(JUR* 2020, 153017) ante la actual imagen negativa y carácter peyorativo que las menores tienen de su madre, se procede a la suspensión del régimen de visitas a favor de esta; y, asimismo, la suspensión de las visitas de los abuelos paternos por el plazo de seis meses.

[222] ORTIZ VIDAL, M.ª D. (2019). Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor. En: C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco (eds.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia: Tirant lo Blanch, 330.

[223] *RJ* 2018, 3555.

1.3. Derechos Reales

El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021*

The right to use the family home as a registerable right: missed opportunity in Law 8/2021

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La última reforma del artículo 96 del Código Civil, operada en virtud de la Ley 8/2021, incluye en su párrafo tercero el mandato de inscribir en el folio de la finca que sea vivienda familiar «la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar», cuando su uso haya sido atribuido, como consecuencia de la separación o divorcio, al otro cónyuge no titular. Por fin, el legislador incluye de forma expresa que se inscriba el derecho de uso consecuente de la sentencia de separación o divorcio, porque supone una restricción a la facultad de disponer; es decir, una limitación en la facultad dispositiva del otro cónyuge titular. Se trata del contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar. Sin embargo, de la dicción literal de ese artículo, no parece desprenderse que deba inscribirse, asimismo, el contenido positivo de este derecho: la facultad de uso, de ocupación. Se critica en este artículo esta reforma legal, por inútil y errónea, y se argumenta en favor de la necesidad de inscripción del contenido positivo —facultad de uso— del derecho de uso a la vivienda familiar. Consideramos que debe inscribirse como un verdadero derecho real para alcanzar su plena oponibilidad y garantizar su función de vivienda de las personas más necesitadas de protección.

ABSTRACT: The latest reform of article 96 Civil Code, operated by virtue of Law 8/2021, includes in its third paragraph the express mandate to register on the folio of the property that is a family home «the restriction on the operative power over the family home», when its use has been attributed, as a consequence of the separation or divorce, to the other non-owner spouse. Finally, the legislator expressly includes that the right to use the judgment of separation or divorce be registered, because it implies a restriction on the power to dispose; that is to say, a limitation on the dispositive power of the other titular spouse. This is the negative content of the right to use the family home. However, from the literal diction of that article,

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», (PID2021-124953NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y dirigido por D.ª Matilde CUENA CASAS.

it does not seem to follow that the positive content of this right should also be registered: the power of use, occupation. This article criticizes this legal reform, as useless and erroneous, and argues in favor of the need to register the positive content —power of use— of the right to use the family home. We consider that it must be registered as a true real right to achieve its full opposability and guarantee its function of housing the people most in need of protection.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso. Vivienda familiar. Inscripción. Registro de la Propiedad. Disposición.

KEY WORDS: Right of use. Family home. Registration. Land register. Disposition.

SUMARIO: I. CONCEPTOS GENERALES. DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. EL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR COMO DERECHO REAL: 1. Contenido inscribible del derecho de uso. 2. Necesidad de inscripción del contenido positivo del derecho de uso.—III. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. Asiento y forma de inscripción. 2. Exigencias del principio de determinación registral: *A) Determinación del derecho. B) Titularidad del derecho. C) Finca sobre la que recae el derecho. D) Plazo. E) Contenido del derecho inscrito.*—IV. CONCLUSIONES. —V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTOS GENERALES. DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso a la vivienda familiar se pone de manifiesto tras una crisis conyugal, cuando se produce la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y hay que decidir quién se queda viviendo en la —hasta entonces— vivienda familiar. Eso es el derecho al uso de la vivienda familiar, que surge siempre que esta fuera propiedad, bien exclusiva o bien copropiedad, del cónyuge a quien no se ha atribuido el uso. Se produce una disociación entre la titularidad dominical de la vivienda y la titularidad del uso. Solo en estos casos se entiende que hay verdadero derecho de uso, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en varias ocasiones.

En definitiva, se trata de un verdadero derecho subjetivo que implica el habitar en una determinada vivienda —ajena o en parte ajena—, respondiendo a la idea básica de protección, o de procura de las necesidades básicas bien a los hijos, si los hubiera y mientras no fueran independientes, o bien al cónyuge «más necesitado de protección» —artículo 96 del Código Civil.

Este artículo recoge el contenido del convenio regulador que rige tras la crisis conyugal, y en él, según consta en su párrafo primero, hay que atribuir el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores o el más necesitado de protección. Se trata, por tanto, de un derecho de origen judicial, pues, aunque conste en el convenio, nace tras la aprobación judicial de este.

Por otra parte, el derecho de uso a la vivienda familiar, como ya se ha insinuado, tiene una finalidad clara: la de satisfacer la necesidad habitacional, y proteger, a los hijos menores o discapacitados. Esa y no otra es la razón por la que la jurisprudencia

ha afirmado que se trata de un derecho de carácter familiar, y no de carácter patrimonial (derechos de crédito o reales), por lo que goza de una especial naturaleza[1].

Por último, entendemos que el derecho de uso a la vivienda familiar tiene un doble contenido: la facultad de ocupación, de uso, de goce, que constituye el contenido positivo, y a nuestro juicio, probablemente, el más importante de este derecho; y un contenido negativo que supone una restricción a la facultad de disponer del excónyuge titular de la vivienda sobre la que se ha constituido el uso, ya que necesita del consentimiento del otro cónyuge atributario del uso para poder realizar sobre ella actos de disposición, pudiendo impugnar este aquellos actos realizados sin su consentimiento. Así lo confirma la RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021, recogiendo la doctrina de la RDGRN de 10 de octubre de 2008: «Por un lado, tiene un contenido positivo, en tanto atribuye al otro cónyuge y a los hijos bajo su custodia el derecho a ocupar la vivienda. Por otro lado, impone al cónyuge propietario la limitación de disponer consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad».

A este contenido negativo se refiere expresamente el nuevo párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, tras la reforma provocada 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.

Entendemos que este doble contenido debe ser conocido por todos; es decir, el derecho de uso a la vivienda familiar debe ser plenamente oponible, para que: a) no se disponga del inmueble sin consentimiento del titular del uso, y b) para que se respete de forma plena la facultad de ocupación y satisfacer la necesidad habitacional de los más desprotegidos. Para ello es necesaria su inscripción.

II. EL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR COMO DERECHO REAL

1. Contenido inscribible del derecho de uso

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) siempre han sido proclives a la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, a pesar de considerarlo como un derecho de especial naturaleza familiar[2]. Y hay que resaltar que, aunque mayoritariamente han considerado la inscripción de su vertiente negativa, no faltan resoluciones en las que se aboga por la inscripción del derecho en su totalidad: tanto como limitación de la facultad de disposición, como derecho real de ocupación oponible. En este sentido, la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 afirma contundentemente que: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer *ex* artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de disposición del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos *erga omnes*».

Sostenemos, desde estas líneas, la necesidad de hacer constar en el Registro el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar. Es decir, hay que inscribir la facultad de uso, de ocupación, que conlleva este derecho, asimilándolo a un verdadero derecho real o, si la inscripción no altera la naturaleza del derecho inscrito, al menos hacerlo así, plenamente oponible. Consideramos, como explicamos a continuación, que la inscripción del derecho de uso, en sentido positivo, basta por sí sola para proteger al más necesitado de protección, sin que sea necesario hacer constar la limitación de disponer, puesto que aquella va a englobar a esta, en el sentido que pretende el legislador. No solo debe inscribirse el derecho de uso cuando se otorgue en favor del cónyuge no propietario de la vivienda (como mera limitación de disponer), sino que sus facultades de uso y ocupación deben ser oponibles también en otras circunstancias, cuando sea copropietario, o incluso simple usuario (arrendatario o usufructuario).

Y es una pena que el legislador, con la nueva redacción del artículo 96.3 del Código Civil, introduzca sombras y dudas al respecto, y haya perdido una oportunidad única para la necesaria inscripción del derecho de uso. En efecto, como ya hemos señalado, la Ley 8/2021, de 2 de marzo, modificó el artículo 96 del Código Civil, y en su apartado 3.º, recoge la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a la vivienda familiar. Es de agradecer que por fin se establezca de forma clara tal inscripción, como ya pedíamos hace años[3]. Pero, parece que de momento —habrá que esperar a la interpretación jurisprudencial de aquel—, solo se inscribe la limitación o prohibición de disponer. La literalidad del precepto parece clara: «esta restricción de la facultad dispositiva». ¿Solo debe/puede inscribirse el contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar? Aparentemente así es, porque pudiendo aprovechar la reforma para hablar simplemente de la necesidad de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar, el legislador utiliza las palabras «restricción de la facultad dispositiva»; es decir, da a entender que se inscribe solo el contenido negativo, pues en la especificación excluye el contenido positivo, o sea, la facultad posesoria, de ocupación.

Es cierto que la limitación dominical debe ser oponible *erga omnes*, y esto solo será así con su inscripción en el Registro, y es bueno y loable que se haga y se haya ordenado en esta reforma. De otro modo, los terceros adquirentes de buena fe, si no conocen esa limitación de disponer, no se verían afectados en su adquisición, y el cónyuge usuario y los menores que estén bajo su custodia, podrían perder la vivienda, quedando totalmente inútil el derecho de uso atribuido, por el juego de los artículos 32 y 34 LH, con los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y mantenimiento en la adquisición.

Pero, por otra parte, si esa limitación de la facultad de disposición es una verdadera prohibición de disponer, esta solo puede acceder al Registro cuando sea voluntaria y se inserte en negocios a título gratuito, tal y como se desprende del artículo 27 LH. Y este no es el caso que se analiza, ya que se trata de una prohibición de disponer de carácter legal. Es la ley la que la establece en el propio 96.3 del Código Civil, dotándole de publicidad a los terceros por sí misma, sin que sea necesaria su inscripción. ¿Por qué se ordena su inscripción entonces? Puede ser, como afirma GARCÍA MAYO[4], porque se trata de un supuesto excepcional en el que, probablemente, a lo que se pretende dar publicidad no es tanto a la prohibición, sino al carácter familiar de la vivienda que, una vez conocido, lleva aparejada tal prohibición.

Y si se trata de hacer constar y dotar de oponibilidad al carácter de vivienda familiar, bastando para ello una mención, nos planteamos si lo que realmente se

quiere hacer oponible es el derecho de uso, de ocupación, que conlleva inexorablemente unido, pues es el que caracteriza la vivienda familiar.

Por eso, ¿no sería bueno inscribir la facultad positiva de uso, de ocupación? ¿No debe oponerse a terceros? ¿es irrelevante para la protección de los menores o necesitados de protección que su ocupación sea oponible a terceros, pudiendo estos ignorarla y en consecuencia haciéndose inútil el derecho de uso?

Entendemos que el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar también debe inscribirse, pues este derecho, si no es un derecho real, (creemos que sí) debe gozar también de la plena protección registral a través de su inscripción. El legislador parece que ha perdido una buena oportunidad para expresarlo correctamente.

Por eso, consideramos que la inscripción únicamente de la restricción a la facultad de disposición es un error y además innecesario, por las siguientes razones:

a) Es innecesaria: Si se trata solo de una prohibición de disponer, que es de carácter legal, su publicidad y oponibilidad *erga omnes* la tiene de «serie» basada en el principio de «la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento». No sería necesaria su inscripción en el Registro, salvo, como ya hemos dicho, que se pretenda hacer constar otra cosa: que se trata de una vivienda familiar; y eso, también apuntado antes, implica hacer constar la facultad de uso y ocupación específica. Es más, si abogamos por la inscripción del derecho de uso (positivo), todavía se hace más innecesaria la inscripción de la limitación dominical, puesto que, si está inscrito el derecho de uso, este es oponible y, si se enajena el inmueble, se enajena con el derecho de uso (a semejanza de lo que ocurre con cualquier otro derecho real limitativo), y la necesidad del consentimiento del otro cónyuge solo será para enajenarlo sin ese derecho de uso, por lo que es innecesario la inscripción de tal restricción. No se necesita la restricción a la disposición si ya está inscrito el derecho de uso, como defendemos desde estas líneas[5].

b) Es errónea: se olvida de una parte fundamental del derecho de uso a la vivienda familiar que no puede reducirse a una mera limitación de disponer; pues se basa en la protección de una «necesidad habitacional», y no en la cautividad del inmueble en el tráfico.

Habría sido mejor establecer la posibilidad y necesidad de la inscripción del derecho de uso en sentido positivo.

2. Necesidad de inscripción del contenido positivo del derecho de uso

Por el contrario, sí entendemos necesario inscribir el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar, de naturaleza real, y con su propio asiento de inscripción, por las siguientes razones:

a) Se trata de un derecho con facultades propias del derecho real en cosa ajena: uso, disfrute, ocupación, en un inmueble que no es propiedad del titular del derecho de uso. Esas facultades suponen un poder directo e inmediato del atributario sobre la cosa, y que deben ser oponibles.

b) Para que esas facultades sean verdaderamente oponibles necesitan de la inscripción registral, pues, si el derecho de uso positivo no estuviera inscrito, podría perderse y, con él, su finalidad de protección al más necesitado para satisfacer su necesidad habitacional propia. Esto es así porque:

c) Solo a través de un verdadero asiento de inscripción el titular del derecho gozará de la fe pública registral y de la prioridad registral derivada del asiento, cuestión que no se predica de las simples menciones o anotaciones preventivas de demanda por las que se haría constar la limitación de disponer.

d) Además, en el caso de que el derecho de uso esté inscrito con anterioridad a una ejecución forzosa, a una hipoteca o a la constitución de un derecho real, permanecerán los beneficiarios protegidos en la vivienda familiar; de otro modo, si no existe ese derecho de uso positivo inscrito, perderán la vivienda, y su necesidad habitacional no quedará satisfecha. Esto ocurre en los siguientes casos:

a. Solo con su inscripción, el derecho de uso sería preferente a una ejecución forzosa, de la que se derivaría un embargo, ya que esta no se trata de un acto de disposición por parte del titular, sino de un acto respaldado por el *imperium* de un órgano judicial, para el que no se requiere su consentimiento[6]. En este caso, si solo se inscribe la limitación de disponer y no el derecho de uso, el atributario quedaría desprotegido frente a esa enajenación forzosa y no voluntaria, pues no estaría disponiendo voluntariamente sin el consentimiento del cónyuge usuario. Este no podría impugnar tal disposición; quedando perjudicado. No tiene sentido que sea esto lo que pretende el legislador: una mayor desprotección del más necesitado. Pues, como afirma CUENA CASAS, «embargada la vivienda, la familia deberá abandonar el inmueble porque ya no hay publicidad registral de ese derecho de uso que le concede el propio artículo 96.1 y cuya inscripción parece negar el artículo 96.3 del Código Civil. Al adquirente en pública subasta le sería inoponible tal derecho de uso. El cónyuge usuario estaría solo protegido frente a la enajenación voluntaria por parte del propietario, protección que no necesitaría si el derecho de uso estuviera inscrito, ya que subsistiría este a pesar de la enajenación sin consentimiento»[7].

b. De igual forma, solo la inscripción como derecho real del derecho de uso a la vivienda familiar solucionará situaciones de posible pérdida del derecho en las adquisiciones por terceros en las subastas consecuentes de un proceso de disolución de comunidad (por *actio communi dividundo* en comunidad ordinaria, o por liquidación sociedad gananciales). En estos casos, la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, de carácter privativo (la compraron de solteros, o bien en régimen de separación de bienes), o cuando la vivienda familiar tuviera carácter ganancial, y tras la ruptura, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, originándose entonces una comunidad ordinaria entre ambos cónyuges.

Tras el divorcio se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los excónyuges, y el otro solicita la división de la vivienda familiar, que muchas veces se traduce en la subasta y venta de la misma a un tercero que la adquiere. Como sabemos, en comunidad ordinaria ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en indivisión, teniendo en su mano la facultad irrenunciable, imprescriptible y personalísima de solicitar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*, art. 400 CC).

Por eso, entendemos que cualquiera de ellos puede hacerlo, sin necesidad del consentimiento del otro, a pesar de la dicción del artículo 96.3 del Código Civil, y por el hecho de que la división en sí misma no es considerada un acto dispositivo sobre la vivienda, sino un mero acto declarativo o especificativo de los derechos de los copropietarios, por el que la cuota se materializa en una parte real. No podría impugnarse, por tanto, dicho acto de división por el cónyuge atributario del uso, aunque no prestara su asentimiento[8]. Si el derecho de uso de contenido

positivo estuviera inscrito con anterioridad, el tercer adquirente debería respetarlo. En estos casos es conveniente su inscripción, a pesar de desaconsejarla desde la tesis tradicional que lo entiende como mera limitación dominical, cuando el atributario es copropietario.

c. También es necesaria la inscripción del derecho de uso positivo ante una ejecución hipotecaria, cuando el derecho de uso se hubiese inscrito con anterioridad a la hipoteca, haciéndose de este modo oponible al tercer adquirente en subasta, siempre que el cónyuge atributario no propietario no hubiese impugnado la hipoteca previa como acto de disposición. El derecho de uso es anterior a la constitución de la hipoteca. En estos casos, el titular dominical hipoteca después de la separación o divorcio su vivienda sobre la que ya existe un derecho de uso a favor del excónyuge. Aquí el excónyuge puede impugnar la constitución de la hipoteca al tratarse este hecho de un acto de disposición clarísimo, por tanto, si se hizo sin su consentimiento, puede solicitar la anulabilidad de dicha hipoteca. Si este derecho de uso está inscrito, no podrá nunca el acreedor hipotecario alegar su buena fe para que no le afecte la impugnación del acto, y si no lo estuviera, pero lo hubiera podido conocer por otros medios (a similitud de lo dispuesto en 1320.2 CC) también le afectaría. Si no impugnara la hipoteca, puede ocurrir que llegue un momento en que se ejecute, y la adquiera un tercero. En estos casos, al estar inscrito el derecho de uso con anterioridad a la hipoteca ejecutada, afectará, entonces, como carga anterior y debiendo respetarlo, al tercer adquiriente a quien resultará oponible, sin que quepa alegar nunca protección registral.

e) La jurisprudencia, aunque no reconozca que se trata de un derecho real de uso inscribible y oponible, sí que ha considerado la oponibilidad de la facultad de uso posesoria en distintas situaciones, afectando a adquirentes posteriores siempre que no se trate de terceros hipotecarios protegidos, por ejemplo, la STS de 24 de marzo de 2021 observa que es doctrina consolidada que «la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el artículo 400 del Código Civil reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad», pues «La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda». En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 18 de octubre de 1994, 14 de diciembre de 2004, 8 de mayo de 2006 y 27 de febrero de 2012, RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo de 2000, 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007.

f) Cuando el derecho de uso se atribuya al cónyuge pero también de forma específica a los hijos, siendo el cónyuge, por ejemplo, copropietario del inmueble vivienda familiar, se pone de relieve la posibilidad y necesidad de la inscripción de la facultad de uso inherente al mismo, porque si no estuviera inscrito ese uso, y el derecho fuera solo una limitación de disponer, esta se englobaría en la cuota dominical del copropietario atributario, «desapareciendo» el derecho al uso (a vivir en ella) de los hijos beneficiarios; no sería entonces oponible. Este es uno de los casos en los que se comprueba que el derecho de uso a la vivienda familiar implica un contenido positivo de carácter real, distinto de la mera limitación dominical que no jugaría en este caso. Es necesario separar y hacer oponible el derecho de uso real que tienen los hijos a su favor.

g) Por último, y como ya se ha dicho también, la aparente inutilidad de la inscripción de la limitación legal de disponer, en el fondo, se justifica en la

necesidad de hacer constar que se trata de una vivienda familiar. Y si esto es así, lo que se trata de hacer constar es que hay un derecho de uso de carácter real en favor de los beneficiarios protegidos, pues es lo que define a la vivienda familiar. Creemos que, incluso, cuando el matrimonio no se ha roto, y por tanto no ha «surgido» el derecho de uso de la vivienda familiar como derecho independiente, es conveniente inscribir este uso porque así se confirma la consideración de una vivienda como familiar y, por tanto, se facilita lo dispuesto en el artículo 1320.2 del Código Civil en relación con el 91.1 RH[9] y el supuesto del 144 RH. Es decir, si el uso está inscrito sobre una vivienda, no hay duda de que esa es la vivienda familiar, y sería más difícil que uno de los cónyuges dispusiera de la misma sin el consentimiento del otro. De este modo, se facilita o evita el que el cónyuge disponente hubiera hecho una manifestación errónea del carácter de la vivienda familiar. Si el uso, y por lo tanto el carácter familiar de la vivienda, está inscrito, no podría alegarse la buena fe del adquirente, y la mala manifestación del disponente.

III. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Asiento y forma de inscripción

La inscripción de este derecho en el Registro ha sido una constante en la realidad jurídica española, la antigua DGRN la ha admitido sin problemas a lo largo de los años, y ha sido refrendo de su plena eficacia. Hasta ahora, la ley no recogía expresamente tal posibilidad, pero sí la práctica registral.

Con la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se modificó el artículo 96.3 y en él se establece la necesidad de que se inscriba el derecho de uso de la vivienda familiar. Es la primera vez que lo recoge expresamente el legislador y es de alabar que así se haga —aunque ya no había dudas sobre ello—, pero es de lamentar que solo lo recoja parcialmente, puesto que parece amparar únicamente la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar en su vertiente negativa, como limitación a la facultad de disposición. El artículo 96.3 del Código Civil afirma que: «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Ya hemos defendido que debe inscribirse tanto el contenido negativo (único al que se refiere el legislador en el art. 96.3 CC), como el positivo para dotarle de oponibilidad, siendo incluso esta opción suficiente para obtener la oponibilidad, haciendo innecesaria la inscripción del contenido negativo. Eso sí, en la inscripción del derecho de uso, deberán respetarse las normas y principios registrales, al igual que cualquier otro derecho real o situación jurídica inscribible.

En este sentido, no puede ser más clara la RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021, al afirmar que «Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un «*dies certus*»,

salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral. Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los arts. 9 LH y 51 RH), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere».

¿Cómo debe inscribirse, entonces, el derecho de uso a la vivienda familiar?

Forma de inscripción: El derecho de uso a la vivienda familiar, antes de la reforma del artículo 96 del Código Civil por la Ley 8/2021, podía llegar al Registro, a través de una anotación preventiva que recogiera la medida cautelar[10], adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil[11], —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Y, una vez consolidado este derecho y atribuido por sentencia judicial, desde luego, puede llegar al Registro a través de una nota marginal, que recoja las limitaciones que afectan a la facultad de disposición del titular (art. 96. 2 RH)[12]; esta última opción es la más frecuente en la práctica y concuerda con la mayoritariamente aceptada naturaleza de derecho familiar que limita la facultad de disposición[13].

Pero, además, y tal y como hemos explicado antes, si se defiende la existencia e inscripción de su contenido positivo similar a un derecho real de uso, deberá inscribirse con su propio asiento de inscripción específico, con base en el artículo 2 LH, donde cabe la inscripción de «cualesquiera otros derechos reales».

Título de la inscripción y documentos necesarios[14]: El título en virtud del cual se practique la inscripción de este derecho será el testimonio que recoge la resolución judicial que aprueba el Convenio regulador que lo contiene, sea este aprobado por mutuo acuerdo entre las partes, o sea el establecido por el juez a falta de acuerdo de los cónyuges. Normalmente se adjunta fotocopia testimoniada del propio convenio en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar; a veces, el convenio regulador no aparece debidamente firmado, o sellado, o falta algún folio, y al tratarse de un documento privado puede generar ciertos problemas para su inscripción y para la comprobación de su veracidad por el registrador[15]. En cuanto a los documentos que deben acompañar a dicha resolución judicial, destacamos: certificado del Registro Civil acreditativo de la inscripción de la separación o divorcio[16] y acreditación de haberse presentado el convenio ante la Administración Tributaria competente por razón del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (arts. 254 y 255 LH). En principio, no es necesario presentar la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía), porque no están sujetos a tal impuesto las aportaciones o adjudicaciones o transmisiones resultado del cumplimiento de sentencias de nulidad, separación o divorcio (art. 104 TR Ley Haciendas Locales).

2. Exigencias del principio de determinación registral

El principio de especialidad registral alcanza por supuesto a la inscripción del derecho de uso y, en consecuencia, deberán determinarse tanto la finca sobre la que recae el derecho, el contenido del mismo, el titular, y las circunstancias que

delimiten el derecho inscribible (arts. 9LH y 51.6 RH). De este modo, y para su debido cumplimiento, deberá constar:

A) Determinación del derecho

Es deseable la perfecta expresión clara e inequívoca del derecho de uso a la vivienda familiar. Esto quiere decir que debe estar expresamente contemplado como tal en el convenio regulador y su asignación, no bastando para su inscripción la mera referencia a la fijación del domicilio en la que era la vivienda familiar[17], a diferencia de lo que ocurría antes, pues la DGRN permitía la inscripción del derecho de uso aunque no estuviera así denominado y perfectamente determinado siempre que se especifique la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.ª y 6.ª RH, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008, y 20 de febrero de 2004). Me parece coherente el cambio de postura de la DGRN por la importancia que tiene el derecho de uso para su oponibilidad y con el cambio legal que se ha producido que ordena su inscripción de forma clara.

B) Titularidad del derecho

Debe constar la titularidad del derecho. El titular del derecho es el cónyuge al que se ha atribuido la custodia de los hijos menores, o el más necesitado de protección, que no debe ser propietario pleno del inmueble sobre el que recae el derecho de uso. En efecto, la DGRN ha entendido tradicionalmente que no existe derecho de uso a la vivienda familiar si el cónyuge atributario es el propietario de la vivienda (pleno o al 50% por sociedad de gananciales), pues la facultad de uso y ocupación que este derecho implica ya está inmersa, ínsita, en el propio derecho de propiedad; lo que hace innecesario su constancia expresa[18]. No tiene sentido entonces establecer una prohibición o limitación de disponer en este caso, en su propia contra, pues es el mismo titular el que debería limitarse.

Los hijos menores (o con discapacidad) son los beneficiarios del derecho de uso, y este se establece para su protección, pero, en principio no son los titulares del derecho, aunque sí debe constar su nombre para su protección, como bien afirmó la RDGRN de 27 de agosto de 2008: «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho». Sin embargo, desde 2012, se han producido una serie de resoluciones a favor de la inscripción del derecho de uso también a favor —como titulares— de los hijos, siempre que así se hubiera recogido expresamente en el convenio regulador. Teniendo en cuenta que lo establecido en el convenio, una vez aprobado judicialmente, produce plenos efectos jurídicos[19], si en ese convenio se establece la titularidad, también, a favor de alguno de los hijos, debe reflejarse asimismo en el Registro. En este sentido se han manifestado las RRDGRN de 9 de mayo de 2012, 24 de octubre de 2014, SJPI de Valencia de 31 de marzo de 2016.

La atribución conjunta de la titularidad a favor de alguno de los padres y alguno de los hijos pone de manifiesto la importancia de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar en su vertiente o contenido positivo, y no solo en el negativo que, como ya hemos dicho, carecería de sentido, puesto que uno no se va a limitar la disposición a sí mismo. Esto es así porque, al constar inscrito el derecho a favor de los hijos (beneficiarios y verdaderos protegidos por este

derecho), se impide que la facultad de uso/ocupación que entendemos clave en este derecho se difumine, se pierda, o quede subsumida en el derecho de propiedad del cónyuge. Tal y como afirma la RDGRN de 24 de octubre de 2014 y comenta CASAS ROJO, «cabe la posibilidad de que el juez apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres, y en tal caso se produce la atribución del derecho de uso a la hija, conjuntamente con la madre, lo cual impide considerar que se haya subsumido el derecho de uso en la titularidad ganancial que a la madre corresponde sobre la vivienda, al faltar la identidad subjetiva en la titularidad activa de ambos derechos».

Por último, y en cuanto a la titularidad del derecho, debe recordarse que no es posible la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar establecida en un convenio regulador, cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se constituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007). Si la propiedad de la vivienda estuviera inscrita a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros (STS de 26 de diciembre de 2005 y RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005). Sería contrario al principio del tracto sucesivo, pues se constituiría un derecho a favor de persona que no trae causa del último titular registral.

C) Finca sobre la que recae el derecho

La finca sobre la que recae el derecho de uso debe ser la vivienda familiar, sin que pueda establecerse en otra vivienda, segunda residencia o de otra clase, (RDGRN de 28 de enero de 2020), no es derecho de uso a la vivienda familiar el que «no se constituye sobre la vivienda familiar y se constituye a favor de la esposa por razón de unas obras de mejora y acondicionamiento de la vivienda que va a efectuar a su exclusivo cargo». De igual forma, el derecho debe establecerse sobre toda la vivienda o parte de ella, siempre que se determine perfectamente y conste el consentimiento de los propietarios, pero no puede recaer sobre partes indivisas de la finca (RDGRN de 20 de junio de 2019).

D) Plazo

Es un derecho eminentemente temporal, sometido a plazo de duración, sin que pueda ser indefinido. Así se ha considerado siempre a este derecho, si bien, antes de la reforma de 2021 no existía precepto legal que recogiera la duración determinada, dejando a la jurisprudencia la fijación del mismo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[20] y la doctrina de la DGRN o DGSGFP han manifestado en diversas ocasiones[21] que se trata de un derecho de duración limitada, aunque no sea necesario señalar un *dies certus* y, en aras de su especial naturaleza, consideran que no debe limitarse el derecho a la duración de la titularidad sobre el inmueble, ni mientras exista el deber de custodia. Tradicionalmente esto se ha traducido en que la duración era la mayoría de edad de los hijos, siendo ese el momento en que se ponía fin al derecho, para no vulnerar el derecho de los hijos y su protección[22].

La nueva redacción del artículo 96.1.1.º del Código Civil aclara, por fin y de forma acertada, la duración del derecho: hasta la mayoría de edad de los hijos,

y en el caso de que siendo mayores de edad no fueran económicamente independientes se estará a lo establecido para la obligación de alimentos (art. 96.1.3.ºCC). Es decir, habrá que acreditar la situación de dependencia de los hijos para que pueda continuarse con el derecho de uso a la vivienda familiar. Nos remite este precepto al artículo 142 del Código Civil, (obligación de alimentos entre parientes), y como dice DE VERDA Y BEAMONTE[23]: «si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la situación de necesidad)».

En caso de no existir hijos menores, debe establecerse un plazo determinado del derecho en aras del principio de especialidad (SSTS de 5 de septiembre de 2011, 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014, 18 de mayo de 2015, 29 de mayo de 2015 y 21 de julio de 2016), señala la resolución de 20 de octubre de 2016 que se aprecia «en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho». La atribución indefinida al cónyuge no titular necesitado de protección, no existiendo hijos menores o no existiendo hijos, puede adulterar el principio de solidaridad conyugal y asemejarse a una expropiación temporal de la propiedad (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021, recogiendo la STS de 5 de septiembre de 2011).

Cuando existan hijos en situación de discapacidad «que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes». Se trata de una regulación específica y nueva que deja al arbitrio del juez considerar la duración de ese derecho de uso según las necesidades de los hijos discapacitados, pues, aunque estos sean mayores de edad, continua el párrafo 2.º del número 1 del artículo 96 del Código Civil, se equiparan a los menores de edad en iguales circunstancias, es decir, y como dice el 96.1. 1.º, cuando «se hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad». Entonces, podrá prorrogarse el derecho de uso según las necesidades y circunstancias del menor o mayor discapacitado con respecto a seguir viviendo en esa vivienda familiar, pero siempre con plazo determinado.

Anteriormente, la jurisprudencia determinó que los hijos incapacitados judicialmente mayores de edad se equiparaban a los menores en cuanto que el derecho de uso se extendía hasta que salieran de la situación de incapacidad, por ser asimilables en cuanto a más necesitados de protección (STS de 30 de mayo de 2015), pero eso no afectaba a los discapaces no incapacitados, teniendo que señalar la jurisprudencia la limitación temporal en este caso (STS de 19 de enero de 2017)[24], ya que lo contrario —y ante una situación que no tiene fin determinado como es la minoría de edad— sería, como dice GARCÍA MAYO, vulnerar el propio derecho del artículo 96 del Código Civil, «que no configura el derecho de uso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges»[25]. Ahora ya se equiparán ambos supuestos, y deberá fijarse en

cualquier caso esa duración caso por caso, atendiendo a «la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar».

Sigue sin resolver y afrontar la reforma del artículo 96 del Código Civil el supuesto cada vez más frecuente de la custodia compartida, pues todos los supuestos que se acaban de exponer son para el caso de una custodia monoparental. Habría estado bien que el legislador resolviera los casos conflictivos que en torno al uso de la vivienda familiar se suscitan cuando hay custodia compartida y, por lo tanto, y normalmente, dos viviendas familiares: ¿hay derecho de uso a la vivienda familiar en estos casos? ¿a quién se atribuye la otrora vivienda familiar? Debería ser al cónyuge más necesitado, si es que lo hay, y siempre por tiempo limitado. Si ambos cónyuges fueran equiparables en cuanto a la necesidad, probablemente corresponda la venta de la original vivienda familiar y sustituirla por las nuevas, sin atribución de uso. El legislador debería haber aprovechado para regular esta situación cada día más frecuente en la práctica.

E) Contenido del derecho inscrito

Una de las principales exigencias del principio de especialidad es la descripción del derecho que se inscribe y su contenido. En este caso, se inscribe un derecho de uso a la vivienda familiar, de naturaleza y carácter especial, en principio familiar, en el que se disocian la titularidad y los beneficiarios, con plazo limitado, que nace de una resolución judicial consecuente de un procedimiento de crisis familiar (separación, divorcio o nulidad), para el caso de la vivienda familiar propiedad de una de las partes implicadas en ese procedimiento, o copropiedad de ambos, atribuyéndose a la otra parte no propietaria. Ese es el derecho que se inscribe, pero ¿qué facultades lo componen? ¿cuál es su contenido?

Ya hemos dicho que el contenido de ese derecho tiene dos vertientes, la positiva y la negativa, y que ambas deben inscribirse, pues ambas deben ser oponibles[26]. No existe duda sobre que el derecho de uso a la vivienda familiar supone una limitación al dominio del otro cónyuge: es una limitación en su facultad de disposición, pues el cónyuge titular de la vivienda no puede disponer eficazmente de ella sin el consentimiento del usuario (art. 96.3 CC), y por tanto debe ser oponible.

Pero, entendemos que también debe inscribirse y ser oponible el contenido positivo, el derecho de uso, de ocupación, que permite habitar y vivir en la vivienda asignada. Es más, este contenido positivo, esta facultad de ocupación, posesoria, es lo que caracteriza y da sentido al propio derecho, pues es lo que convierte a una vivienda (inmueble que sirve para la residencia) en vivienda familiar, donde se desenvuelve la vida familiar y la personalidad de sus miembros.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de uso a la vivienda familiar es un derecho subjetivo de especial naturaleza que surge tras la separación o divorcio matrimonial, cuando se disocia la titularidad dominical del inmueble sobre el que recae y la del derecho de uso.

II. Su finalidad no es otra que satisfacer la necesidad habitacional de los miembros más desprotegidos de la familiar, para que puedan seguir desenvolviéndose en un entorno seguro.

III. Por eso es necesaria su inscripción, para que este derecho sea oponible a terceros y respetado por todos, con el fin de que no pueda disponerse del inmueble sin ese derecho, y garantizar así la finalidad de protección.

IV. En consecuencia, es necesario que se inscriba el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar, el derecho de goce, de ocupación, siendo innecesaria y errónea la inscripción únicamente del contenido negativo, como mera restricción a la facultad de disposición del excónyuge propietario, tal y como parece exigir el nuevo artículo 96.3 del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

V. Abogamos por la configuración del derecho de uso (positivo) como un verdadero derecho real inscribible, con base en la posibilidad de creación de nuevos derechos reales (*numerus apertus,* art. 2 LH), cumpliendo las características que para ello exige la DGRN: que la nueva figura reúna los requisitos propios del derecho real (poder directo e inmediato sobre la cosa), requisitos de fondo y forma (escritura/documento público para acceder al Registro), perfecta determinación del contenido y objeto del derecho (facultades, plazo, causa, titular… que ya hemos descrito) y causa o razón que la justifique, que entiendo sobradamente demostrada.

VI. En consecuencia, ese derecho real debería inscribirse como tal, con sus facultades posesorias concretas, su finalidad clara de solución habitacional, plazo determinado, titulares específicos, en virtud de sentencia judicial o escritura pública notarial, y sobre una finca concreta, que era la familiar, dando debido cumplimiento al principio registral de especialidad, y a semejanza de lo que recoge el Código Civil catalán en su artículo 233-22.

VII. En definitiva, consideramos que debería haberse previsto la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, de su contenido positivo como tal derecho de uso, y no solo de la prohibición de disponer. Es una pena que el legislador no haya aprovechado esta reforma para dejar clara dicha inscripción en la dicción del nuevo artículo.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal de Primera Instancia

- SJPI de Valencia de 31 de marzo de 2016.

Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) / Dirección General Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)

- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 19 de mayo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007

- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 10 de octubre de 2008
- RDGRN de 11 de abril de 2012
- RDGRN de 8 de mayo de 2012
- RDGRN de 9 de mayo de 2012
- RDGRN de 9 de julio de 2013
- RDGRN de 2 de junio de 2014
- RDGRN de 24 de octubre de 2014
- RDGRN de 19 de enero de 2016
- RDGRN de 5 de septiembre de 2016
- RDGRN de 20 de octubre de 2016
- RDGRN de 20 de junio de 2019
- RDGRN de 28 de enero de 2020
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007
- RDGSJFP de 17 de mayo de 2021

Tribunal Supremo

- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 26 de diciembre de 2005
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 5 de septiembre de 2011
- STS de 27 de febrero de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 12 de febrero de 2014
- STS de 6 de marzo de 2015
- STS de 18 de mayo de 2015
- STS de 29 de mayo de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 23 de enero de 2017

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁMERIGO ALONSO, E. (2022). La inscripción del Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad, disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/la-inscripcion-del-convenio-regulador-en-el-registro-de-la-propiedad/, marzo de 2022. Ultima visita 7 de diciembre de 2022

BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre de 2015, 113-144.

CASAS ROJO, J.C. (2017). Inscripción del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar adjudicada a la esposa propietaria y al hijo menor, disponible en blog de registradores: https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-derecho-de-uso-y-disfrute-de-la-vivienda-familiar-adjudicado-a-la-esposa-propietaria-y-al-hijo-menor-juan-carlos-casas-rojo. Última visita, 7 de diciembre de 2022.

CUENA CASAS, M. (2022). Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas. *El Notario del S.XXI*, núm. 101 enero-febrero de 2022, disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas, 1-6.

DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, disponible en https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/, julio-septiembre de 2021. Última visita, 5 de diciembre de 2022.

GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, julio-septiembre de 2021, Estudios, 187-221.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre de 2008, 2518-2525.

— (2013). Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 1893-1912.

MONTERO AROCA, J. (2002). *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* Tirant lo Blanch, Valencia.

MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 91 y sigs.

NOTAS

[1] Así lo confirman las siguientes sentencias SSTS de 18 de octubre de 1994 y la de 31 de diciembre de 1994, y esta última considera que la finalidad del derecho de uso a la vivienda familiar es la protección de la familia, y STS de 14 de enero de 2010. Igualmente es significativa la RDGRN de 20 de febrero de 2004, que afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, CC)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

[2] En este sentido, resoluciones DGRN de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo y 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007, y SSTS de 14 de enero de 2010, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, entre otras.

[3] Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 1893-1912 y (2008) La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre 2008, 2518-2525.

[4] GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre de 2021)

Estudios, 209: «Cuestión distinta es que haya de darse publicidad de que un determinado inmueble es vivienda familiar atribuida a persona distinta del dueño —que es el único que, como tal, en principio aparece en el Registro de la Propiedad—. Sabido por cualquiera que esa casa es vivienda familiar atribuida al excónyuge, ya debe saber, o no puede alegar de buena fe ignorarlo, que le es aplicable la referida restricción del artículo 96 del Código Civil. Téngase en cuenta, aquí, que en el supuesto del que nos ocupamos existe una publicidad posesoria; aunque, desde luego, la misma no es inequívoca —pues el tercero puede pensar que se posee en arriendo, en precario,…—, tal tenencia ya le exige la diligencia de comprobar con qué título se tiene la vivienda, no pudiendo ya alegar de buena fe la ignorancia del derecho real».

[5] En este sentido, véase también CUENA CASAS, M. (2022). Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas. *El Notario del S. XXI*, núm. 101 enero-febrero de 2022, disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas, 4.

[6] Véase GARCÍA MAYO, M., *ob. cit.*, 212.

[7] CUENA CASAS, M. (2021). Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas, *ob. cit.*, 4.

[8] En contra de esta opinión se encuentra MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 117-119, afirmando que los cónyuges deben pedir de común acuerdo la división de la vivienda común, siendo por tanto de aplicación el artículo 96.4 del Código Civil también en este supuesto de vivienda común y no exclusiva, basándose en que el derecho a pedir la división debe subordinarse al interés superior de la protección a la familia. Sin embrago, entendemos que, si el derecho de uso es oponible al tercer adquirente, este interés y la protección familiar se salvaguardan.

[9] Artículo 91.1 RH: Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.

Artículo 1320 del Código Civil: Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

[10] MONTERO AROCA, J. (2002). *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 256-261.

[11] Artículo 103.2 del Código Civil: Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos, las medidas siguientes:

2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar…

[12] Artículo 96.2 RH: Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal.

[13] BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, 126.

[14] Seguimos en este punto a ÁMERIGO ALONSO, E. (2022). La inscripción del Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad, disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/la-inscripcion-del-convenio-regulador-en-el-registro-de-la-propiedad/, marzo 2022. Ultima visita 7 de diciembre de 2022; y a BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales, *ob. cit.*

[15] Véase en este sentido BANON GONZÁLEZ, A.M., *ob. cit.*, 124.

[16] La de 11 de abril de 2012 En este sentido, la RDGRN de 11 de abril de 2012, afirma que debe constar acreditada la previa toma de razón de la sentencia de divorcio —causa de disolución de la sociedad conyugal— en el Registro Civil, para que la misma surta efecto respecto de terceros.

[17] Así lo manifiesta la RDGRN de 2 de junio de 2014, que no admite que se haya establecido un derecho de uso por la simple fijación del domicilio familiar. También exigió con anterioridad la determinación del derecho de uso la RDGRN de 5 de junio de 2008, afirmando que «después de decir que «se atribuye a la esposa y los hijos el uso del domicilio conyugal» (estipulación primera), en las adjudicaciones se atribuye a la esposa el 50% indiviso de la vivienda familiar, expresando además que «asimismo, se le atribuye expresamente un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», con lo cual se produce un confusionismo que no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad en la extensión del derecho que se inscribe (cfr. reglas 5.ª y 6.ª del art. 51 RH) que exige la legislación hipotecaria, dada la distinta naturaleza del derecho real de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual.

[18] RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008, 9 de julio de 2013 y 19 de enero de 2016. CASAS ROJO, J.C., comenta estas resoluciones y afirma lo siguiente: «Aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse a la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal, y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio, quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. En definitiva, no cabe inscribir derecho de uso alguno a su favor, en cuanto ha de considerarse facultad ínsita en su dominio, careciendo por tanto de interés su reflejo registral». CASAS ROJO, J.C. (2017). Inscripción del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar adjudicada a la esposa propietaria y al hijo menor, disponible en blog de registradores: https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-derecho-de-uso-y-disfrute-de-la-vivienda-familiar-adjudicado-a-la-esposa-propietaria-y-al-hijo-menor-juan-carlos-casas-rojo. Última visita, 7 de diciembre de 2022.

[19] RDGRN de 8 de mayo de 2012 que afirma que las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que el uso de la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los arts. 90 y sigs. CC), producen plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente, por lo que es pertinente admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

[20] STS de 23 de enero de 2017 que recoge doctrina de la STS de 29 de mayo de 2015: La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso (…) deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.

[21] Véase por todas y recogiendo la doctrina de otras resoluciones y sentencias del Alto Tribunal, la RDSGFP de 17 de mayo de 2021 que afirma: «Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un «dies certus», salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el prin-

cipio general de especialidad propio de nuestro sistema registral»… y continúa afirmando que «Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los arts. 9 LH y 51 RH), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, según lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial».

[22] «Esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez» (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021).

[23] DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, disponible en https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/, julio-septiembre de 2021. Última visita, 5 de diciembre de 2022.

[24] Seguimos en este punto a DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *ob. cit.*, 5.

[25] GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil, *ob. cit.*, 203.

[26] RDGSJFP de 17 de diciembre de 2021 que señala que: «Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial». En el mismo sentido, RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021.

1.5. Obligaciones y contratos

Restitución íntegra de cantidades acordada de oficio tras la nulidad de la cláusula abusiva: la STJUE de 17 de mayo de 2022

Full restitution of amounts agreed ex officio after the annulment of the abusive clause: the STJUE of May 17, 2022

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora contratada Doctor de Derecho civil
(acreditada a Profesora titular de Universidad)
Universidad de La Rioja

RESUMEN: Tras la polémica de las cláusulas suelo y la limitación de los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, y cuando ya el TJUE había sentado doctrina en el sentido de que no cabía limitar de ningún modo tales efectos restitutorios (STJUE de 21 de diciembre de 2016), se planteó una nueva controversia: ¿es posible aplicar de oficio esa doctrina del TJUE, aunque no haya sido impugnado ese concreto pronunciamiento de la sentencia o ello supondría ir contra los principios procesales de congruencia, justicia rogada y prohibición de *reformatio in peius*? Con tal motivo el Tribunal Supremo planteó una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE resuelta por éste con su sentencia de 17 de mayo de 2022, que, ante determinadas circunstancias, fundamentalmente de no apreciación de pasividad total del consumidor, afirma que sí debe actuarse de oficio por el Tribunal.

ABSTRACT: After the controversy of the floor clauses and the limitation of the restitution effects of amounts improperly collected for their application, and when the CJEU had already established doctrine in the sense that such restitution effects could not be limited in any way (STJUE of December 21 of 2016), a new controversy arose: is it possible to apply ex officio that doctrine of the CJEU, even though that specific pronouncement of the sentence has not been challenged or would this imply going against the procedural principles of consistency, requested justice and prohibition of reformatio in peius? For this reason, the Supreme Court raised a new question for a preliminary ruling before the CJEU, resolved by its judgment of May 17, 2022, which, in certain circumstances, fundamentally due to non-appreciation of the total passivity of the consumer, affirms that action must be taken ex officio by the Court.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Cosa juzgada. Préstamo. Restitución económica. Transparencia.

KEY WORDS: Floor clause. Consumer. Res judicata. Loan. Economic restitution. Transparency.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA LIMITACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE Y SUS EFECTOS: 1. La injustificable limitación de los efectos de la nulidad acordada en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015. 2. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 y sus efectos en los procesos judiciales planteados sobre cláusulas suelo.—III. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO: 1. Situación fáctica y cuestión prejudicial planteada. 2. La STJUE de 17 de mayo de 2022 y la postura del Tribunal Supremo tras ella.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el marco de la protección de los consumidores con respecto a las cláusulas abusivas y particularmente en el ámbito de los contratos de préstamo o contratos financieros en general un punto de inflexión se encuentra en la STS número 241/2013, de 9 de mayo, relativa a las cláusulas suelo: en esta sentencia se acuñó un nuevo tipo de control y un concepto, el de «transparencia», que se consolidó rápidamente y que se fue extrapolando a otros supuestos de cláusulas y al control de las condiciones generales de la contratación, fundamentalmente en relación con los consumidores.

Con la STS de 9 de mayo de 2013 por la que se declaró una cláusula suelo nula por abusiva ante su falta de transparencia material se sucedieron paralelamente dos situaciones: una, la de concretar de modo más definitivo qué efectos temporales y económicos tenía esa declaración de nulidad de las cláusulas suelo y el desarrollo efectivo de la aplicación de ese control de transparencia material en cada proceso (y no solo sobre cláusulas suelo sino también sobre otras cláusulas de préstamos hipotecarios respecto de las que recayó asimismo esa sombra de posible nulidad por abusividad y falta de transparencia); y la segunda, la celebración de pactos novatorios de esos préstamos hipotecarios por los bancos y los prestatarios (o más exactamente: el ofrecimiento por los bancos a los prestatarios de contratos de novación de tales préstamos) en los que, además de reducir o en algunos casos eliminar la cláusula suelo incluida en el préstamo, se recogía una renuncia del prestatario a ejercer cualquier acción judicial por ese contrato y esa cláusula suelo.

A la segunda de estas situaciones que dio lugar a una relevante controversia jurisprudencial (cfr., entre otras, la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril, que cuenta con un voto particular), así como gran debate doctrinal, dediqué ya un trabajo publicado en esta misma Revista[1]: esta controversia motivó una vez más la intervención del TJUE a través de su sentencia de 9 de julio de 2020 (asunto *XZ e Ibercaja*, C-452/18) que marcó las pautas de ese control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renuncias en ellos incluidas y de cuya doctrina se hizo eco posteriormente el Tribunal Supremo en, entre otras, las SSTS números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y número 589/2020, de 11 de noviembre.

Ahora me centraré en las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, enfocadas concretamente en los efectos económicos que se derivan

de la misma, en sus aspectos temporal y cuantitativo. Y es que la gran cuestión controvertida que se derivó de dicha STS de 9 de mayo de 2013 y que motivó la intervención del TJUE, además de sentencias contradictorias entre las Audiencias Provinciales y gran debate doctrinal, fue la relativa a la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula a la postre declarada formalmente nula por abusiva por falta de transparencia material. Como consecuencia de esa calificación como abusiva el Tribunal Supremo en dicha sentencia de 2013 determinó la nulidad directa de la cláusula, pero con efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como prevé el artículo 1303 del Código Civil[2] como efecto típico de la nulidad; por tanto, solo se condenó a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013; y esta misma solución y fecha de referencia se acogió así en resoluciones posteriores del Tribunal Supremo (cfr., entre otras, la STS de Pleno número 139/2015, de 25 de marzo) por considerar que ya desde esa fecha era conocida la nulidad de la cláusula y, por tanto, todo lo cobrado en aplicación de la cláusula suelo con posterioridad al 9 de mayo de 2013 debía considerarse abonado indebidamente, por lo que debía ser restituido al consumidor; todo ello no sin cierta controversia y discrepancias por otros tribunales, así como por la doctrina académica, que no entendían esa limitación de la restitución de cantidades ante la nulidad de la cláusula.

Consecuencia de esta controversia fue la llamada al TJUE por la vía de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales de España en relación con esta solución tan controvertida. Ello motivó el dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que advirtió que no debía limitarse esa retroactividad de las consecuencias de la nulidad.

Ahora bien, la controversia continúo con respecto a aquellas personas cuyos procesos continuaban por haberse planteado distintos recursos y en los que inicialmente la restitución de prestaciones se había limitado como consecuencia de esa doctrina anterior del Tribunal Supremo, pero la resolución no era firme por haberse recurrido: el mayor problema se ha suscitado en esos casos en los que el recurso se planteó con anterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 por la entidad financiera y ni ella (lógicamente) ni el consumidor plantearon recurso en contra de esa limitación de restitución de cantidades; es ahora, en 2022, con la desafortunada e injusta lentitud que caracteriza la resolución de los conflictos judiciales en los últimos años, cuando se ha fijado definitivamente la solución a tal situación: la posible apreciación de oficio de la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo. Así se ha concretado por el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19) y que, junto con el resto de las cuestiones antes apuntadas y que contextualizan esta controversia, serán analizadas en este trabajo, así como sentencias del Tribunal Supremo recientes que han acogido esa doctrina del TJUE de mayo de 2022.

II. LA LIMITACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE Y SUS EFECTOS

1. La injustificable limitación de los efectos de la nulidad acordada en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015

Sin duda la polémica y controversia en relación con las cláusulas suelo ha sido una de las mayores suscitadas en los últimos años, con mayor impacto económico,

mediático y social, así como de litigiosidad judicial. Fruto de ella ha surgido precisamente uno de los hitos que pueden remarcarse en el ámbito de la protección del prestatario (especialmente, el consumidor) en los últimos años: la configuración a partir de la STS número 241/2013, de 9 de mayo, del principio de transparencia material y el control con base en él de las cláusulas del préstamo o crédito; un principio de transparencia material que tiene su eje rector en el efectivo conocimiento por el prestatario del alcance real de la carga económica y jurídica que la firma de ese contrato de crédito le va a suponer; es decir, comprensibilidad en relación a las prestaciones económicas que se derivaban del contrato y sobre la posición jurídica y obligaciones que el prestatario asumía dentro de ese contrato en cuanto a aspectos referidos al objeto y ejecución de tal contrato. Esta STS número 241/2013, de 9 de mayo superó el concepto clásico de transparencia vinculado a los aspectos formales y documentales de redacción clara y comprensible (*vid*. art. 5 LCGC), y lo centró en los aspectos jurídicos y económicos básicos del contrato, lo que vino respaldado posteriormente por el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014[3] (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13) y la STJUE de 26 de febrero de 2015[4] (asunto *Matei*, C-143/13). Respecto de estas cláusulas suelo no cabe afirmar que sean abusivas[5] *per se* (así se advirtió por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y se ha ido reiterando en resoluciones posteriores), sino que se vinculó esa realidad con las exigencias de información y transparencia a controlar en cada caso concreto, determinando la nulidad de las cláusulas y su abusividad por esa falta de transparencia en el caso examinado.

La doctrina también se volcó con este tema y han sido múltiples los comentarios e interpretaciones que se han realizado en torno a este nuevo control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo, su naturaleza y alcance. Y esa exigencia de transparencia y su control se han ido trasladando a distintas cláusulas y aspectos de la actuación del prestamista o entidad crediticia en el ámbito de los contratos de crédito: cláusula IRPH, cláusula de intereses moratorios, cláusula de vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, créditos *revolving*…

Pero al margen de la transparencia y el control basado en ella, que por su novedad acaparó muchas páginas y horas de debate y comentarios, sin duda el otro aspecto que más controversia suscitó (en este caso, especialmente crítica y negativa) fue la determinación de los efectos de esa nulidad declarada en relación con la restitución de las cantidades abonadas por la aplicación de la cláusula suelo[6].

Aunque lo que se ejercitó de inicio es una acción colectiva de cesación de las prácticas de uso de esas cláusulas suelo, a juicio del Tribunal Supremo, en línea con la apreciación del Ministerio Fiscal en ese caso de la STS de 9 de mayo de 2013 la finalidad de las acciones de cesación no obsta a poder examinar los efectos de la nulidad determinante de la condena al cese en la utilización de las cláusulas abusivas.

Y en atención a ese examen, parte el Tribunal Supremo certeramente de la previsión general contenida en el artículo 1303 del Código Civil de que lo que es nulo no produce ningún efecto (*quod nullum est nullum effectum producit*): «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Por tanto, nuestro ordenamiento parte como regla general de la retroactividad de los efectos de la decisión judicial declarando la nulidad de una cláusula al momento en que se concluyó y celebró el contrato que contiene tal cláusula; la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste—, exige

destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos. Ya la STS número 118/2012, de 13 marzo, calificó esta consecuencia como «de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la «condictio in debiti». Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente». En sentido similar, STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, apartado 58).

Sin embargo, pese a todo, el Tribunal Supremo consideró en esa STS de 9 de mayo de 2013 que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Y que, tal y como también advirtió la citada STS de 13 de marzo de 2012, «[l]a «restitutio» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad». Igualmente alude a la STJUE de 21 de marzo de 2013, ya citada, en concreto a su apartado 59, para considerar que con base en el principio general de seguridad jurídica y en la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos (económicos) graves, podría alterarse esa regla general y limitarse su aplicación[7].

Y a partir de estas premisas, el Tribunal Supremo en esta STS número 241/2013, de 9 de mayo, apreciando la buena fe (o al menos la inexistencia o falta de prueba de la mala fe) de las entidades prestamistas y «círculos interesados» y en que considera «notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico», apoya las alegaciones del Ministerio Fiscal y declara la irretroactividad de la sentencia, o, en rigor, de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por abusivas, de modo que «no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

De la doctrina recogida en esta STS de Pleno de 9 de mayo de 2013 se hicieron eco muchas resoluciones posteriores de este mismo Tribunal, tanto en lo que respecta al control de transparencia material como a la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada de la cláusula suelo[8]; también, lógicamente, entre las Audiencias Provinciales, con sentido en este caso contradictorio entre ellas, fundamentalmente en cuanto a esa limitación de los efectos restitutorios de la nulidad, que resultaba muy controvertido.

Ante tal controversia y diversidad de criterios y fallos en los distintos tribunales, el Tribunal Supremo en su STS de Pleno número 139/2015, de 25 de marzo[9], decidió unificar criterios y, por ello, revisar y aclarar la doctrina sentada por esa anterior resolución de 2013 en lo que respecta a las cantidades que deben ser devueltas por las entidades financieras prestamistas en caso de declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo. En tal sentido, alude a la argumentación contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 concretamente en cuanto al riesgo de trastorno grave económico y a la apreciación de buena fe.

Advierte que el argumento relativo al riesgo de trastorno económico grave no hay que ceñirlo al concreto caso enjuiciado sino que hay que tener en cuenta

que el conflicto relativo a las cláusulas suelo no es de naturaleza singular sino que existen innumerables contratos con esas cláusulas y, por ello, tal y como se ha evidenciado en la práctica, numerosos procedimientos de nulidad planteados, de modo que «la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

En cuanto a los distintos argumentos de los que entiende que se deriva la buena fe de los «círculos interesados», se advierte que esa buena fe venía apreciada en atención a distintos aspectos como: la licitud *a priori* de las cláusulas suelo; la observancia de la normativa bancaria reglamentaria sobre información; que no eran cláusulas inusuales o extravagantes sino que el mercado las había tolerado y aceptado durante mucho tiempo; que existen razones objetivas que justificaban su inclusión en los préstamos a interés variable; su finalidad de proporcionar un rendimiento mínimo por el préstamo concedido; y que, en definitiva, la nulidad declarada derivaba, no de una oscuridad intrínseca, sino de la falta de transparencia por insuficiente información. Todos estos argumentos, según se indica en esta STS de 25 de marzo de 2015, «se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013»; ahora bien, se advierte ahora por el Tribunal Supremo que esa ignorancia y buena fe ya no puede apreciarse a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 «pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social»; y, en consecuencia, concluye nuestro Alto Tribunal que desde la publicación de la STS de mayo de 2013 no puede alegarse ya la buena fe por los contratantes, pues con dicha sentencia ya conocen la doctrina relativa a la transparencia y la posible nulidad de las cláusulas por falta de ella y de información suficiente y pueden ya indagar y esclarecer la situación al respecto de sus concretos contratos de préstamo y las cláusulas suelo insertas en ellos; de modo que, si en ese concreto caso existe esa insuficiencia informativa y se declarase abusiva por ello la cláusula, la sentencia tendrá efecto retroactivo solo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 (retroactividad limitada, por tanto).

En conclusión, esta STS número 139/2015, de 25 de marzo, fijó como doctrina en su fallo que: «cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

Ahora bien, a esta sentencia y fallo se formuló el voto particular del magistrado Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO, al que se adhirió el magistrado Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. En este voto particular se denuncia la falta de fundamentación técnica asumida en la sentencia, y se advierte que «el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado».

Consideran los magistrados firmantes de este voto particular que debió haberse confirmado la declaración de abusividad por falta de transparencia de las

cláusulas objeto de examen, y con ello, el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente.

Se advierte y concluye en el voto particular: a) la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva, en cuanto que no hay previsión normativa de esa irretroactividad declarada por el Tribunal Supremo en 2013; b) el error en la STS de 9 de mayo de 2013 de asimilar indebidamente el plano de los efectos retroactivos de la nulidad contractual y el plano de la propia eficacia de la sentencia de 2013[10], agravándose las consecuencias de esta indebida asimilación con la STS de 25 de marzo de 2015; c) era preciso diferenciar claramente, tanto en el plano procesal como sustantivo, entre la acción colectiva de cesación y la acción individual, así como atender al contexto de la contratación seriada y al control y eficacia de las condiciones generales de la contratación; d) en atención a la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada, y, todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside, la única alternativa posible era haber determinado el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter *ex tunc*, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto; e) critica la argumentación efectuada en la sentencia con respecto al criterio de buena fe, por su gran ambigüedad, por la irrelevancia en su apreciación de la publicación de la sentencia de 2013 y por cuanto no puede asumirse que ese principio de buena fe previsto para la protección del consumidor adherente implique precisamente un perjuicio para él mismo en aspectos o ámbitos negociales anteriores al 9 de mayo de 2013 negándoles el efecto devolutivo de los intereses abonados indebidamente en ese período; y f) resulta improcedente esa irretroactividad declarada en 2013 o la limitación acogida en la STS de 2015 por cuanto ello implica una integración, aun temporal, de la cláusula declarada nula, y ello resulta prohibido por el artículo 83 TRLGDCU y por la jurisprudencia del TJUE (así, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/10), así como porque ello atenta igualmente contra el efecto sancionador y disuasorio del uso de las cláusulas abusivas indicado por la jurisprudencia del TJUE en la citada resolución.

2. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 y sus efectos en los procesos judiciales planteados sobre cláusulas suelo

La controversia en torno a esta cuestión de la retroactividad y la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad declarada de la cláusula suelo continuó, amparada, no cabe duda, por ese voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 antes comentado.

Consecuencia de ello, y fruto de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada y por la Audiencia Provincial de Alicante, el TJUE intervino y enmendó al Tribunal Supremo en esta materia a través de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15)[11].

Esta sentencia no atendió finalmente a las conclusiones del Abogado General del TJUE, Paolo MENGOZZI, previamente emitidas y en las que se abogaba por admitir la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad declarada.

Acertadamente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 vino a advertir que no es posible limitar los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva. Recuerda que en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula abusiva no puede vincular al consumidor en ningún momento, debiendo el juez simplemente dejarla sin aplicar, como si la cláusula nunca hubiera existido, sin que produzca ningún efecto para las partes, por lo que no puede modificar en modo alguno su contenido, lo cual supondría además eliminar el efecto disuasorio pretendido sobre el uso de cláusulas abusivas (*vid*. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/10, y STJUE de 21 de enero de 2015, asunto Unicaja, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). Advierte que «la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Por ello, concluye que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Reconoce el TJUE que la protección de los consumidores no es absoluta, sino que también existen límites; concretamente los efectos de cosa juzgada en relación con situaciones ya resueltas con anterioridad; en tal sentido el TJUE recuerda que ha declarado, en particular, que «el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37)». Y con base en ello, cabría afirmar que el Tribunal Supremo español podía declarar legítimamente, en la STS de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada. Igualmente, como límite también se ha reconocido que «la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41)».

Ahora bien, a este respecto advierte que debe distinguirse entre la aplicación de reglas procesales y la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión Europea (*vid*., STJUE de 15 de abril de 2010, asunto *Barth*, C-542/08, apartado 30), y que, «habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13)».

Estas afirmaciones determinan, en el caso de las cláusulas suelo declaradas nulas por abusivas, que las ventajas obtenidas indebidamente por el prestamista

en virtud de esa cláusula deban ser restituidas íntegramente, sin ningún tipo de limitación, ni siquiera temporal, de los efectos derivados de esa nulidad declarada, pues de lo contrario ello supone una privación o merma de los derechos del consumidor de obtener todo lo pagado indebidamente en virtud de esa cláusula suelo abusiva, suponiendo una protección incompleta e insuficiente a estos efectos, sin que, por otro lado, esa limitación temporal se encuentre justificada al no ser un medio eficaz para lograr el cese de la cláusula abusiva: como señala el TJUE en esta resolución de 2016, «la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores». En definitiva, tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea y por ello los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

Sentada esta doctrina y fundamentación, se planteó la cuestión de qué alcance e incidencia tenía esta STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con los procesos resueltos conforme a esa doctrina anterior del Tribunal Supremo limitativa de los efectos restitutorios de la nulidad, enmendada por el TJUE en esta resolución de 2016, así como respecto a procesos pendientes e incluso situaciones de acuerdos entre las entidades prestamistas y sus clientes por los que estos renunciaban a exigir la restitución de cantidades anteriores a 2013 a cambio de ciertas ventajas o mejoras en el préstamo o de algún otro tipo de compensación[12].

Con respecto a aquellos procesos que ya se resolvieron con sentencia firme, los efectos de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) impedirían volver a resolver sobre la cuestión ya resuelta con anterioridad. Ya recordó el TJUE en esa sentencia de 21 de diciembre de 2016 que el respeto a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada como regla procesal acogida por el ordenamiento nacional era un límite a la protección de los consumidores. La nueva doctrina del TJUE derivada de esta sentencia de 2016 no parece que pueda justificar un proceso de revisión de sentencias firmes en cuanto que no encuentra encaje en los motivos tasados que para plantear dicha revisión se recogen en el artículo 510 LEC[13], además de que el propio Tribunal Supremo negó la posibilidad de revisión con base en jurisprudencia del TJUE dictada con posterioridad (*vid*. STS número 81/2016, de 18 de febrero[14]).

Cabría plantearse si en aquellos casos en los que lo que se planteó en el proceso ya resuelto firmemente fue únicamente la restitución de las cantidades posteriores al 9 de mayo de 2013, si se pudiera plantear un nuevo proceso para exigir, con base en esta STJUE de 21 de diciembre de 2016, la restitución de las cantidades anteriores. Sin embargo, las previsiones del artículo 400 LEC en cuanto a la preclusión de alegaciones y pretensiones procesales lleva a concluir que también los efectos de cosa juzgada impedirían ese nuevo proceso: según el apartado 2 de ese artículo 400 LEC, «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este». Y esta sería la conclusión incluso aunque la nueva pretensión de reclamar las cantidades íntegras (anteriores a 2013) no se fundamentara en la petición de nulidad de la cláusula por considerarla abusiva sino con base en otro fundamento, como por ejemplo la responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 del Código Civil por incumplimiento de obligaciones de información precontractual: los hechos

en los que se basa ya serían los mismos que los aducidos en el anterior proceso concluido con sentencia firme; y aunque el fundamento fuera distinto, lo cierto es que también pudo haberse aducido en el proceso anterior; por tanto, con base en el artículo 400.2 LEC no prosperaría ese nuevo proceso.

Cuestión distinta sería el caso de que con anterioridad no se solicitó más que la declaración de nulidad de la cláusula (y así se declaró por sentencia firme), pero nada se interesó en ese proceso en cuanto a la restitución de cantidades, y por tanto nada se resolvió al respecto. En este caso, cabe entender que el artículo 400 LEC no impediría plantear un nuevo proceso reclamando esta vez todas las cantidades íntegras indebidamente percibidas por el prestamista por la aplicación de la cláusula suelo; son pretensiones y peticiones autónomas entre sí las que se plantean en cada proceso (declaración de nulidad por abusiva y restitución de cantidades *ex* art. 1303 CC) y, tal y como señaló el Tribunal Supremo, los efectos de la preclusión prevista en el artículo 400 LEC atienden a la circunstancia de que en ambos procesos (el inicial y el posterior) se plantee la misma pretensión o causa de pedir: solo se justifica la aplicación del artículo 400 LEC para apreciar litispendencia o los efectos de la cosa juzgada material cuando entre los dos procesos (teniendo en cuenta las demandas de uno y otro) se hayan formulado las mismas pretensiones; es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues la LEC obliga a estimar la excepción de litispendencia (si el primer proceso se halla pendiente) o la de cosa juzgada (si en el primer proceso ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material); la identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión, sino de la identidad de la *causa petendi* (causa de pedir), es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora: entre otras, SSTS número 812/2012, de 9 de enero de 2013, número 649/2022, de 6 de octubre, y número 772/2022, de 10 de noviembre. Tal y como señaló el Tribunal Supremo en estas últimas sentencias y en la STS número 768/2013, de 5 de diciembre, ese artículo 400 LEC ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda; pero la preclusión lo es en relación con los hechos y fundamentos, no en cuanto a peticiones o pretensiones que pudieron haberse ejercitado pero no se plantearon en la primera demanda; y es que a este respecto cabe advertir que del artículo 400 LEC no cabe derivar la exigencia al actor de agotar en un solo procedimiento todas las pretensiones y peticiones posibles, es decir, no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado.

Por lo que se refiere a aquellos supuestos en los que existió un acuerdo novatorio o transaccional previo a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 por el que el consumidor cliente prestatario renunció a la reclamación de la restitución de las cantidades íntegras anteriores a mayo de 2013, cabe entender que ante un acuerdo válido a este respecto no sería posible reclamar esas cantidades con base en esa nueva doctrina del TJUE. Ahora bien, en cada caso concreto habrá que valorar la validez y eficacia, incluida la transparencia, de ese acuerdo y cómo se desarrolló; cuestión que ha sido objeto asimismo de controversia jurisprudencial[15].

Por último, cabe atender a los casos en los que los procesos aún están pendientes de resolución firme. En este punto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 fue clara: los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el

ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en su sentencia de 9 de mayo de 2013, por cuanto tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea. De modo que ante demandas presentadas pero aún no resueltas o recursos planteados contra sentencias que limitaban la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula a las cantidades cobradas con posterioridad al 9 de mayo de 2013, los juzgados y tribunales deben atenerse a lo indicado por el TJUE y deberán acordar la restitución íntegra de todas las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo anulada, sin ningún tipo de limitación.

Ahora bien, nos podemos encontrar con el caso de que inicialmente se estimó la demanda pero, en aplicación de la doctrina de las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, solo se acordó la restitución de cantidades posteriores al 9 de mayo de 2013, y que la sentencia se recurriera, no por el consumidor prestatario, sino por la prestamista (ya fuera en contra de la estimación de la demanda y la calificación de no transparente y abusiva de la cláusula suelo ya fuera por la imposición de costas) el caso es que ante el tribunal de segunda instancia o el de casación el recurso que se planteó no venía referido al pronunciamiento de restitución de cantidades. ¿Podría el Tribunal *ad quem* acordar, pese a que no se planteó en el recurso, la restitución íntegra de las cantidades con base en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 o con ello incurriría en incongruencia? A esta cuestión dio solución el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19), a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. A continuación, en el siguiente apartado de este trabajo se comentará dicha situación y sentencia.

III. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

1. Situación fáctica y cuestión prejudicial planteada

En marzo de 2006 el Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. (posteriormente, Unicaja Banco S.A.) concedió un préstamo hipotecario por un valor de 120.000 euros a un particular para adquirir su vivienda familiar, a devolver en 30 años y, como es habitual, integrado por distintas condiciones generales. Se preveía un interés anual fijo del 3,35% el primer año y después un interés variable consistente en la suma de un 0,52% al Euribor de un año, si bien con la previsión de una cláusula suelo de un 3% anual.

En enero de 2016 el prestatario presentó demanda interesando la declaración de nulidad de esa cláusula suelo por considerarla abusiva por falta de transparencia, así como la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de dicha cláusula o, en su defecto (como petición subsidiaria a la restitución total), la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013. La entidad financiera se opuso a todas las pretensiones del demandante, negando la abusividad de la cláusula pues se había informado oportunamente de su inclusión en el contrato.

El 6 de junio de 2016 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valladolid dictó sentencia estimando la demanda, declarando el carácter abusivo de la cláusula suelo por falta de transparencia y, por lo tanto, declarándola nula; además condena a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades

cobradas de más por la aplicación de tal cláusula desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, con condena en costas a la entidad prestamista (este último pronunciamiento sobre costas tuvo lugar mediante auto aclaratorio de 10 de junio de 2016).

La entidad bancaria presentó recurso de apelación el 14 de julio de 2016 contra dicha sentencia en cuanto al pronunciamiento condenatorio en costas; el demandante prestatario no recurrió la sentencia de primera instancia pero sí se opuso a la estimación del recurso de apelación planteado por la prestamista.

La Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia el 13 de enero de 2017 estimando el recurso y revocando dicho pronunciamiento en costas. Pese a que se dictó con posterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, no se modificó el fallo en cuanto al pronunciamiento sobre las cantidades objeto de restitución por cuanto no fue objeto de recurso de apelación y en atención a los principios de justicia rogada, congruencia y de prohibición de *reformatio in peius*.

Posteriormente el prestatario presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra dicha resolución de apelación alegando la infracción del artículo 1303 del Código Civil y la contradicción con la doctrina del TJUE, concretamente la contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que, como ya se ha indicado, se opone a la limitación de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) declarada nula por abusiva. Bancaja se opuso a la estimación de este recurso de casación.

El Tribunal Supremo ante las dudas que le suscitó la compatibilidad de los principios de justicia rogada, congruencia y de prohibición de *reformatio in peius* con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y la posibilidad de que el tribunal, pese a estos principios, pudiera de oficio acordar la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula abusiva, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE con el siguiente tenor: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una "cláusula suelo" declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?».

2. La STJUE de 17 de mayo de 2022 y la postura del Tribunal Supremo tras ella

Esa cuestión prejudicial fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19).

El TJUE alude en primer lugar a los principios de equivalencia y de efectividad.

a) Conforme al primero de ellos, el principio de equivalencia, cada Estado miembro debe procurar garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión Europea confiere a los justiciables bajo procedimientos en su Derecho interno igual de favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno.

Partiendo de que el artículo 6 de la Directiva 93/13 es una disposición equivalente a una norma nacional de orden público, el TJUE advierte que si en virtud

del Derecho nacional interno el tribunal está facultado u obligado para apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, entonces también lo está a apreciar de oficio, aunque no se haya planteado por las partes, la legalidad de ese acto atendiendo al artículo 6 de la Directiva 93/13; y a este respecto, si, en virtud de la jurisprudencia nacional se entiende que cabe aplicar de oficio normas de orden público como excepción a la aplicación de los principios procesales ahora objeto de controversia (congruencia, justicia rogada y prohibición de *reformatio in peius*), entonces el juez nacional que conoce del recurso de apelación debe también poder examinar de oficio un motivo basado en la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Advierte el TJUE que, de existir tal jurisprudencia, en virtud del principio de equivalencia el Tribunal Supremo debe dejar sin aplicación esos principios procesales y deberá «o bien permitir que el consumidor ejerza los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y su derecho a invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o bien hacerlo de oficio».

b) Por lo que se refiere al principio de efectividad, este supone que esos procedimientos del ordenamiento jurídico interno no pueden concebirse de modo que hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, el TJUE ya advirtió en su sentencia de 1 de octubre de 2015 (asunto *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14) que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado.

Teniendo en cuenta que este principio implica la exigencia de una tutela judicial efectiva y que resulta necesario un control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales para garantizar el respeto a los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, entiende el TJUE que «las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho, que la citada disposición confiere a los consumidores, a no quedar vinculados por una cláusula considerada abusiva (sentencias de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 71, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 51)».

Tras estas argumentaciones en relación con los principios de equivalencia y efectividad, el TJUE vuelve a recordar que la protección de los consumidores no es absoluta y que entre sus límites está el principio de cosa juzgada, con el que se trata de garantizar la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas y la recta administración de la justicia. De modo que el Derecho de la Unión Europea no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13; ahora bien, advierte el TJUE, que eso será así siempre que se respeten los aludidos principios de equivalencia y efectividad.

En este punto, el TJUE en esta sentencia de 17 de mayo de 2022 recuerda lo indicado en su anterior resolución de 21 de diciembre de 2016 que afirmaba que la limitación de las cantidades a restituir tras la declaración de nulidad de la cláusula suelo suponía una protección incompleta e insuficiente del consumidor y una privación de los derechos reconocidos ante la abusividad de una cláusula, además de no procurar los efectos disuasorios en el uso de cláusulas abusivas, todo lo cual supone ir en contra de lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13.

Y centrándose en el asunto concreto objeto de la cuestión prejudicial, advierte el TJUE que el consumidor no recurrió la sentencia de primera instancia que limitaba los efectos restitutorios de las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula abusiva; pero incide en la circunstancia de que esa falta de recurso e impugnación por el consumidor puede imputarse al hecho de que cuando se dictó la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ya había transcurrido el plazo para presentar ese recurso o impugnar la sentencia. Es decir: el TJUE subraya estas circunstancias para advertir que no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total a este respecto al no cuestionar la jurisprudencia que hasta ese momento imperaba y era la mantenida por el Tribunal Supremo español.

Y ante estas circunstancias considera el TJUE que esos principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, «al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad».

Por todo ello, finalmente resuelve la cuestión prejudicial planteada declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este».

Ante la resolución de esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo, recibida tal resolución, procedió a aplicar la doctrina contenida en esa STJUE de 17 de mayo de 2022 y con ello estimar el recurso de casación planteado y condenar a Unicaja a restituir al demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula (STS de Pleno número 579/2022, de 26 de julio).

Y tras esta STS de 26 de julio de 2022 se fueron sucediendo distintas resoluciones aplicando tal doctrina en casos similares: entre otras, SSTS número 691/2022, de 24 de octubre, números 813/2022 y 814/2022, ambas de 22 de noviembre, número 828/2022, de 24 de noviembre, y núms. 854/2022 y 855/2022, ambas de 30 de noviembre.

IV. CONCLUSIONES

I. Una cláusula abusiva no puede vincular al consumidor en ningún momento, debiendo el juez simplemente dejarla sin aplicar, como si la cláusula nunca hubiera existido, sin que produzca ningún efecto para las partes.

II. Las ventajas obtenidas indebidamente por el prestamista en virtud de una cláusula suelo declarada abusiva deben ser restituidas íntegramente, sin ningún tipo de limitación, ni siquiera temporal, de los efectos derivados de esa nulidad declarada, pues de lo contrario ello supone una privación o merma de los derechos del consumidor de obtener todo lo pagado indebidamente en virtud de esa cláusula suelo abusiva, suponiendo una protección incompleta e

insuficiente a estos efectos, sin que, por otro lado, esa limitación temporal se encuentre justificada al no ser un medio eficaz para lograr el cese de la cláusula abusiva.

III. Tal y como ha advertido el TJUE, la protección de los consumidores no es absoluta y entre sus límites están los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada.

IV. Atendiendo a los principios de equivalencia y, sobre todo, de efectividad del Derecho de la Unión Europea, en aquellos casos en los que no quepa apreciar una total pasividad del consumidor al no impugnar en tiempo la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula abusiva, el órgano judicial debe examinar de oficio la infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y, concretamente en el caso de las cláusulas suelo, aplicar la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y proceder a la condena al prestamista a la restitución íntegra de todas las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula por abusiva (STJUE de 17 de mayo de 2022).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/10).
- STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto *RWE Vertrieb AG*, C-92/11).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).
- STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13).
- STJUE de 1 de octubre de 2015 (asunto *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto *XZ e Ibercaja*, C-452/18).
- STJUE de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19).
- STS núm. 812/2012, de 9 de enero de 2013.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 768/2013, de 5 de diciembre.
- STS núm. 139/2015, de 25 de marzo.
- STS núm. 81/2016, de 18 de febrero.
- STS núm. 580/2020, de 5 de noviembre.
- STS núm. 581/2020, de 5 de noviembre.
- STS núm. 589/2020, de 11 de noviembre.
- STS núm. 579/2022, de 26 de julio.
- STS núm. 649/2022, de 6 de octubre.
- STS núm. 691/2022, de 24 de octubre.
- STS núm. 772/2022, de 10 de noviembre.
- STS núm. 813/2022, de 22 de noviembre.
- STS núm. 814/2022, de 22 de noviembre.
- STS núm. 828/2022, de 24 de noviembre.
- STS núm. 854/2022, de 30 de noviembre.
- STS núm. 855/2022, de 30 de noviembre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en http://www.indret.com/pdf/1287.pdf).

— (2017). Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 383-395 (disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628/2197).

CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, 103-123 (disponible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242/184).

GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 430-443 (disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3631/2201).

PAZOS CASTRO, R. (2016). Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo). *Diario La Ley,* núm. 23 de diciembre de 2016.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en http://www.indret.com/pdf/1286.pdf).

— (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.

PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8547, 26 de mayo de 2015.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, enero-febrero de 2021, 610-638.

NOTAS

[1] *Vid*. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, enero-febrero, 2021, 611 y sigs.

[2] Artículo 1303 del Código Civil: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

[3] Esta STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13) señaló en su apartado 71 que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical», y en su apartado 75 que «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la

cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

[4] La STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13) en sus apartados 73 a 75 aludió a la obligación de transparencia real en los contratos de préstamo en estos términos: «73. A este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse solo al carácter comprensible de aquellas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 69 y 71). 74. De los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 73). 75. Tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 74)».

[5] En todo caso, el carácter abusivo solo sería predicable en cuanto esté inserta esa cláusula suelo en un contrato con un adherente consumidor; el concepto de abusividad de las cláusulas no cabe referirlo a contratos con no consumidores (cfr. Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; y, entre otras, SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y núm. 367/2016, de 3 de junio).

[6] *Vid*. entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.

[7] En este apartado 59 la referida STJUE señaló que «puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves».

[8] Entre otras, SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, núm. 610/2014, de 3 de noviembre, núm. 677/2014, de 2 de diciembre, núm. 138/2015, de 24 de marzo, núm. 139/2015, de 25 de marzo, núm. 227/2015, de 30 de abril, y núm. 705/2015, de 23 de diciembre.

[9] *Vid.*, entre otros, el comentario de esta STS núm. 139/2015, de 25 de marzo, en PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8547, 26 de mayo de 2015.

[10] Según este voto particular: «En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no había sido parte del proceso, (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Misterio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya

pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto».

[11] En relación con esta STJUE de 21 de diciembre de 2016 y sus efectos, cfr., entre otros, CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, 104 y sigs. (disponible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242/184); PAZOS CASTRO, R. (2016). Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo), *Diario La Ley,* núm. 23 de diciembre de 2016; CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1287.pdf) y de este mismo autor el trabajo de 2017, Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 384 y sigs. (disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628/2197); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1286.pdf); y GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 430 y sigs. (disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3631/2201).

[12] Cfr., a este respecto, entre otros, CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios…, *op. cit.*, 119-121; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas…, *op. cit.*, 10 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis…, *op. cit.*, 25 y sigs., y de este mismo autor el trabajo de 2017, Un examen crítico…, *op. cit.*, 394 y 395.

[13] Artículo 510 LEC: «1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

[14] Esta STS 81/2016, de 18 de febrero, en su fundamento jurídico cuarto, al final, señala: «4. [C]abe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. 5.- En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del artículo 510 LEC, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE».

[15] Sobre esta cuestión, *vid.* entre otros, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios…, *op. cit.*, 611 y sigs.

1.6. Responsabilidad civil

Las acciones por *wrongful birth* en el Derecho español: un supuesto problemático de responsabilidad médica

Wrongful birth actions in Spanish Law: a problematic case of medical liabililty

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

Profesor de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La responsabilidad civil médica por *wrongful birth* es un caso paradigmático de evolución doctrinal y jurisprudencial de un ámbito de responsabilidad civil, desde su negación en los últimos años del siglo XX, hasta su total admisión y perfilamiento en la actualidad. Con todo, plantea problemas jurídicos muy complejos, que merecen revisión crítica. Esos problemas se corresponden con los distintos epígrafes en que se estructura el presente trabajo.

El objeto de este trabajo es analizar críticamente el actual estado jurisprudencial, tanto de la jurisdicción civil como de la contencioso administrativa, de este ámbito de la responsabilidad civil médica, y a la vez ofrecer un análisis crítico de cada uno de sus puntos problemáticos.

ABSTRACT: The medical liability in wrongful birth actions, is a paradigmatic case of doctrinal and jurisprudencial evolution, from its denial in the end of S. XX to its admission nowadays. However, wrongful births actions involve hard legal questions, which should be analized critically. These questions are the basis of the structure of this paper.

The purpose of this paper is to study the current state of this matter in the legal practice and at the same time offer a critical analysis of each of its problematic points.

PALABRAS CLAVE: *Wrongful birth*. Responsabilidad médica. *Lex artis ad hoc*. Interrupción voluntaria del embarazo. Daño moral. Daño patrimonial.

KEY WORDS: Wrongful birth actions. *Medical liability. Lex artis ad hoc. Voluntary termination of pregnancy. Non-pecuniary damages. Pecuniary damages*.

SUMARIO: I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRESUPUESTOS LÓGICOS DE SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL: 1. Delimitación conceptual y advertencia previa. 2. La posibilidad de interrupción del embarazo por razones eugenési-

CAS COMO PRESUPUESTO LÓGICO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*. —II. CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS Y *QUANTUM RESPONDATUR*: 1. DAÑO MORAL: *A) Estado de la cuestión. B) Análisis crítico*. 2. DAÑO PATRIMONIAL: *A) Estado actual de la cuestión. B) Análisis crítico*.—III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD: 1. EL HECHO DE QUE LA ACTIVIDAD MÉDICA NO HAYA CAUSADO LOS CONDICIONAMIENTOS FÍSICOS O PSÍQUICOS CON LOS QUE NACE EL NIÑO, NO PUEDE NEGAR LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES POR *WRONGFUL BIRTH*. 2. LA CUESTIÓN EN TORNO A LA HIPOTÉTICA DECISIÓN DE LA MADRE, DE HABER SIDO CORRECTAMENTE INFORMADA.—IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*, EN PARTICULAR LA INOBSERVANCIA DE LA *LEX ARTIS AD HOC* COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO (¿SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD *POR CULPA*?).—V. LEGITIMACIÓN ACTIVA: 1. LA MALA PRAXIS MÉDICA QUE IMPIDE LA INTERRUPCIÓN LEGAL Y VOLUNTARIA DEL EMBARAZO OCASIONA UN DAÑO RESARCIBLE, TANTO MORAL COMO PATRIMONIAL, AL PADRE. 2. MEDICINA PRIVADA Y RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.—VI. LEGITIMACIÓN PASIVA: 1. SUPUESTOS ADMITIDOS SIN DIFICULTAD. 2. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEAR ALGUNOS PROBLEMAS: *A) Las aseguradoras médicas. B) Genetistas y laboratorios*. —VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y CITADA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRESUPUESTOS LÓGICOS DE SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ADVERTENCIA PREVIA

La actividad médica de seguimiento de los embarazos, determina un ámbito específico de posible responsabilidad civil que en la práctica jurídica española se conoce con la forma anglosajona *wrongful birth actions*, y cuya traducción —que también se maneja, pero en muchísima menor medida—, a falta de una mejor, es «acciones de responsabilidad por nacimiento injusto».

El grupo de supuestos que se abarca con este concepto, es el siguiente: nacimientos de niños con discapacidades o condicionamientos físicos o intelectuales, las cuales debieron haber sido advertidas durante el proceso de gestación por el médico responsable del seguimiento del embarazo en los oportunos controles prenatales, pero que de hecho no fueron advertidas, ni por tanto informadas, a la madre con el fin de que esta pudiera optar entre interrumpir el embarazo por razones eugenésicas o continuar con dicho embarazo. En todos estos casos, se plantea la posibilidad de que los *padres*[1] se dirijan frente al médico responsable del control del embarazo, por el daño que les supone el haber sido privados de la posibilidad de decidir interrumpir o continuar el embarazo, y los perjuicios económicos que las especiales atenciones del hijo así nacido suponen para ellos.

Se trata, como es fácil advertir, de un grupo de supuestos de responsabilidad a los que, a la dificultad propia del análisis estrictamente jurídico, se le une un evidente componente moral[2]; y por eso su tratamiento resulta especialmente difícil, empezando por la propia terminología a emplear por el que se enfrenta a su explicación.

Sobra decir —aunque conviene decirlo— que en este trabajo se presenta un análisis *estrictamente jurídico*; y en el que los términos utilizados se pretende que tengan el sentido más objetivo posible, desprendido de cualquier valoración ética. En este sentido, nos referiremos en lo sucesivo al «niño nacido con condicionan-

tes físicos o intelectuales», como terminología que, creemos, es lo más aséptica posible, en lugar de hablar de incapacidades o discapacidades.

2. La posibilidad de interrupción del embarazo por razones eugenésicas como presupuesto lógico de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*

Una vez delimitado el ámbito de la realidad en el que nos vamos a mover, conviene tener clara una idea de partida: las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* solo tiene sentido plantearlas en el marco de un sistema jurídico en el que es posible el aborto o interrupción del embarazo por razones eugenésicas[3]. A la inversa, en aquellos sistemas en que la interrupción del embarazo no es posible ni siquiera por tales razones, no hay espacio lógico para este tipo de acciones de responsabilidad civil.

Esto supone un doble orden de ideas que no podemos dejar de lado:

a) En primer lugar, que el médico responsable del seguimiento del embarazo y de la realización de los controles prenatales que imponga en cada caso la *lex artis ad hoc*[4], se erige en un *garante* del derecho de la madre a optar por interrumpir el embarazo por razones eugenésicas, o continuarlo; por lo cual, se erige en el garante de que la madre sea *correcta y conveniente informada del desarrollo de su feto* y de la *concurrencia concreta* de razones eugenésicas para interrumpir su embarazo. Este deber de información que recae sobre el médico, supuestos específico del deber general de información previsto en el artículo 2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre[5], supone para aquel un deber *esencial*, integrante de la *lex artis*[6].

Que afirmemos que el médico se erige en *garante* de proporcionar la información adecuada para permitir realmente a la madre gestante la posibilidad de decidir, no significa que aquel responderá *siempre* que ofrezca una información errónea a la madre. Es posible que el médico, aunque ofrezca una información *objetivamente errónea* (falsos negativos), no haya de ser declarado responsable, y ello *por haber seguido* la *lex artis*, a pesar de que ello haya conducido a un resultado indeseado. En este sentido, resultan de gran interés, entre otras, la lectura de las SSAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 y de Gerona de 6 de mayo de 2013: en ambas se desestimó la acción por *wrongful birth*, porque a pesar de que el niño nació con condicionantes que no fueron advertidos durante el seguimiento del embarazo, se entendió que el médico había actuado *correctamente*, esto es, conforme impone la *lex artis*. Y la *lex artis* no impone agotar toda posibilidad de control, sino realizar las pruebas *acordes* con el caso concreto, y en especial, con arreglo a una adecuada *calificación del riesgo embarazo*.

b) Y en segundo lugar, que el límite de la responsabilidad médica por *wrongful birth* viene dado por la finalidad de ese deber de información, esto es, presentar a la madre gestante la posibilidad concreta y real de poder optar entre interrumpir su embarazo *por razones eugenésicas* o continuarlo. Esto significa que el médico responsable del seguimiento prenatal no podrá ser responsable por *wrongful birth* en aquellos casos en que, aun cuando no haya informado debidamente a la madre del estado del feto (y que hubieran sido detectados de haber actuado conforme a la *lex artis*), los condicionantes con los que finalmente nació el hijo no hubieran motivado un aborto por razones eugenésicas. En este sentido, resulta de interés el caso analizado en la SAP de Vizcaya de 7 de marzo de 2018. En ella, se trató de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*, al haber nacido el niño con «hipoplasia de tibia derecha con aplasia de peroné y tenotomía de Aquiles».

En este caso, la Audiencia concluyó que «[c]iertamente el niño nació con una malformación seria, que no fue detectada en su momento, pero la malformación es la que es, y desde el punto de vista racional, aunque tenga una evidente trascendencia para el menor a lo largo de toda su vida, porque se verá obligado a servirse de prótesis u otros adminículos que en el futuro se vayan descubriendo o inventando, la realidad también es que no compromete de forma radical o acusada su calidad de vida, no pudiendo sostenerse válidamente que la afección que padece el menor sea incompatible con una vida digna, como obstinadamente mantiene la representación de la parte recurrente, aunque lógicamente se vaya a encontrar con una serie de dificultades que otras personas no afectadas por tal malformación, no van a tener, pero a los efectos de que aquí interesa, en relación con la acción ejercitada, la Sala coincide plenamente con la Juzgadora a quo en que no estamos en presencia de una anomalía grave que hubiera posibilitado la interrupción voluntaria del embarazo por razones médicas». Esto motivó la ausencia de responsabilidad del médico demandado.

En este sentido, son los tres apartados del artículo 15 [7], de la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, los que nos resultan útiles para construir el criterio de imputación objetiva consistente en el *fin protector de la norma — fin protector del contrato*, que permitirá la imputación de los daños sufridos a la mala praxis médica.

II. CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS Y *QUANTUM RESPONDATUR*

Qué conceptos resultan indemnizables en los casos de responsabilidad por *wrongful birth,* y cuál es la extensión con que cada uno de ellos ha de ser indemnizado, es una cuestión compleja, en relación con la cual solo puede decirse que existen posiciones más o menos mayoritarias, pero ni mucho menos unánimes, ni tampoco exentas de problemas, como vamos a ver a continuación.

La explicación que se ofrece a continuación se estructura tomando como referentes las ideas de daño moral y daño patrimonial. Detengámonos por separado en cada una de ellas.

1. Daño moral

A) Estado de la cuestión

Quizá la identificación de un daño moral indemnizable en las acciones por *wrongful birth* sea la cuestión menos problemática. No existe ningún autor que haya afirmado, ni ninguna sentencia en que se haya sostenido, que este no sea un concepto indemnizable. De existir alguna cuestión problemática en esta sede, ésta consiste en qué debe entenderse como daño moral en este ámbito, y junto con ello, los elementos a considerar para su cálculo concreto, siempre complejo.

En este sentido, el análisis doctrinal y jurisprudencial impone detenerse en dos posibles orígenes de ese daño moral indemnizable, que conviene aclarar:

a) El daño moral derivado de la simple privación de la madre de elegir interrumpir o continuar su embarazo

Cuando la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo ha abordado la responsabilidad por *wrongful birth*, y ante la cuestión de construir la fundamentación para reconocer la indemnización por el daño moral reclamado por los actores, ha llegado a la conclusión de que la sola privación a la madre de la posibilidad de decidir, constituye un daño moral. En este sentido, resultan muy ilustrativas las SSTS (Sala 3.ª) de 4 de noviembre de 2008[8] y de 16 de mayo de 2012[9].

En alguna ocasión, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha llegado a la misma concreción del daño moral. Así la STS de 6 de julio de 2007, en la que puede leerse que «nexo de causalidad directo e indiscutible que resulta de la falta de información sobre la realización de determinadas pruebas, en el que el daño viene representado por esta omisión informativa (…) constituye *en sí misma* un daño moral grave» (la cursiva es añadida).

b) Daño moral originado por las consecuencias que conlleva la privación de la posibilidad de elección de la madre. El daño moral no derivaría en sí mismo de la privación de la facultad de elección, sino de las consecuencias que ello conlleva, sin perjuicio de la responsabilidad *administrativa* en que incurriría el médico por no haber suministrado a la madre la información que le hubiera permitido tomar su decisión.

Esta *parece* ser la explicación que en alguna ocasión nos ha ofrecido la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo al abordar el daño moral indemnizable en la responsabilidad por *wrongful birth*. En este sentido, resulta paradigmática la STS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005, la cual, después de indicar que «el daño (…) resulta no solo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir (…) y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino [¿también?] de los efectos que dicha privación conlleva», concluye que el daño moral viene constituido por «los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca presumiblemente podrá valerse por sí mismo (…)».

Esta tesis jurisprudencial, que recogen también las posteriores SSTS (Sala1.ª) de 24 de octubre de 2008, 31 de mayo de 2011 y de 14 de marzo de 2013, resulta equívoca en su formulación y plantea dudas interpretativas, pues aunque parece afirmar que el daño moral viene provocado por la privación de elección *y* por la angustia que de ello se deriva, en realidad, cuando concreta en el caso tal afirmación, el Alto Tribunal lo concreta *solo* en lo segundo. Esto, en todo caso, no ha impedido que algunas Audiencias Provinciales hayan interpretado que el concepto de daño moral comprende, como si de una suma se tratara *ambos* conceptos (como fue el caso de la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006[10]).

B) Análisis crítico

Creemos que acierta la jurisprudencia que ubica el daño moral *exclusivamente* en la imposición del nacimiento, como consecuencia de la falta de información o de su carácter erróneo *por* infracción de la *lex artis ad hoc*; más exactamente: esa privación implica por sí sola el daño moral indemnizable[11].

El daño moral como concepto indemnizatorio, debe emplearse con especial cautela con el fin de evitar que a través de él pueda producirse una sobrecompensación de la víctima. En este sentido, conviene mantener una concepción «estricta» del daño moral, reservándolo exclusivamente para los supuestos en que

el hecho dañoso provoca el menoscabo o lesión especialmente importante de la personalidad, o dicho de otro modo, el daño moral presupone, cuanto menos, una lesión de bienes y derechos de la personalidad que, además, afecte a la esfera psicofísica del sujeto pasivo[12].

El padecimiento y sufrimiento que supone para los padres traer al mundo y ver crecer a un hijo con los condicionantes con que nace, no puede ser un daño indemnizable como daño *moral*. Su admisión conduciría a una sobrecompensación, pues no puede identificarse un daño *moral* indemnizable referido al padecimiento de un daño *patrimonial* que va a ser íntegramente indemnizado (sobre el carácter indemnizable, y extensión, del daño patrimonial, *vid. infra*).

Por otro lado, tampoco puede olvidarse que la lectura de la STC 53/1985 pone de manifiesto, primero, que el aborto por motivos eugenésicos no es contrario a la Constitución porque perseguirlo penalmente supone imponer una situación familiar excesivamente gravosa; y segundo, la interrupción del embarazo por causas eugenésicas iría perdiendo justificación conforme el propio Estado, en cumplimiento de sus funciones asistenciales, fuera cubriendo mediante prestaciones adecuadas el sobreesfuerzo que supone el cuidado del niño. En consecuencia: si, en hipótesis, el sobreesfuerzo de cuidado del niño estuviese perfectamente cubierto, y por tanto se eliminase patrimonialmente el sobreesfuerzo que justifica, como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia citada, el aborto por motivos eugenésicos, ya no quedaría espacio para un daño moral derivado del padecimiento que supone ver crecer al hijo, porque ya no quedaría espacio para el aborto por razones eugenésicas. De aquí se deriva una conclusión: localizar el daño moral indemnizable en el padecimiento que supone ver crecer al hijo, una vez se tiene derecho a ver indemnizado el daño patrimonial padecido (y que viene significado por las cargas que hubieran justificado el aborto, ahora eliminadas por la indemnización) lleva necesariamente a una sobrecompensación.

El único daño moral indemnizable en la responsabilidad por *wrongful birth* debe localizarse en la privación, en sí misma, de la facultad de optar por interrumpir o continuar el embarazo, porque ello, esa privación, es la que lesiona el derecho a la autodeterminación, derivación de la dignidad personal (art. 10 de la Constitución)[13].

A lo sumo, y con dudas, cabría añadir dentro del daño moral indemnizable, el impacto psicológico que puede suponer a los padres el descubrimiento en el momento mismo del nacimiento, de los condicionantes que no fueron advertidos en el seguimiento del embarazo, y que solo ahora se constatan. Así lo han defendido MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU[14], y en alguna ocasión se ha admitido (como en el caso SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 —fundamento de derecho décimo—), aunque expresamente fue negado en la STSJ de Andalucía de 6 de octubre de 2006.

2. Daño patrimonial

A) Estado actual de la cuestión

Así como el carácter indemnizable del daño moral nunca ha planteado problemas en cuanto a su reconocimiento desde el momento en que se admiten las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*, no cabe decir lo mismo en relación con el daño patrimonial, al menos en los primeros pasos que nuestra

doctrina y jurisprudencia dieron para perfilar los contornos de este ámbito de la responsabilidad médica.

En efecto, no faltaron autores que proponían la negación de, ni resoluciones que efectivamente negaron, la indemnización en concepto de daño patrimonial en las acciones por *wrongful birth*. Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, aunque expresando dudas al respecto, concluyó que solo habría de indemnizarse el daño moral consistente en la pérdida de oportunidad de decidir entre continuar o interrumpir su embarazo, oportunidad que hubiera tenido la madre de haberse sometido a una prueba que hubiese dado un resultado correcto (oportunidad que se le impide, bien por el *falso negativo*, bien por la ausencia total de pruebas prenatales)[15], añadiendo que, «en cualquier caso, no creo que se deba indemnizar ni el mayor coste producido por el nacimiento de un hijo con Síndrome de Down [tal fue el caso de la sentencia que comentaba en este trabajo], ni tampoco todos los gastos producidos por el nacimiento de un hijo, porque no estamos en presencia de uno de aquellos casos en que la conducta negligente del responsable haya causado el nacimiento, ha causado, repito, la imposibilidad de decidir»[16]. En la jurisprudencia, véase la STS (Sala 1.ª) de 6 de junio de 1997, primera de las sentencias en que el Tribunal Supremo se enfrentó a la responsabilidad por *wrongful birth*; y más tarde, negando expresamente que en este ámbito de la responsabilidad resulte indemnizable algo más que el daño moral, puede verse, en la jurisdicción civil, la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008, y en la contencioso-administrativa, la STSJ de las Islas Baleares, de 29 de abril de 2010.

Hoy día, el debate ha sido superado y se admite con total naturalidad en la práctica de nuestros tribunales, y de forma unánime, que junto con el daño moral, resulta indemnizable un daño patrimonial, el cual viene referido al sobresfuerzo que supone a los padres la crianza y cuidado del niño con los condicionantes con que ha nacido, en comparación con los gastos de crianza y cuidado de un niño nacido sin tales condicionantes[17]. Es ésta, por otro lado, una conclusión ampliamente defendida por la doctrina.

Detrás de la concreción de los daños patrimoniales indemnizables a solo el sobresfuerzo que conlleva el cuidado del hijo con los condicionantes con que ha nacido, parece estar la idea, lógicamente a descartar, conforme a la cual pueda considerarse a la vida misma como un daño. Al limitar la indemnización solo a ese sobresfuerzo o plus de cuidado y atenciones, el «resto» de gastos a afrontar por los padres no serían indemnizables, puesto que estos estarían ligados a la vida misma del niño, sin considerar los condicionantes con que ha nacido; así, parece que, si estos gastos últimamente citados *también* se indemnizaran, se consideraría el nacimiento mismo, o su vida misma, un «daño», lo que no solo éticamente resulta repugnante, sino jurídicamente insostenible.

B) Análisis crítico

Sin embargo, creemos que la cuestión admite otro enfoque, que nos parece más apropiado, aun cuando no cuenta con apoyo jurisprudencial.

Por supuesto, la vida misma no puede ser *nunca* considerada como un daño. Pero esto no conduce *necesariamente* a concluir que en las acciones por *wrongful birth*, la indemnización por daño patrimonial deba quedar limitada solo al sobresfuerzo que supondría la crianza si ese niño no hubiese nacido con los condicionantes con que nació. La razón de esta conclusión es la finalidad misma de cualquier sistema de responsabilidad civil: eliminar, patrimonialmente hablando,

el daño que no se tiene la carga de ser soportado por el que, de primeras, lo ha recibido; expresado de otra forma: dejar al perjudicado en la misma situación que hubiera tenido, si el hecho dañoso no se hubiera producido. En este cálculo siempre hay un margen de incertidumbre, y en ocasiones es especialmente complejo y delicado; pero incluso desplazándonos al margen de mayor incertidumbre, existe un límite: la indemnización nunca debe poner al perjudicado en una situación a la que nunca se hubiese llegado si el hecho dañoso imputable al demandado no se hubiese producido. Naturalmente, este juicio también cuenta con márgenes de incertidumbre; pero en el supuesto que ahora analizamos (responsabilidad por *wrongful birth*), hay algo *absolutamente seguro*, y que *forzosamente* ha de marcar el límite de la indemnización: nunca se habría producido el nacimiento de un hijo sin los condicionantes con los que nació. De no haberse producido el hecho dañoso, se nos presentan dos hipotéticos cursos causales: 1) el no nacimiento (interrupción del embarazo por razones eugenésicas), o 2) el nacimiento del hijo con los condicionantes vitales de que debidamente se informó a la madre. En otras palabras: la indemnización en concepto de daño patrimonial por los gastos de cuidado y crianza, limitados al plus o sobresfuerzo que implican los condicionantes con los que nace el niño, ponen a los perjudicados, patrimonialmente hablando, en una situación imposible de no haberse producido el hecho dañoso.

Puede entenderse que la limitación a ese plus o sobresfuerzo reiterada por nuestros Tribunales, se haga con la intención de alejar cualquier sospecha de consideración a la vida misma como un daño. Pero lo que también debe quedar claro es que defender que el *quantum* indemnizatorio por daño patrimonial en estos casos no debe reducirse solo a ese sobresfuerzo económico, no se hace dando por hecho que la vida pueda ser un daño, por condicionada que física o intelectualmente pudiera encontrarse.

En este sentido, resultan muy interesantes las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO[18], cuando propuso que el *quantum* indemnizatorio debiera extenderse en estos casos a *todos* los gastos de crianza del niño, y no solo al *plus* que implican las atenciones especiales derivadas de sus condicionamientos. Y en la misma línea, de forma más reciente, también CECCHINI ROSELL[19].

III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Uno de los aspectos de la responsabilidad por *wrongful birth* cuya comprensión ha marcado profundamente su evolución doctrinal y jurisprudencial, ha sido este de la relación de causalidad.

El debate en torno a este elemento de la responsabilidad civil ha venido condicionado por dos circunstancias particulares, que son las que originariamente hicieron dudar de la admisibilidad de la responsabilidad por *wrongful birth*: 1) el hecho de que la actividad médica no ha causado los condicionamientos físicos o psíquicos con los que nace el niño[20]; 2) el hecho de que la madre hubiese decidido interrumpir su embarazo de haber recibido una adecuada información en cuanto a los condicionantes con que nacerá el futuro hijo, es algo cuya certeza es imposible y, por lo tanto, tampoco puede descartarse que la madre, aun habiendo sido correctamente informada, hubiese interrumpido su embarazo.

Plantear el problema de causalidad en los términos apuntados, o desde cualquiera de las dos ideas recién enumeradas, no solo supone un error de óptica —como veremos después—, sino que introduce en el debate aspectos difíciles de sostener en sentido riguroso, y que parecen, en el peor de los casos, aspectos

ya preconcebidos con el fin, prejuicioso aunque no necesariamente injusto en el resultado final, de estimar, aunque sea parcialmente, la pretensión indemnizatoria ejercitada por los padres.

Hoy día, la virtualidad práctica de ambos tipos de argumentos ha sido superada, y conviene detenerse en las razones de tal superación.

1. El hecho de que la actividad médica no haya causado los condicionamientos físicos o psíquicos con los que nace el niño, no puede negar la relación de causalidad en las acciones por *wrongful birth*

Por supuesto, nadie puede sostener que un mal seguimiento prenatal sea el origen inmediato, causa, de los condicionamientos físicos / psíquicos con los que nace el niño: el actuar del médico no los ha provocado. Pero esto no significa que el médico encargado de ese seguimiento prenatal no se haya erigido en garante —ya se verá más abajo con qué límites— de ofrecer a la madre una información adecuada para que esta haga efectiva una posibilidad de elección íntimamente relacionada con su dignidad y libre desarrollo de la personalidad en el sentido del artículo 10 de la Constitución: interrumpir el embarazo por, *y precisamente por*, razones eugenésicas. Esto justifica que hoy día, el aborto por razones eugenésicas no sea, como lo fue desde 1985 hasta 2010, una *posibilidad* (penalmente atípica), sino un verdadero *derecho* que encuentra positiva plasmación en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo[21].

En nuestra jurisprudencia, la conexión entre la obligación del médico de informar convenientemente a la madre de la evolución del feto, para garantizar a la madre una verdadera elección entre continuar el embarazo o interrumpirlo por razones eugenésicas; y la conexión de todo ello con el respeto a la dignidad personal (art. 10 de la Constitución), se ha hecho explícita de forma reiterada, tanto a nivel jurisprudencial (en este sentido puede verse la STS (Sala 1.ª) de 17 de octubre de 2001, y las SSTS (Sala 3.ª) de 10 de mayo de 2007, 16 de junio de 2010 o de 16 de mayo de 2012. También, véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de octubre de 2015; y en las Audiencias Provinciales, véase la SAP de Las Palmas, de 25 de enero de 2005, o la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006), como a nivel legislativo (cfr. art. 2 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).

2. La cuestión en torno a la hipotética decisión de la madre, de haber sido correctamente informada

Mayores problemas ha supuesto, tanto en nuestros tribunales como entre la doctrina científica, el papel, en la construcción del nexo de causalidad, de la hipotética (no) voluntad de la madre de interrumpir el embarazo de haber conocido los condicionantes con que nacería su hijo. La inicial virtualidad estimatoria o desestimatoria de la pretensión que se le dio a la (falta de) prueba de esta hipótesis, puso de manifiesto, casi desde las primeras resoluciones que tuvieron que enfrentarse a reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth*, lo inadecuado del debate y la necesidad de su superación.

El lógico punto de arranque es *actori incumbit probatio*, lo que significa que sobre los demandantes habría de recaer la prueba de que, de haber sido la madre debidamente informada, hubiese interrumpido su embarazo. Esto llevó en ocasiones, ante la imposibilidad (lógica, por otra parte) de la prueba directa de esta circunstancia, intentar deducirla de otros hechos o comportamientos de la madre. En este sentido, se ha afirmado que el solo hecho de que la madre decidiera someterse a pruebas de diagnóstico prenatal (algunas de ellas con ciertos riesgos, como es el caso de la amniocentesis) revela por sí solo que la madre hubiese abortado de haber sido correctamente informada —STS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005; SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006—.

El problema de conceder virtualidad probatoria al comportamiento de la madre, para deducir de ahí la hipotética decisión de la madre y afirmar o negar de ahí la relación de causalidad, ha llevado en ocasiones a deducciones que, en nuestra opinión resultan, en el mejor de los casos, bastante cuestionables, como sucedió en el caso resuelto en la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002. En esta sentencia puede leerse el siguiente fragmento, que se extrae de su fundamento de derecho decimotercero:

«*Es curioso que en la demanda, simplemente, se parta de la mención abstracta o literal del derecho legal a abortar como constitutivo de la pretensión actora. Y más significativa es la ausencia de la mención a tal derecho legal de la madre, como efectivamente impedido de ejercitar, en el acto de conciliación previo a la demanda, pues el folio 164 y sigs. solo habla de responsabilidad negligente del médico y del intento conciliatorio de indemnizar a los solicitantes por tal responsabilidad, pero en ningún momento se cita que se ha privado del derecho a abortar (o a pensar, aunque sea mínimamente, sobre tal posibilidad), sino, lisa y llanamente, de «indemnizar los daños y perjuicios del recién nacido, que precisará numerosas intervenciones quirúrgicas, a fin de mejorar en la medida de lo posible el estado definitivo que pueda alcanzar» —hecho cuarto del escrito de conciliación presentado ante el Juzgado—.*

O sea, la madre siempre ha optado por la vida, frente a la no vida del producto de su concepción, como lo demuestra su posicionamiento al inicio del proceso y durante los años previos al mismo, con intervenciones quirúrgicas —ya descritas— para mejorar significativamente y con éxito las malformaciones del hijo.

Y, por derivación, es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo, con lo cual el segundo extremo de la relación de causalidad —necesario para dar viabilidad, con mayor o menor extensión, a la pretensión instada en la demanda— quedaría en entredicho en el actual proceso».

Posiblemente los problemas a que conduce lo anterior fue lo que impulsó a nuestros Tribunales, en un momento en que aún consideraban necesario construir este nexo causal en la hipotética voluntad de la madre, a una curiosa situación: exigir *formalmente* la existencia y prueba de dicho nexo causal a efectos puramente argumentativos, pero *materialmente* vaciándolo de contenido. Ello se produjo de forma paralela mediante dos vías:

— Por un lado, afirmando una «inversión de la carga de la prueba», de modo que ya no es la madre la que ha de probar que habría abortado, sino el médico habría de probar lo contrario.

En este sentido, resulta de interés la STS (Sala 3.ª) de 10 de mayo de 2007, que fundamenta su fallo condenatorio a la Administración en que esta no logró

probar que la madre hubiera optado por la continuación del embarazo de haber sido correctamente informada (ver especialmente sus fundamentos de derecho sexto y décimo). En la llamada jurisprudencia *menor*, resulta de gran interés la argumentación ofrecida por la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008, en la que puede leerse lo siguiente: «entendemos que debería ser el médico quien debería demostrar que la madre no habría abortado, pues se ha de tener presente siempre que para la madre sería diabólico, más bien imposible, demostrar su intención de abortar si no es mediante su propia palabra» (fundamento de derecho tercero).

Como adelantamos, esto supone un mero mantenimiento formal, a efectos de una pretendida necesidad argumentativa de construir el nexo causal apoyándose en la hipotética voluntad de la madre, pues no se entiende por qué descargar al demandante de una prueba diabólica *para* pasársela al demandado, como si para este ya dejara de ser diabólica, o al menos posible. Esta forma de proceder supone dar por probada, sin más, la relación causal con el contenido apuntado. La inversión de la carga de la prueba solo tiene sentido lógico si —y además, lanza a los interesados el mensaje de que— tal prueba es posible y útil. Esto seguramente es lo que permite comprender la argumentación empleada por los demandados en el caso del que conoció el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, en sentencia de 19 de mayo de 2006, en el que los demandados en un acción por *wrongful birth* pretendieron negar la relación de causalidad sobre la base de que la madre era católica y había bautizado a la hija cuyo nacimiento motivó la pretensión indemnizatoria[22].

— Por otro lado, afirmando que, al menos, es necesario que la madre demandante *alegue*, esto es, *sencillamente exprese*, que de haber sido correctamente informada, hubiese abortado.

En este sentido, resulta de interés la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 (aunque este punto no fue *ratio decidendi*) o la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005, en la que puede leerse que «resulta oportuno requerir, como condición necesaria (…) que la gestante (…) lo habría hecho» (en referencia a que hubiera interrumpido su embarazo). El vaciamiento material de este elemento sobre el que apoyar el nexo causal resulta, aquí, aún más evidente que el caso anterior.

En la actualidad, se ha abandonado cualquier relevancia de la hipotética decisión de la madre para construir el nexo de causalidad que permita la estimación de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*. Ello es consecuencia de adoptar un enfoque que creemos mucho más adecuado del problema: no se trata de qué hubiese decidido la madre de haber sido correctamente informada, sino de que la actuación médica *ha impuesto* un nacimiento que no es resultado de una decisión *libre* —vale decir, *informada*— de la única persona que podía decidir, esto es, de la madre. Esto explica que hoy, ni el Tribunal Supremo ni las Audiencias Provinciales se detengan a analizar la hipotética decisión de la madre: *es absolutamente irrelevante* (como irrelevante la califican de forma expresa, por todas, la STS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005, y la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006). Lo único que interesa desde el punto de vista causal es que la mala actuación ha supuesto para los demandantes la privación de elección entre interrumpir el embarazo o continuar con él (véanse la STS [Sala 3.ª] de 16 de mayo de 2012; las SSTTSSJJ [Contencioso-Administrativo] de Islas Baleares de 29 de abril de 2010, País Vasco de 13 de abril de 2011, Castilla y León de 5 de abril de 2013, y de Madrid de 28 de octubre de 2015. También, la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019).

IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*, EN PARTICULAR LA INOBSERVANCIA DE LA *LEX ARTIS AD HOC* COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO (¿SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD *POR CULPA*?)

A efectos expositivos, tomemos como punto de partida el contexto de la sanidad privada. En este contexto, el médico o la empresa con quien la futura madre *celebra el contrato* que tiene por objeto el seguimiento de su embarazo a cambio de la remuneración acordada, se convierte en deudor de dicho seguimiento. Este seguimiento es la prestación característica de un contrato *de servicios* (no de obra), lo que significa que el deudor no asume más obligación que la de poner los medios y el esfuerzo adecuados para realizar un seguimiento del embarazo *correctamente*, pero sin garantizar un resultado o un particular estado de las cosas. De aquí, a afirmar que en estos contratos la responsabilidad del deudor del servicio médico es subjetiva o por culpa solo hay un paso. De forma más específica, la *lex artis ad hoc* vendría a ser el canon o medida de esa diligencia, más intensa que la diligencia media del «buen padre de familia»[23] cuyo seguimiento impediría la imputación de responsabilidad, aunque se llegara a un estado no deseado de las cosas.

Sin embargo, cuando nos trasladamos al ámbito de la medicina pública, el punto de arranque de la responsabilidad por la prestación del servicio médico parece desplazarse hacia un sistema de responsabilidad *objetiva*, sin necesidad de culpa. Este desplazamiento vendría facilitado por lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo legislativo en el actual artículo 32 de la Ley 40/2015 —antes, artículo 139.1 de la Ley 30/1992—.

Llegados a este punto, y centrándonos en la responsabilidad por *wrongful birth*, cabe preguntarse si resulta razonable que ambos sistemas, el público y el privado, de prestación de la medicina partan de criterios de imputación de responsabilidad tan distintos —objetivo el primero, por culpa el segundo—; y ello, cuando en ambos casos está comprometida la protección de los mismos derechos y valores (protegidos al más alto nivel normativo) en exactamente la misma medida, o lo que es igual: en ambos casos el médico prestador del servicio se erige en garante, en exactamente la misma medida, de los valores y derechos implicados (fundamentalmente, la decisión de interrumpir el embarazo por razones eugenésicas, como concreción del más amplio derecho a la autodeterminación y a la libertad e intimidad personal y familiar). A pesar de la en apariencia (y solo en apariencia) clara distinción de los puntos de partida de la medicina privada (contrato de servicios ➔ obligación de medios ➔ responsabilidad por culpa) y la medicina pública (actuación de la Administración ➔ proclamación normativa de su responsabilidad por los daños causados incluso por su funcionamiento «normal» ➔ responsabilidad objetiva con exoneración solo en caso de fuerza mayor), no parece razonable establecer dos raseros de imputación de responsabilidad tan distintos, por el solo hecho de la titularidad pública o privada del servicio.

Cabe entonces preguntarse si de hecho existe una verdadera diferencia práctica en la distinción entre la medicina pública y la privada en el punto que estamos analizando. Y la verdad es que un análisis jurisprudencial sobre el estado de esta cuestión demuestra que tal diferencia, en la práctica, *no existe*. No se ha condenado en la jurisdicción civil, por hechos que no hubiesen sido condenados en la jurisdicción contencioso-administrativa; ni a la inversa. De hecho, el canon de la *lex artis* es recurrentemente empleado también en la jurisdicción contencioso-administrativa como criterio de imputación de la responsabilidad

por *wrongful birth* (cfr. SSTS [Sala 3.ª] de 10 de mayo de 2007 y de 16 de mayo de 2012; SSTSJ, de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2015, y de Madrid de 28 de octubre de 2015), lo que debe considerarse apropiado; y por su parte, en algunas ocasiones en la jurisdicción civil se ha querido encontrar en el artículo 28 LGDCU de 1984 (actual art. 148 TRLGDCU de 2007) un argumento para afirmar la responsabilidad *objetiva* de la aseguradora médica encargada de la prestación sanitaria (cfr. SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 —en todo caso, sobre el acierto de este argumento, *vid. infra*—). Esto, de hecho, ha supuesto una aproximación de soluciones, independientemente de la jurisdicción que tuviera que conocer del caso.

La *lex artis* no funciona en la práctica como canon o medida de la diligencia exigible, sino como canon o medida del *comportamiento solutorio* (en la sanidad privada) o del *comportamiento debido* (en la sanidad pública). Si comprendemos de esta forma el papel que la *lex artis* cumple, comprenderemos también con facilidad cómo la jurisprudencia ha llegado a la «inversión de la carga de la prueba» en cuanto a su (in)observancia como elemento constitutivo de la pretensión resarcitoria: al demandante (los padres) le basta con probar la producción del daño a cuyo impedimento están orientadas las reglas de comportamiento impuestas por la *lex artis*, de modo que al médico le corresponde probar que el daño se ha producido *a pesar* del seguimiento de la *lex artis ad hoc*. Los Tribunales, para explicar este particular reparto de la carga probatoria, se refieren a una verdadera *inversión* de la misma, permisible al amparo del artículo 217 LECiv: si se habla de inversión de la carga de la prueba, implícitamente se acepta la *lex artis ad hoc* como canon de diligencia, y por tanto y a la inversa, de culpabilidad si no se observa, y ahí radica la inversión: el demandante no vendría cargado con la prueba de uno de los elementos constitutivos de su pretensión (la culpa del demandado), sino que es el demandado el que tendría que probar su diligencia (véanse en este sentido las SSAP de León de 15 de septiembre de 1998 y de Málaga de 31 de marzo de 2000); de ahí también que cuando los tribunales se refieren a este efecto inversor de la carga de la prueba, tengan que apoyar dialécticamente tal inversión, reforzando su exigencia, en la idea *res ipsa loquitur* en cuanto al daño padecido por los demandantes (en este sentido, por todas, véanse las SSAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006, de Gerona de 6 de mayo de 2013 y de Madrid de 28 de junio de 2019).

Pero como hemos adelantado, en realidad no es necesario acudir a la idea de inversión de la carga de la prueba para explicar que el médico ha de probar la sujeción de su actuación a la *lex artis*, entendida esta como delimitación de su prestación solutoria o debida, de modo que no se le carga con la prueba de la no concurrencia de un elemento constitutivo de la pretensión del demandante, sino con la prueba de la concurrencia de un *hecho impeditivo* de su propia responsabilidad, cuya prueba naturalmente es carga suya[24].

Como se ha apuntado, uno de los argumentos que en alguna ocasión se ha empleado para facilitar la imputación de responsabilidad a la aseguradora médica en la medicina privada, ha sido la aplicación del artículo 28 LGDCU de 1984 / artículo 148 TRLGDCU de 2007. Este artículo 148 (equivalente, en lo sustancial, a lo que preveía el anterior artículo 28 de la Ley de 1984) dispone, a lo que ahora interesa, lo siguiente:

«*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad,*

en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios (…)».

De esta disposición se ha querido derivar una responsabilidad *objetiva* de la aseguradora, como sucedió en la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 (cfr. especialmente fundamentos de derecho vigésimo quinto y vigésimo sexto).

Aunque, por las razones antes explicadas, se llega así al resultado correcto (condenatorio de la aseguradora), el camino seguido no puede compartirse. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (últimamente, véase la STS [Sala 1.ª] de 18 de julio de 2019), «la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a «servicios sanitarios» a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos-actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la lex artis ad hoc» (fundamento de derecho segundo). En este sentido, consideramos más acertado el enfoque que sobre este mismo particular ofrece la SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013.

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La lectura de las sentencias que han tenido por objeto acciones de responsabilidad civil por *wrongful birth*, pone de manifiesto que no se plantean dudas para reconocer la legitimación activa de ambos progenitores cuando demandan conjuntamente, ni tampoco cuando es la madre la que demanda de forma individual.

Lo que sí ha planteado problemas es la pretendida legitimación activa *individual* del padre.

Dos son los principales escollos con los que podría encontrarse la afirmación de la legitimación activa del padre:

1. El hecho de que sea la madre a quien corresponde, por ser la gestante, la decisión de continuar o interrumpir *su* embarazo, la mala praxis médica que impide la interrupción legal y voluntaria del embarazo no afecta a una eventual decisión del padre. Este argumento fue el empleado por la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de diciembre de 2007, para negar la legitimación individual del padre en una acción por *wrongful birth*. En dicha resolución puede leerse:

«[E]l Tribunal de instancia ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del artículo 5 de la Ley Ordinaria de Sanidad, artículo 417 bis CP, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde».

2. En los casos en que el defectuoso seguimiento del embarazo se ha desarrollado en el marco de la medicina privada, y solo es parte del contrato de servicios médicos la madre, el padre parece que no podría accionar frente al médico por incumplimiento contractual, pues no es parte del mismo (principio de relatividad de los contratos).

Sin embargo, ninguna de las dos ideas anteriores nos parece determinante para negar la legitimación activa del padre, aunque hay que hacer importantes distinciones.

Antes de entrar en el análisis más detenido de las anteriores dos ideas, conviene ya adelantar una previa. La legitimación procesal, en tanto que presupone la vinculación del actor con el objeto litigioso[25], y por tanto un interés protegible, no tiene mucho sentido afirmarla *solo* cuando el padre demanda juntamente con la madre, y negarla en el resto de los casos. En los supuestos en que se niega la legitimación individual del padre y se admite solo cuando la demanda es conjunta, parece que el padre recibe así, a través de la madre, participación en el interés jurídico protegido a reparar, lo que es insostenible.

1. La mala praxis médica que impide la interrupción legal y voluntaria del embarazo ocasiona un daño resarcible, tanto moral como patrimonial, al padre

El que la madre sea, indudablemente, la titular del derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo por causa eugenésicas; y que el mal control prenatal le imponga la continuación del embarazo; son elementos que facilitan la explicación de la legitimación activa de la madre para el ejercicio de las acciones por *wrongful birth*. *Pero esto no significa que justifique, por sí solas, la negación de la legitimación activa individual del padre*.

Si consideramos el fundamento que, primero, estuvo presente en la despenalización del aborto por motivos eugenésicos, y luego en el derecho positivamente reconocido a la interrupción del embarazo por tales motivos, veremos que indudablemente el padre es partícipe de los valores que la mala praxis médica daña, imponiendo la continuación del embarazo; valores de los que el médico responsable del control prenatal se erige *forzosamente* en garante.

Cuestión distinta es que quepa hacer alguna distinción entre el daño que sufre la madre, que en parte son coincidentes, pero en otra parte creemos que no. En este sentido, creemos que es precisa la siguiente distinción:

a) En cuando al daño *patrimonial* (independientemente de que este daño lo limitemos al plus o sobreesfuerzo que conllevan los cuidados y atenciones especiales que el niño precisará —como la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina sostiene—, o se afirme que debe cubrir *todos* los gastos de crianza y no solo los extraordinarios imputables a sus necesidades específicas —como defendemos aquí—), creemos que es coincidente, *y conjunto*, tanto para el padre como para la madre.

En este punto, además, creemos que el artículo 156 del Código Civil, impone un litisconsorcio activo necesario, derivado del crédito mancomunado que, para ambos padres, supone la indemnización por el daño patrimonial reclamado. En el bien entendido que no es un crédito *del hijo* (pues ello nos llevaría a una acción por *wrongful life*, acción unánimemente rechazada en nuestra jurisprudencia), sino que es un crédito *de* los padres *para el hijo*. Por eso este crédito ha de entrar en el ámbito del artículo 156 del Código Civil,

cuya regla de partida (aplicable a nuestro supuesto) es el ejercicio *conjunto* (vale decir, *mancomunado*) de la patria potestad.

No puede resultar de aplicación aquí lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 156, que no está pensado para facilitar la constitución de relaciones jurídicas procesales, sino para proteger el tráfico. Sí creemos en cambio que debe admitirse el ejercicio de la acción por solo uno de los padres si consta la autorización del otro, pero en el bien entendido que de este modo se consuma el ejercicio procesal de la pretensión *para ambos progenitores*.

b) En cuanto al daño *moral*, sí es posible afirmar que cada progenitor *padece su propio daño*:

— El padre sufre un daño moral, puesto que la imposición del embarazo supone para él la sustracción de haber participado en una decisión tan íntima y privada con el otro progenitor como es la de continuar o interrumpir el embarazo; en este sentido, se produce un daño a su derecho a la dignidad personal y a la intimidad personal y familiar (concreción del derecho al respeto de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8 CEDH[26]; cfr. también artículo 10 de la Constitución). Esto, *con independencia de que solo la madre sea la única que finalmente decidiría continuar o interrumpir el embarazo*.

— La madre también sufre un daño moral, pero de mayor extensión, pues *además* de todo lo que acaba de señalarse con relación al padre, sufre *también* un proceso biológico *impuesto* (esto es, que no es fruto de su decisión) como es la continuación del embarazo, lo que afecta de forma inmediata a su dignidad personal en un plano que, obviamente, no puede alcanzar el padre, lo que justifica que la madre haya de tener en este concepto una indemnización *excluyente y exclusiva* con respecto al padre. En este sentido, resulta muy ilustrativo lo apuntado en la STS (Sala 3.ª) de 16 de mayo de 2012: «el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo —constituido por 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— como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e informado, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la *"lex artis ad hoc"*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente» (fundamento de derecho segundo).

Este daño moral que cada progenitor sufre en los términos descritos, a diferencia de lo que creemos que ha de suceder con el daño patrimonial, procesalmente ha de traducirse en la posibilidad de su ejercicio individual. En este sentido, resulta acertada la tesis sostenida en la SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013, en la que se aceptó la legitimación activa exclusiva del padre para pedir

indemnización por daño moral (aunque, finalmente, la pretensión fue desestimada por otras razones).

2. Medicina privada y relatividad de los contratos

Aun sin negar que, en los términos del artículo 1257 del Código Civil, los contratos solo producen «efectos» entre los contratantes, no creemos que ello sea un impedimento para afirmar la legitimación activa del padre en los casos de *wrongful birth*, cuando el contrato de servicios médicos por el que surge la deuda de seguimiento y control del embarazo ha sido celebrado sin intervención del padre. La idea de *contacto social* resulta en este momento muy relevadora, y útil: aunque entre el padre y el médico no exista una vinculación contractual directa, el segundo no puede negar seriamente que su actuación tenga repercusión inmediata en unos valores e intereses (expresados y protegidos al más alto valor normativo) que corresponden a la madre *y al padre*, y que con su actuar, no solo los está gestionando, sino que se erige implícita, pero también *clara y necesariamente*, en garante de su protección. Ni siquiera sería preciso acudir al sistema de *responsabilidad extracontractual* para justificar en estos casos una acción directa del padre frente al médico responsable del seguimiento prenatal: no parece adecuado afirmar la remisión a las reglas de la responsabilidad extracontractual por el solo hecho de que no exista un contrato otorgado entre demandante y demandado en cuyo marco el primero ha sufrido un *incumplimiento (lesión de su derecho de crédito)* por el segundo, cuando, a pesar de que formalmente no existe ese contrato, el demandado ha asumido *voluntaria* y conscientemente la gestión de un ámbito de interés ajeno preexistente, en unos términos libremente asumidos y delimitados, y el riesgo que ello conlleva puede reflejarlo en la contraprestación a percibir en el contrato de prestación del servicio médico. El fundamento de la pretensión del padre frente al médico puede basarse, pues, en las reglas de la responsabilidad *contractual*.

En este sentido, debe considerarse acertada la tesis sostenida en las SSAP de Gerona de 6 de mayo de 2013, y de Madrid de 28 de junio de 2019, ambas decisoras de una acción de responsabilidad por *wrongful birth* en el ámbito de la medicina privada, en la que se reconoció legitimación pasiva al padre[27].

VI. LEGITIMACIÓN PASIVA

1. Supuestos admitidos sin dificultad

En el ámbito de la medicina pública, nunca ha planteado problema la legitimación pasiva del médico responsable del seguimiento del embarazo, ni de la Administración pública de la que aquel dependía.

En la medicina privada, tampoco ha planteado dudas la responsabilidad del médico responsable del seguimiento del embarazo, ni de la empresa en la cual trabajaba como tal profesional. Curiosamente, en algunas sentencias se utiliza como argumento para hacer responsable a la empresa solidariamente junto al médico, lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil. Resulta innecesaria, y seguramente errónea, la argumentación en torno a dicho precepto en un contexto de prestación solutoria en un marco contractual, en el que el médico es un *auxiliar* del deudor (empresa), y en el que indudablemente hay responsabilidad

contractual, no la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1903 citado.

2. Supuestos que pueden plantear algunos problemas

A) Las aseguradoras médicas

En el marco de la sanidad privada, sí ha planteado problemas la legitimación pasiva de las aseguradoras médicas, en los casos en que el seguimiento del embarazo ha sido llevado por un médico elegido por un asegurado *porque* este médico formaba parte del cuadro de médicos ofrecidos por la aseguradora médica, *aunque* ciertamente el médico no es un *trabajador* de la aseguradora, ni forma parte de su plantilla de trabajadores propios. Esta circunstancia es la que habitualmente emplean las aseguradoras médicas cuando son demandas (por lo general, exigiendo su responsabilidad solidariamente con la del médico), con el fin de evitar una sentencia condenatoria (como sucedió en el caso del que conoció la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 28 de julio de 2008, o más recientemente, en el caso resuelto por la misma Audiencia de Madrid en sentencia de 28 de junio de 2019).

La clave de la cuestión radica en una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley del Contrato de Seguro, que diferencia por un lado el seguro de enfermedad, y por otro lado, el seguro de asistencia sanitaria. Literalmente, este artículo 105 LCS dispone:

«*Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan*».

Por tanto, el seguro de enfermedad consiste para el asegurador en una deuda pecuniaria (obligación de *dar*), para el caso en que se dé el siniestro (enfermedad del asegurado); pero no asume ninguna prestación *de hacer*. En cambio, el seguro de asistencia sanitaria obliga al asegurador a la *prestación* de los servicios médicos y quirúrgicos acordados, esto es, se trata de una prestación de *hacer*.

La distinción resulta esencial, pues como ha afirmado LOIS CABALLÉ, «[p]or el seguro de asistencia sanitaria, contemplado en el artículo 105 LCS in fine, el asegurador se compromete frente al asegurado a prestarle servicios de asistencia sanitaria, y no indemnizaciones en metálico como sucede en el seguro de enfermedad»; y añade: «[l]a prestación de asistencia sanitaria del asegurador se realiza a través de un cuadro médico del que el asegurado debe elegir, ya que el coste es abonado directamente por el asegurador al médico en función de las cantidades pactadas de antemano»[28]. Por tanto, en el seguro de asistencia médica, aunque los médicos que realizan finalmente la prestación no sean en sentido estricto trabajadores o dependientes (laboralmente hablando) de la aseguradora, actúan como *auxiliares de la prestación solutoria debida por dicha aseguradora*, y por lo tanto han de responder por lo hecho por aquellos. En este sentido, pueden verse las SSTS (Sala 1.º) de 4 de junio de 2009 y de 4 de noviembre de 2010. En concreto esta última resulta muy ilustrativa y clarificadora; en ella, después

de presentar de forma resumida los argumentos que la jurisprudencia ha venido utilizando para fundamentar la condena de las aseguradoras médicas por los daños causados por los facultativos que forman parte de su «cuadro médico», concluye: «*por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, (aseguradora, y la codemandante «el asegurador se obliga no solo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato*». *Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el artículo 1903.4.º del Código Civil, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo*». Salvo por la referencia al artículo 1903 del Código Civil —que creemos improcedente, pues la aseguradora habrá de responder ante el asegurado por los daños causados por el médico conforme a las reglas de la responsabilidad *contractual*—, las conclusiones deben compartirse.

En la misma línea, en la llamada jurisprudencia *menor* pueden verse por ilustrativas, y entre otras, las SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 (que analiza la naturaleza del contrato de seguro de asistencia médica, diferenciándolo del seguro de enfermedad en el mismo sentido en que hemos hecho *supra*)[29], la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008[30] y la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019[31]. En todas ellas se trataba de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*.

B) Genetistas y laboratorios

Cuando el control prenatal implica la realización de análisis genéticos, o de otro tipo, que exigen la intervención de facultativos especialistas, surge naturalmente la cuestión de su eventual responsabilidad *directa* frente a los padres en los casos en que el análisis por ellos realizado arroje un *falso negativo*. Este problema se plantea en general en los casos de sanidad privada[32], y en concreto, cuando no existe una vinculación contractual directa entre el genetista o el laboratorio demandado, y los padres, sino que es el mismo médico responsable del seguimiento del embarazo el que hace el encargo del análisis sin que en este encargo intervengan los padres. En tales casos, parece natural como estrategia de defensa del genetista o del laboratorio demandado, esgrimir su falta de legitimación pasiva cuando la acción ejercitada por los padres tiene su fundamento en las reglas de la responsabilidad *contractual*.

Sin embargo, así como vimos *supra* que el consabido principio de relatividad de los contratos no era suficiente para negar legitimación activa del *padre* en las acciones por *wrongful birth*, en la práctica tampoco ese principio

debiera servir, y de hecho no ha servido, para negar la legitimación pasiva de los genetistas y laboratorios en este mismo tipo de acciones. En este sentido, puede verse la STS (Sala 1.ª) de 19 de julio de 2007, en la que se condenó con fundamento en las reglas de la responsabilidad contractual, tanto al médico que realizó el seguimiento del embarazo *como al genetista* que realizó los estudios cromosómicos encargados por el primero, *sin que a ello obstara el que no existía relación contractual directa alguna entre el genetista y los padres*. En la llamada jurisprudencia *menor*, resulta muy ilustrativa la SAP de Málaga de 31 de marzo de 2000. En el caso tratado en esta sentencia, los padres demandaron tanto al médico responsable del seguimiento del embarazo como al genetista que emitió un informe claramente erróneo (pues según este informe, el nasciturus era un varón sin alteración cromosómica alguna, y sin embargo la madre dio a luz a una niña con síndrome de Down). Entre genetista y padres no se celebró contrato alguno, lo que fue alegado por el primero. Ello sin embargo no impidió que fuese condenado *solidariamente* con el médico encargado del seguimiento prenatal: «La consecuencia jurídica de que ninguno de los demandados haya demostrado un hecho concreto impeditivo de la normal responsabilidad civil, ni hayan aportado prueba suficiente para establecer una exoneración específica y atribuible a uno de ellos en concreto de la responsabilidad contractual expresada, tratándose de una responsabilidad contractual civil que ataña a quienes conjuntamente efectuaban una sola prestación, procede declarar la responsabilidad solidaria de ambos codemandados» (fundamento de derecho sexto).

VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y CITADA

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH (sección segunda) de 28 de agosto de 2012

2. Tribunal Constitucional

- STC 53/1985, de 11 de abril

3. Tribunal Supremo

- STS (Sala 1.ª) de 6 de junio de 1997
- STS (Sala 1.ª) de 17 de octubre de 2001
- STS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005
- STS (Sala 3.ª) de 10 de mayo de 2007
- STS (Sala 1.ª) de 6 de julio de 2007
- STS (Sala 1.ª) de 19 de julio de 2007
- STS (Sala 3.ª) de 5 de diciembre de 2007
- STS (Sala 1.ª) de 24 de octubre de 2008
- STS (Sala 3.ª) de 4 de noviembre de 2008
- STS (Sala 1.ª) de 4 de junio de 2009
- STS (Sala 3.ª) de 16 de junio de 2010
- STS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 2010

- STS (Sala 1.ª) de 31 de mayo de 2011
- STS (Sala 3.ª) de 16 de mayo de 2012
- STS (Sala 1.ª) de 14 de marzo de 2013
- STS (Sala 1.ª) de 18 de julio de 2019

4. Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso Administrativo)

- STSJ de Andalucía de 6 de octubre de 2006
- STSJ de Islas Baleares de 29 de abril de 2010
- STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2011
- STSJ de Castilla y León de 5 de abril de 2013
- STSJ de Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2015
- STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2015

5. Audiencias Provinciales

- SAP de León de 15 de septiembre de 1998
- SAP de Vizcaya de 18 de enero de 1999
- SAP de Málaga de 31 de marzo de 2000
- SAP de Las Palmas, de 25 de enero de 2005
- SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006
- SAP de Madrid de 28 de julio de 2008
- SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013
- SAP de Vizcaya de 7 de marzo de 2018
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2019

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, Á (2021). *Derecho de contratos*. Cizur Menor, Aranzadi.

CECCHINI ROSELL, X. (2003). El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo civil), de 7 de junio. Recurso de Casación núm. 3834/1996, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Civitas.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil, en *Diario la Ley*, núm. 3.

DUGUET, A.M. (2002). Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions, en *European Journal of Health Law*, núm. 9, 139-149.

ELIZARI URTASUN, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Derecho y salud*, vol. 19, extraordinario, núm. 1.

LOIS CABALLÉ, A.I. (2002). Comentario a los artículos 105 y 106 de la Ley del Contrato de Seguro, en Boquera Matarredona, J.; Bataller Grau, J.; Olavarría Iglesia, J. (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia, Tirant lo Blanch,.

MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de* wrongfil birth *y* wongful life). Valencia, Tirant lo Blanch.

MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1.ª, 18 de diciembre de 2003, en *InDret*, 217.

MORENO CATENA, V. (2015). Lección 3. Las partes procesales, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Procreación artificial y responsabilidad civil, en VV.AA. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco - Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Ponencias y comunicaciones*. Madrid, Trivium.

NOTAS

[1] En esto se diferencia las acciones de *wrongful birth* y las acciones de responsabilidad por *wrongful life*: en estas últimas, es el propio hijo (de ordinario, los padres en nombre suyo) el que se dirige frente al médico, por no haberle dado a sus progenitores la posibilidad de impedir su propio nacimiento, imponiéndole así una vida que supondrá, para él, padecimientos de distinto orden que, en opinión del demandante (el hijo) debieran ser indemnizados.

Estas acciones de responsabilidad por *wrongful life* son absolutamente rechazadas en el Derecho español. Pero han provocado un debate en torno a su admisibilidad, y en algunos ordenamientos, verdaderos problemas que han tenido que ser atajados por el Derecho positivo, negando frontalmente su posibilidad. Tal fue el caso del Derecho francés, y el conocido «*Caso Perruche*», decidido por la Corte de Casación francesa en sentencia de 17 de noviembre de 2000, en el que se reconoció que el niño puede reclamar directamente frente a los médicos por los daños resultantes de su discapacidad, en un caso en que la madre no fue debidamente informada durante el proceso de gestación y, por tanto, no tuvo la posibilidad real de poder interrumpir su embarazo. Esta decisión tuvo un rechazo general, hasta el punto que motivó que el Legislador interviniera, poniendo fin definitivamente a la posibilidad de las acciones por *wrongful life* en el Derecho francés a través de la ley 2002-3003 (marzo de 2002). Para una visión general de esta cuestión en el Derecho francés, véase DUGUET, A.M. (2002), Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions, en *European Journal of Health Law*, núm. 9, 139-149.

[2] A decir de la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005, [n]os hallamos (…) 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 entremezclan 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, (fundamento de derecho cuarto).

[3] Con mayores razones, también en aquellos sistemas en que la interrupción del embarazo quepa de forma libre, esto es, aun sin necesidad de estar apoyado en una razón eugenésica.

[4] Sobre el papel de la *lex artis* como criterio de imputación, véase más abajo el epígrafe correspondiente.

[5] 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.

[6] No se trata, por tanto, de un deber *accesorio* o *secundario*, como lo calificó la SAP de Vizcaya de 18 de enero de 1999 (fundamento de derecho quinto).

[7] *[P]odrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

[8] Fundamento de derecho tercero: «*Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre —ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata—, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad*». Y continúa: «*Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril, F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) […]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida […]»*. Concluye a continuación: «*No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al mínimum ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art. 16 de la Constitución)*».

[9] En esta sentencia se explica que con la actuación médica se «lesiona su derecho [el de la madre] de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo a sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que *como tal* causa un daño moral» (fundamento de derecho segundo).

[10] En esta resolución se identifican dos tipos de daño moral por *wrongful birth*: por un lado, un daño moral que procede de la «privación de la facultad de interrumpir el embarazo dentro del plazo legalmente establecido»; y por otro lado, un daño moral que tiene su origen en «el impacto o trauma psicológico inmediatamente ligado al conocimiento de las malformaciones en el momento del alumbramiento y en el padecimiento por la contemplación y angustia diaria por la condición gravemente discapacitada del hijo» (fundamento de derecho decimoctavo). Más adelante, se añade que para valorar concretamente el primero de los daños morales indemnizables, «pueden tenerse en cuenta como parámetros orientativos (…) los gastos patrimoniales especiales contrastados en Autos para la asistencia y educación del niño» (fundamento de derecho decimonoveno).

[11] En la doctrina, sigue teniendo mucho interés el trabajo de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil, en *Diario La Ley*, núm. 3, 1700 y siguientes.

[12] En este sentido, es de gran interés la monografía de DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Civitas, especialmente páginas 88 a 93, con cita a SCOGNAMIGLIO y a MARTÍN-CASALS.

[13] En este sentido, por todos, ELIZARI URTASUN, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Derecho y salud*, vol. 19, extraordinario, núm. 1.

[14] MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1.ª, 18 de diciembre de 2003, en *InDret*, 217, 7.

[15] *Op. cit.*, 1707.

[16] *Loc. cit.*

[17] En este sentido, con claridad, véanse las SSTS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005, 31 de mayo de 2011 y 14 de marzo de 2013.

En la llamada jurisprudencia menor, véanse las SSAAPP de Cádiz (17 de septiembre de 2002), Salamanca (29 de noviembre de 2006) y de Madrid (28 de junio de 2019).

En las resoluciones dictadas en los Tribunales Superiores de Justicia (jurisdicción contencioso-administrativa), véanse las sentencias de los Tribunales de Islas Baleares (29 de abril de 2010), País Vasco (13 de abril de 2011), Comunidad Valenciana (27 de octubre de 2015) y Madrid (28 de octubre de 2015).

[18] PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Procreación artificial y responsabilidad civil, en VV.AA. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco - Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Ponencias y comunicaciones*. Madrid, Trivium, 245 y sigs.

[19] CECCHINI ROSELL, X. (2003). El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo civil), de 7 de junio. Recurso de Casación núm. 3834/1996, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 181 y sigs.

[20] Este argumento fue el empleado en la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008 precisamente para negar que los padres tuvieran derecho a ser indemnizados en concepto de daño patrimonial: únicamente se valorará el daño causado a los padres por la pérdida de la oportunidad de decidir, ya que el resto reclamado por los actores no puede estimarse por cuanto, evidentemente, el error del médico no es la causa de la enfermedad que afectaba al feto (fundamento de derecho sexto).

[21] La importante STC 53/1985 ya ofrecía herramientas conceptuales suficientes para construir argumentos en el sentido apuntado.

[22] Ciertamente el Juzgado acabó condenando al médico. Pero lo que interesa resaltar aquí es que la forma descrita de construir el nexo de causalidad, abre la puerta a que este tipo de debates, y esta clase de argumentos, puedan darse en serio.

[23] En este sentido, véase la STS (Sala 1.ª) de 6 de junio de 1997, primera de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se enfrenta a una reclamación de responsabilidad por *wrongful birth*.

[24] Como ha explicado CARRASCO PERERA en sede de obligaciones de hacer, «[u]na vez producido y acreditado [el incumplimiento], ya no se pregunta supletoriamente por la culpa. No se trata con ello de expulsar de estas obligaciones el significado del deber de diligencia *profesional*, sino de reconducirlo a su lugar adecuado. El estándar de diligencia profesional que describa el servicio contratado determina el contenido mismo de la obligación, no el presupuesto de la culpa. El estándar de diligencia integra el contenido de la obligación en sentido objetivo, y no es un criterio de imputación subjetiva de la ilicitud material. El médico, el abogado, el arquitecto que no ponen en el cumplimiento de su deber *la diligencia profesional exigible* conforme a la *ex artis* incurren en un incumplimiento material. Incurren en contravención de la obligación, y cumplimiento defectuoso. Una vez que el hecho de este incumplimiento material se halla acreditado, una vez que se prueba que la prestación profesional no es conforme a la *lex artis*, ya no se pregunta si *además* de ello ese un incumplimiento culpable. Al haberse «retirado» la diligencia a cumplir funciones de integración del deber contractual, ya no puede, no tiene sentido, reduplicarla en funciones de *culpa-negligencia*» (CARRASCO PERERA, Á. (2021). *Derecho de contratos*. Cizur Menor, Aranzadi, § 19/15, 1023).

[25] Por todos, MORENO CATENA, V. (2015). Lección 3. Las partes procesales, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 90-91.

[26] Véase la interpretación que de este derecho se hace en la STEDH (sección segunda) de 28 de agosto de 2012.

[27] En la sentencia de la Audiencia de Gerona se conecta el reconocimiento de la legitimación activa del padre con el fundamento que el Tribunal Constitucional, en su sentencia

53/1985, empleó para justificar la constitucionalidad del aborto por razones eugenésicas: la imposición a la madre *y a la familia* de una situación (el nacimiento del hijo) que excede de lo que normalmente es exigible.

Por su parte, en la sentencia citada de la Audiencia de Madrid, puede leerse: «al tratarse de un caso en que lo que hubiera podido practicarse hubiese sido un aborto eugenésico o embriopático, el impacto psicológico y la obligación de cuidado más intenso del hijo, sin olvidar la inquietud, angustia y lógica preocupación por su futuro, pertenecen por igual a ambos progenitores (…)». Y se añade: «En situaciones familiares normales, el padre del niño participa activamente en el seguimiento del embarazo, de modo que se crea también una actitud de confianza en el médico que atiende a su mujer, confianza que se verá traicionada por la negligencia de aquel» (fundamento de derecho quinto).

[28] LOIS CABALLÉ, A.I. (2002). Comentario a los artículos 105 y 106 de la Ley del Contrato de Seguro, en Boquera Matarredona, Josefina; Bataller Grau, Juan; Olavarría Iglesia, Jesús (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1177 y sigs.

[29] En su fundamento de derecho vigesimoprimero puede leerse, a lo que ahora interesa, lo siguiente: Aunque resulta habitual la calificación del seguro de asistencia sanitaria como un seguro de enfermedad (al ser el riesgo asegurado la enfermedad de una persona), debe distinguirse claramente el seguro de asistencia sanitaria, en cuanto seguro asistencial o de prestación de servicios, del seguro de enfermedad en sentido estricto, por el cual el asegurador se obliga, dentro de los límites de la póliza, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica, y que se sitúa así en la órbita de los seguros de indemnización efectiva, aunque también comparte elementos de los seguros de sumas por cuanto el asegurador puede comprometerse en la póliza a entregar unas cantidades predeterminadas en la misma. Contribuye a la confusión el hecho relativamente frecuente en la práctica del ramo de que en una misma póliza se recojan conjuntamente ambos tipos de seguros (pólizas mixtas de enfermedad y asistencia sanitaria). Pero la diferencia es evidente, pues mientras en el seguro de enfermedad el asegurador se compromete a abonar ciertas cantidades y el precio de los gastos médicos y farmacéuticos derivados de la asistencia prestada al asegurado por terceros (ajenos a la aseguradora), en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obliga a prestar «directamente» los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, ya sea en su caso a través de sus propios centros médicos y personal facultativo adscrito a los mismos, o ya por medio de terceros profesionales concertados con la aseguradora a través de un contrato de arrendamiento de servicios.

[30] La entidad aseguradora (…) debe responder solidariamente por el error en el diagnóstico cometido por el facultativo que se encuentra dentro de su cuadro médico, ya que concurre responsabilidad por hecho ajeno derivada del contrato de arrendamiento de servicios con retribución por acto médico, que obliga a la aseguradora a prestar la asistencia no solo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino también a la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente (fundamento de derecho quinto).

[31] Esta sentencia se remite, y transcribe en la parte que ahora nos interesa, la doctrina sostenida en la ya citada STS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 2010.

[32] En la sanidad pública, la cuestión se ventila haciendo responsable a la propia Administración, como sucedió en el caso tratado en la STS (Sala 3.ª) de 10 de mayo de 2007.

1.7. Concursal

El nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad del Real Decreto Ley 19/2022*

The new Code of Good Practices for mortgage debtors at risk of vulnerability of the Royal Decree Law 19/2022

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El Real Decreto Ley 19/2022, de 22 de noviembre y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 regulan un nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad. El Código es de carácter transitorio y tiene por finalidad evitar el impago de los préstamos hipotecarios otorgados antes del 1 de enero de 2023 con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, y cuyo coste de adquisición no exceda de 300 000 euros. Ello mediante una novación del préstamo hipotecario a base de ampliaciones del plazo de amortización, reducción de las cuotas a pagar mediante carencias en la amortización de capital o conversión de los tipos de interés variable a tipos de interés fijos. Se trata de novaciones reglamentadas, pudiendo el deudor optar entre las diversas alternativas que establece el Código de Buenas Prácticas. El Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad es de adhesión voluntaria por los prestamistas, pero una vez adheridos estos, es de aplicación obligada si lo solicita el deudor, siempre que se reúnan los requisitos de elegibilidad de contratos y deudores indicados en el Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2022 y en el Real Decreto Ley 19/2022. En caso de cesión del crédito hipotecario a tercero, si el cedente es una entidad adherida al Código de Buenas Prácticas, cede su posición acreedora con la obligación de aplicación del Código, de manera que el deudor podría exigir la novación del préstamo hipotecario al cesionario del crédito, siempre que la solicitud se produzca durante el ámbito de aplicación temporal del Código de Buenas Prácticas.

ABSTRACT: Royal Decree Law 19/2022, of November 22 and the Agreement of the Council of Ministers of November 22, 2022 regulate a new Code of Good Practices for mortgage debtors at risk of vulnerability. The Code is of a transitory

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar» con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la catedrática de Derecho civil, Dra. Matilde CUENA CASAS.

nature and its purpose is to prevent non-payment of mortgage loans granted before January 1, 2023 with a mortgage guarantee on the habitual residence of the debtor or the non-debtor mortgager, and whose acquisition cost does not exceed 300,000 euros. This is done through a novation of the mortgage loan based on extensions of the amortization term, reduction of the installments to be paid through lacks in the amortization of capital or conversion of variable interest rates to fixed interest rates. These are regulated novations, with the debtor being able to choose between the various alternatives established by the Code of Good Practices. The Code of Good Practices for mortgage debtors at risk of vulnerability is voluntarily adhered to by lenders, but once adhered to, it is mandatory to apply if requested by the debtor, provided that the contract and debtor eligibility requirements indicated in the Annex to the Agreement of the Council of Ministers of December 22, 2022 and in Royal Decree Law 19/2022. In the event of assignment of the mortgage loan to a third party, if the assignor is an entity adhering to the Code of Good Practices, it assigns its creditor position with the obligation to apply the Code, so that the debtor could demand the novation of the mortgage loan from the assignee of the credit, provided that the request occurs during the temporary scope of application of the Code of Good Practices.

PALABRAS CLAVE: Código de Buenas Prácticas. Riesgo de vulnerabilidad. Tipo de interés variable. Tipo de interés fijo.

KEY WORDS: Code of Good Practices. Vulnerability risk. Variable interest rate. Fixed interest rate.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA DEUDORES HIPOTECARIOS EN RIESGO DE VULNERABILIDAD.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO, OBJETIVO Y TEMPORAL.—IV. CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS: 1. Préstamos elegibles. 2. Deudores elegibles.—V. LA NOVACIÓN RESULTANTE DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS: 1. Opciones de novación del préstamo hipotecario con que cuenta el deudor. 2. Formalización del acuerdo de novación. 3. Límites imperativos al contenido de la novación. 4. Efectos de la novación.—VI. INFORMACIÓN QUE DEBEN SUMINISTRAR LOS PRESTAMISTAS ADHERIDOS AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—VII. SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—VIII. CONSECUENCIAS DE LA SOLICITUD INDEBIDA DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADHERIDAS.—X. EL FOMENTO DE LA CONVERSIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A TIPOS DE INTERÉS FIJOS.—XI. CONCLUSIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley 19/2022, de 22 de noviembre (BOE de 23 de noviembre de 2022) ha introducido en el ordenamiento jurídico español, si bien de forma no permanente sino transitoria, un nuevo Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

La justificación del mismo se encuentra, según el Preámbulo del propio Real Decreto Ley, en que en la zona euro el Banco Central Europeo inició en julio de 2022 un ciclo de subidas en sus tipos de interés de referencia que se han trasladado con rapidez a los mercados monetarios y de deuda. Ello ha conducido a una dinámica alcista del Euribor al que están referenciadas 3,7 millones de hipotecas en España (la gran mayoría de las hipotecas a tipo variable en España), subiendo más de trescientos puntos básicos en apenas diez meses, acercándose al 3 % tras haber permanecido seis años en terreno negativo. El alza del Euribor está dando lugar a un aumento en las cuotas hipotecarias mensuales, lo que puede tener un impacto significativo en la situación financiera de las familias con hipotecas a tipo variable. De ahí que se considere urgente la adopción de un conjunto de medidas que permitan el alivio de la carga financiera de los deudores hipotecarios *en riesgo de vulnerabilidad por dicha subida de tipos* (es decir, que se encuentran en un estadio anterior al que es objeto de consideración por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos) así como facilitar la adaptación de todas las familias con tipos de interés variable a un nuevo entorno en el que se fomenta el tipo de interés fijo.

La rápida subida del Euribor se traslada de manera automática al tipo de interés aplicable a las hipotecas formalizadas a tipo variable a medida que se actualiza el nivel de referencia del Euribor, que en la mayor parte de los casos sucede una vez al año. Esto provoca que desde el último trimestre de 2022 y durante el primer semestre del año 2023 se vaya a incrementar de manera sustancial el coste de las hipotecas referenciadas a tipo variable.

Se establece, pues, por el Real Decreto Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios, *un nuevo Código de Buenas Prácticas de naturaleza transitoria, con una duración de dos años*, al cual podrán acogerse los prestatarios que cumplan con los requisitos de elegibilidad que se establezcan por Acuerdo del Consejo de Ministros, que se referirán a niveles de renta y al aumento del esfuerzo hipotecario asociado a la subida de tipos de interés, de modo que puedan llevarse a cabo operaciones de refinanciación y reestructuración de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable sobre vivienda habitual.

Las medidas diseñadas se configuran como buenas prácticas a las que voluntariamente podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por la comisión de control que se ocupa de la evolución del Código de Buenas Prácticas que se introdujo por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Junto a este nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad se facilita de forma generalizada la conversión de créditos a tipo variable, a créditos a tipo fijo y la amortización anticipada de los préstamos hipotecarios vivos, adoptándose medidas en relación con el régimen de compensaciones y comisiones de reembolso anticipado, que se regula en el artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo. En este sentido, el artículo 1 del Real Decreto Ley señala que «el objeto del presente Real Decreto Ley es la

adopción de medidas para hacer frente a la situación de los hogares con deuda instrumentada en préstamos o créditos con hipoteca inmobiliaria sobre vivienda habitual generada por el alza acelerada de los tipos de interés».

II. NATURALEZA DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA DEUDORES HIPOTECARIOS EN RIESGO DE VULNERABILIDAD

El nuevo Código de Buenas Prácticas tiene naturaleza coyuntural y transitoria y una duración de 24 meses a computar desde el día siguiente al de publicación de la resolución de 23 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022, por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad (BOE de 24 de noviembre de 2022). Por lo tanto, la vigencia del nuevo Código de Buenas Prácticas se extiende desde el 25 de noviembre de 2022 al 25 de noviembre de 2024 (art. 2 y 3 RD Ley 19/2022), si bien conforme al apartado segundo del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros que recoge la regulación del nuevo Código de Buenas Prácticas, este tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2024, es decir más de 2 años. Existe, pues, una contradicción entre el texto del Real Decreto Ley y el texto del Acuerdo del Consejo de Ministros que debe resolverse en favor de aquel por ser norma de rango superior.

El Código es de adhesión voluntaria pudiendo adherirse las entidades de crédito y demás entidades o personas físicas que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO, OBJETIVO Y TEMPORAL

El nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad se aplica en cuanto a la posición deudora, a las personas físicas que sean titulares de préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, bien sobre la vivienda habitual del deudor o bien sobre la vivienda habitual del hipotecante no deudor y cuyo precio de adquisición no exceda de 300 000 euros y que se hayan otorgado hasta el 31 de diciembre de 2022 (art. 3.1 RD Ley 19/2022).

Significa esto que aunque la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual de un tercero distinto del deudor, este tiene derecho a la aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto Ley, en cuanto ello permite modificar y aliviar la responsabilidad hipotecaria que soporta el hipotecante no deudor sobre su vivienda habitual, evitando una temprana ejecución de la misma.

En cuanto al préstamo hipotecario deberá «haberse constituido» hasta el 31 de diciembre de 2022. La expresión plantea la duda de si basta que el otorgamiento de escritura de préstamo hipotecario sea previa al 1 de enero de 2023 o es preciso también que se haya constituido la hipoteca mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad antes del 1 de enero de 2023. En mi opinión, a pesar de la expresión legal, el legislador piensa en el otorgamiento de las escrituras, el cual deberá producirse a más tardar el 31 de diciembre de 2022.

Otorgado, pues, el préstamo hipotecario en dicho lapso temporal, los deudores que entren dentro del ámbito de aplicación del Código, podrán solicitar la aplicación del mismo hasta el 25 de noviembre de 2024, incluido (*dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur*) (art. 3.3 RD Ley 19/2022).

Pero de acuerdo con el artículo segundo del Anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros publicado por la resolución de 23 de noviembre de 2022, los deudores podrán instar la novación de su préstamo hipotecario a partir del momento en que se publique la lista de entidades adheridas a que nos referimos más adelante y hasta el 31 de diciembre de 2024.

En cuanto a la posición acreedora, el Código es de adhesión voluntaria, como hemos indicado antes, para las entidades de crédito y demás entidades o personas físicas sujetas a supervisión del Banco de España que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y que cuenten en su cartera con operaciones incluidas en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 de este Real Decreto Ley, es decir, préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, bien sobre la vivienda habitual del deudor o bien sobre la vivienda habitual del hipotecante no deudor y cuyo precio de adquisición no exceda de 300 000 euros y que se hayan otorgado hasta el 31 de diciembre de 2022 (art. 4.1 RD Ley 19/2022)[1].

Dichas entidades o prestamistas comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional. La adhesión de la entidad o prestamista se entenderá hasta la fecha de validez prevista para el Código de Buenas Prácticas, o sea, 25 de noviembre de 2024, salvo denuncia expresa del mismo notificada por escrito a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional con una antelación mínima de tres meses (art. 4.6 RD Ley 19/2022).

Para la comunicación de la adhesión, las entidades o personas físicas que tuvieran en su cartera préstamos hipotecarios sobre vivienda de personas físicas, dispondrán de cuatro semanas a contar desde la publicación en el BOE del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad (resolución de 23 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa), previsto en el Anexo de dicho Acuerdo.

Los detalles para la comunicación de la adhesión se harán públicos en la página web de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional.

La Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades y prestamistas adheridos en la sede electrónica de la Secretaria General del Tesoro y Financiación Internacional y en el BOE.

Con carácter excepcional la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional podrá autorizar la apertura de nuevos períodos de adhesión para aquellas entidades que hubieran reconsiderado su decisión inicial, y, tras el cierre de los mismos, actualizará la información publicada en su página web (apartado 1 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022).

Las entidades o prestamistas que iniciasen su actividad con posterioridad al mencionado plazo de cuatro semanas, podrán solicitar su adhesión en cualquier momento hasta la finalización de la vigencia del Código de Buenas Prácticas, o sea hasta el 25 de noviembre de 2024. Si bien, en contradicción con lo anterior, en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 (Exposición de Motivos del Anexo por el que se regula el Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad), se señala «los sujetos adheridos se comprometen a ofrecer las medidas recogidas en este acuerdo del Consejo de Ministros a los deudores potencialmente beneficiarios *hasta el 31 de diciembre de 2024*».

Desde tal adhesión, y una vez que el deudor acredite que cumple con las condiciones de elegibilidad de operaciones y deudores establecidos en el Código de Buenas Prácticas, la parte acreedora estará obligada a aplicar las medidas recogidas en el mismo en los términos previstos. Cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato corriendo los costes de formalización a cargo de la parte que lo solicite (art. 4.3 RD Ley 19/2022).

La adhesión al Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad supone también para los prestamistas adherentes la asunción de determinados compromisos para mejorar la coordinación con otras entidades, con el fin de ofrecer alternativas a los clientes que tienen en común y cuya situación financiera ha resultado especialmente perjudicada por la crisis inflacionaria (preámbulo del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 que regula el nuevo Código de Buenas Prácticas).

El contenido del Código resultará de aplicación exclusiva a los prestamistas, deudores y contratos que hemos mencionado, no procediendo la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo *a ningún otro ámbito,* lo que no parece impedir una interpretación extensiva del Código y de las normas que lo regulan siempre y cuando los supuestos que se entiendan incluidos en el ámbito de aplicación de la norma no se refieran a ámbitos distintos de los determinados en los artículos 2, 3.1, 3.3 y 4.1 y 4.3 del Real Decreto Ley 19/2022.

Desde la adhesión, el contenido del Código de Buenas Prácticas se incorporará a toda la cartera de contratos del sujeto adherido y será oponible a terceros cesionarios del crédito, de manera que incluso no habiendo solicitado la aplicación del mismo a la parte acreedora, si esta cediese a tercero dicho crédito hipotecario, el deudor tendrá derecho a instar la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas durante el tiempo de vigencia del mismo frente al cesionario del crédito. De modo que las medidas se continuarán disfrutando aunque haya cesión del crédito a tercero y podrán exigirse al tercero cesionario, ya que la posición acreedora se cede con el deber incorporado de aplicación del Código de Buenas Prácticas del mismo modo que se cede con el deber de facilitar al deudor la liberación de la obligación (arts. 7.1 y 1258 CC)[2].

No obstante, el propio Real Decreto Ley en su artículo 4.8 prevé que las entidades o prestamistas adheridos podrán potestativamente aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a operaciones y deudores distintos de los que se definan por Acuerdo del Consejo de Ministros.

De acuerdo con el artículo 3.2.a) del Real Decreto Ley 19/2022, las condiciones aplicables y los requisitos a cumplir por los deudores para acogerse al Código de Buenas Prácticas se desarrollarán por Acuerdo del Consejo de Ministros, que deberá definir quiénes son los deudores en riesgo de vulnerabilidad en función de su renta familiar y evolución del esfuerzo hipotecario, entre otros factores. Dicho Acuerdo es el de 22 de noviembre de 2022, publicado por la resolución de 23 de noviembre de 2022, mencionada.

IV. CONTENIDO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

El Código de Buenas Prácticas tiene por objetivo facilitar los pagos de aquellos préstamos hipotecarios que, siendo viables, han experimentado un brusco aumento de las cuotas hipotecarias en relación con la renta familiar, asegurando la continuidad de los pagos.

De acuerdo con el artículo 3.1.b) del Real Decreto Ley 19/2022, el Acuerdo del Consejo de Ministros desarrollará «las medidas aplicables, que podrán consistir, entre otras, en la extensión de plazos de amortización, en el establecimiento de cuotas fijas temporales o un régimen particular para el tipo de interés aplicable y en la presentación de ofertas de conversión de los préstamos a tipo fijo».

1. Préstamos elegibles

De acuerdo con el apartado primero del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022, resultan elegibles para adherirse a este código los préstamos hipotecarios descritos en el artículo 3 del Real Decreto Ley 19/2022, de 22 de noviembre, es decir, los préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual del deudor persona física o del hipotecante no deudor persona física, cuyo precio de adquisición no exceda de 300 000 euros, y que se hayan otorgado antes del 31 de diciembre de 2022.

2. Deudores elegibles

Son deudores elegibles aquellos que se encuentran en riesgo de vulnerabilidad, concretándose dicho riesgo, en la concurrencia en los mismos de las siguientes circunstancias:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de 3,5 veces el IPREM anual de 14 pagas, entendiéndose por unidad familiar «la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar»[3]. El límite de ingresos se eleva a 4,5 veces el IPREM de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. Dicho límite de ingresos será de 5,5 veces el IPREM de catorce pagas, en el caso de que un deudor hipotecario (o sea que bastaría que fuera uno de los dos cónyuges si los dos integran la parte deudora) sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite al deudor o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Se entenderá que se ha producido una alteración significativa de dichas circunstancias económicas cuando la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,2. En cuanto a las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad se entiende por tales: 1.º.- Que a alguno de los miembros de la unidad familiar en los cuatro años anteriores al momento de solicitar la aplicación del Código le haya sido declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para

realizar una actividad laboral. 2.º.- Que alguno de los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad del titular de la hipoteca o su cónyuge y que vivan en la misma vivienda familiar hipotecada, se encuentren en dicho período referido de cuatro años previos a la solicitud de aplicación del Código, en situación personal de discapacidad, dependencia o enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral. 3.º.- Que en dicho período de cuatro años alguno de los miembros de la unidad familiar haya sido víctima de violencia de género o víctima de trata o de explotación sexual. Parece que la unidad familiar a la que se refieren estas circunstancias es la existente al momento de otorgamiento del préstamo y debe haber sufrido el cambio de circunstancias económicas o la situación de vulnerabilidad en los cuatro años previos al momento de la solicitud. A efectos del cumplimiento de los requisitos de vulnerabilidad indicados antes «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 30 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

A efectos de acreditar documentalmente el cumplimiento de estos requisitos el artículo primero.4 del Anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 remite al artículo 3.3 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos[4].

Por otro lado, el artículo 4.3.2.º del Real Decreto Ley 19/2022 señala que «a fin de acreditar que cumple con las condiciones de elegibilidad, el deudor podrá autorizar al sujeto adherido, expresamente y por escrito, a que obtenga información directamente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Entidades Gestoras de la Seguridad Social y Registros de la Propiedad y Mercantiles».

V. LA NOVACIÓN RESULTANTE DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Una vez realizada la petición de novación hipotecaria y acreditado por el deudor que se cumplen con las condiciones de elegibilidad mencionadas, la parte acreedora aplicará las medidas recogidas en el Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad, en los términos en él previstos (art. 4.3 RD Ley 19/2022).

Antes de realizar la operación de novación amparada por el Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad, la parte acreedora deberá entregar al deudor información simplificada sobre las medidas alternativas que ofrece dicho Código y sobre las que puede optar para novar las condiciones del préstamo. Dicha información deberá incluir, por lo menos, las consecuencias jurídicas y económicas de las distintas alternativas de novación ofrecidas; y, en su caso, las condiciones de la prórroga del seguro de protección de pagos o de amortización de préstamo que inicialmente se hubiera contratado con el préstamo cuya novación se haya solicitado (art. 5.1 RD Ley 19/2022).

Una vez estudiadas las alternativas y optado en firme el deudor por una de ellas, la entidad le entregará una propuesta de acuerdo de novación del préstamo (art. 5.1.2.º RD Ley 19/2022). En todo caso, la formalización de la novación deberá

realizarse en un plazo de quince días desde la solicitud de novación (art. Segundo.2 del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022).

La mencionada información simplificada y la propuesta de acuerdo de novación serán entregadas gratuitamente por la parte acreedora al deudor por cualquier medio, incluidos los telemáticos y los servicios de banca electrónica de que disponga el sujeto adherido al Código de Buenas Prácticas, siempre que permitan acreditar el contenido y la puesta a disposición del deudor (art. 5.2 RD Ley 19/2022).

1. Opciones de novación del préstamo hipotecario con que cuenta el deudor

De acuerdo con el apartado tercero del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 los deudores hipotecarios elegibles pueden elegir novar su préstamo hipotecario con una u otra de las siguientes fórmulas:

a) Ampliación del plazo total de amortización del préstamo hipotecario hasta un máximo de 7 años más.

b) Ampliación del plazo total de amortización del préstamo hipotecario hasta un máximo de 7 años más, con fijación de la cuota de amortización en el importe que tuviere a 1 de junio de 2022, por un período de 12 meses desde el momento en que se realice la novación, a través de una carencia total o parcial en la amortización de capital.

c) Ampliación del plazo total de amortización del préstamo hipotecario hasta un máximo de 7 años más, con fijación de la cuota de amortización en el importe de la primera cuota para aquellos préstamos en los que dicha primera cuota se cargue al deudor con posterioridad al 1 de junio de 2022, por un período de 12 meses desde el momento en que se realice la novación, a través de una carencia total o parcial en la amortización de capital.

d) Ampliación del plazo de amortización del préstamo hipotecario hasta un máximo de 7 años con aplicación exclusiva de una carencia total de amortización del principal durante 12 meses, siempre que la carencia total de amortización del capital durante dicho período no sea suficiente para fijar la cuota en los importes señalados antes.

e) En los cuatro supuestos anteriores el principal no amortizado devengará intereses a un tipo de interés inferior al tipo de interés al que esté referenciado el préstamo, tal que suponga una reducción del 0,5 por cien del valor actual neto del préstamo de acuerdo con la normativa vigente. En todo caso, la ampliación del plazo de amortización no puede suponer una reducción del importe de la cuota por debajo de aquella que se estuviera pagando a fecha 1 de junio de 2022.

f) Conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo, pasando de un tipo de interés variable revisable periódicamente a un tipo de interés fijo. En este caso, la oferta realizada por la entidad podrá tener el tipo fijo que oferte libremente la entidad. La oferta que realice la entidad en el caso de solicitarlo el deudor deberá ser clara, transparente y comparable, pudiendo permitir al deudor conocer las consecuencias y el alcance de la novación que se le ofrece al amparo de la misma. Conforme a lo dispuesto en el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 19/2022, la Comisión de Seguimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria del Real Decreto Ley 6/2012 podrá requerir a las entidades información individualizada sobre las ofertas presentadas en el marco de este apartado.

g) En todo caso, la novación del préstamo no podrá extender el plazo total del préstamo más allá de 40 años desde la fecha de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.

2. Formalización del acuerdo de novación

El acuerdo de novación deberá ser firmado por el prestamista y los fiadores o avalistas existentes, en su caso (arts. 1826, 1827 y 1851 CC). El acuerdo podrá documentarse en escritura privada y firmarse de forma manuscrita, o bien en documento electrónico firmado electrónicamente. También cabe que el consentimiento se recabe por el sistema de otorgamiento del consentimiento que tuvieran fijado contractualmente el sujeto adherido al Código de Buenas Prácticas y el deudor o por cualquier otro medio que permita obtener válidamente el consentimiento. En todo caso, el medio empleado deberá permitir dejar constancia del contenido de la novación y de la fecha en que esta se ha otorgado (art. 5.3 RD Ley 19/2022).

Para su inscripción en el Registro de la Propiedad el acuerdo de novación deberá constar en documento público, pudiendo compelerse cualquiera de las partes a la formalización en escritura pública, y corriendo los costes de la elevación a escritura pública a cargo de la parte que lo solicite (arts. 4.3 y 5.3 RD Ley 19/2022, y 1278, 1279 y 1280 CC). Si bien en el artículo 4.a) RD Ley 19/2022, se señala que «los derechos arancelarios y demás conceptos notariales y registrales derivados de la formalización e inscripción de las novaciones que se realicen al amparo del Código de Buenas Prácticas serán satisfechos *en todo caso por el acreedor*». Parece, pues, que una combinación de ambos preceptos nos llevaría a la solución de que es de cargo del prestamista el coste de los aranceles notariales de la escritura de novación, siendo los gastos de las copias de quien las solicite. Y los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad corresponderán también al prestamista (lo que es conforme con la distribución de gastos hipotecarios que hace el artículo 14.e] de la Ley 5/2019).

La formalización de la novación al amparo del Código de Buenas Prácticas no estará sometida a lo previsto en los artículos 10, 11, 12, 14 y 15 y el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (art. 5.5 RD Ley 19/2022).

De acuerdo con el mencionado artículo 5.5 del Real Decreto Ley 19/2022 se trata de que el prestamista no estará obligado a facilitar la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) a la que se refiere el artículo 10 y el Anexo I de la Ley 5/2019. En este caso no se exige a la entidad ofrecer información personalizada para comparar contratos de préstamo existentes en el mercado, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de celebrar un determinado contrato de préstamo, en la medida en que no estamos en presencia de una novación pactada en la cual el prestamista debe informar al prestatario de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente (disposición transitoria primera.2 en relación con los artículos 11 y 14 Ley 5/2019), sino que se trata de realizar una novación reglamentada por el Código de Buenas Prácticas y en los términos en que este concede al deudor.

Tampoco resulta necesario realizar una evaluación de la solvencia del prestatario (arts. 11 y 12 Ley 5/2019), la cual ya se realizó en su día, evaluando su capacidad de reembolso, pues de lo que se trata es de resolver una situación en

la que hay dificultades de pago y en la que el deudor tiene un derecho potestativo otorgado por el Código de Buenas Prácticas a instar la modificación de una relación jurídica preexistente.

Tampoco es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de transparencia material (arts. 14 y 15 Ley 5/2019), que se verificaron igualmente en su día. No es necesaria la entrega con una antelación mínima de 10 días naturales respecto al momento de la firma de la escritura de novación, ni de la FEIN ni de la FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas). Pero sí sería preciso poner a disposición del prestatario el documento a que se refiere el artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019 «con una referencia especial a las cuotas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés», en la medida en que en el apartado tercero del Anexo.b).2.º se indica que «la oferta que realice la entidad en el caso de que el deudor hipotecario así lo solicite para valorar acogerse a esta opción [de cambio de tipo de interés variable a tipo de interés fijo] deberá ser clara, transparente y comparable, pudiendo permitir al deudor conocer las consecuencias y el alcance de la novación que se le ofrece al amparo de la misma». De manera que se debería facilitar al deudor la información relativa a las cuotas a satisfacer en el nuevo escenario de alza del Euribor y de los demás índices de referencia, así como de las cuotas a satisfacer con el tipo fijo ofrecido por la entidad prestamista de forma que se permita al deudor hipotecario elegir el cambio de fórmula de cálculo del tipo de interés con total transparencia material (conocimiento de la carga jurídica y económica que la nueva cláusula determinante del precio del préstamo puede comportarle).

Igualmente, no es obligatorio recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública de novación ni que el notario otorgue el acta previa acreditativa del cumplimiento de los requisitos de transparencia material, de manera que no resultará aplicable el artículo 15.5 de la Ley 5/2019 según el cual si no quedare acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones que el artículo 14.1 de la Ley 5/2019 impone a la entidad prestamista o si no compareciere el deudor para recibir el asesoramiento personalizado, gratuito y obligatorio no podrá autorizarse la escritura de préstamo. En resumen, no es preciso el otorgamiento del acta previa para el otorgamiento de la escritura de novación. En este sentido, no es aplicable la disposición transitoria primera.2 que sí considera aplicables estas previsiones legales a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor (16 de junio de 2019) si son objeto de novación.

La SAP de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 653/2016, de 5 de diciembre, señaló en relación con una novación modificativa forzosa derivada de la aplicación del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, novación realizada con la deudora situada en el umbral de exclusión pero no así con el deudor solidario (que no formaba parte ya de la unidad familiar) que «resulta necesario la intervención de los mismos sujetos que en la obligación primitiva ya que "los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan" (art. 1257 CC). Nuestro ordenamiento no admite la posibilidad de extender los efectos de una novación modificativa si todos los deudores primitivos no han prestado su consentimiento. Tan solo se admite la novación consistente en sustituir al deudor sin conocimiento de este y siempre con el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), pero en el caso que nos ocupa no se produce dicha situación en cuanto que D. Héctor permanece como deudor solidario. Por lo tanto, resulta

perfectamente ajustada a derecho la calificación negativa del Registrador en cuanto que atiende al principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en cuya virtud, la modificación de un asiento registral ha de hacerse con el consentimiento de su titular tal y como ha señalado la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado apuntada en la sentencia apelada».

3. Límites imperativos al contenido de la novación

De acuerdo con el artículo 5.4 del Real Decreto Ley 19/2022, las operaciones de novación amparadas por el Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad, no podrán:

a) Suponer una modificación del tipo de interés pactado, salvo las previstas en el Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 y que hemos explicado antes.

b) Conllevar el cobro de gastos o comisiones excepto que se trate de un préstamo sin interés y el efecto del gasto o comisión no suponga un aumento de la TAE acordada en el contrato inicial o que se trate del abono de la prima derivada de la prórroga del contrato de seguro de protección de pagos o de amortización de préstamo que inicialmente se hubiera contratado con el préstamo cuya novación se haya solicitado.

c) Comercializarse junto con cualquier otro nuevo producto vinculado o combinado.

d) Exigir el establecimiento de otras garantías adicionales, personales o reales, que no constasen en el contrato original.

4. Efectos de la novación

La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados (art. 4.5 Ley 19/2022)[5]. Es decir, la hipoteca no perderá el rango hipotecario en ningún caso, ya que el artículo 5.6 del Real Decreto Ley 19/2022 señala que la inscripción de la escritura en el correspondiente Registro de la Propiedad tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no se cuente con el consentimiento de estos, y ello pese a que la novación *implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación, no necesitándose el consentimiento otorgado por los titulares de derechos inscritos con rango posterior a la hipoteca que se nova, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango una vez efectuada la novación.*

VI. INFORMACIÓN QUE DEBEN SUMINISTRAR LOS PRESTAMISTAS ADHERIDOS AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Los sujetos adheridos al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre su adhesión o no al Código y la posibilidad

de acogerse al mismo. Esta información habrá de facilitarse tanto de manera individualizada como a través de su red comercial de oficinas y en su página web en la forma y en los términos que determina el Real Decreto Ley 19/2022, el cual precisa en su artículo 4.9 que «las entidades o prestamistas adheridos al Código de Buenas Prácticas habrán de informar a todos los clientes titulares de préstamos hipotecarios sobre la existencia de este Código y la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en él, mediante una comunicación individualizada y específica, en el plazo de un mes desde su adhesión al Código, facilitando un teléfono y una dirección de correo electrónico donde responder a dudas y recibir las solicitudes de los clientes. Además se facilitará información sobre las medidas en un lugar destacado de su sitio web y a través de su red comercial de oficinas». El plazo de un mes parece que se contabilizará desde la publicación del listado de entidades y prestamistas adheridos en el Boletín Oficial del Estado (art. 2 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 y art. 4.9 del RD Ley 19/2022).

VII. SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de los sujetos adheridos será supervisado por la Comisión de control para el seguimiento del Código de Buenas Prácticas establecida en el artículo 6 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

La Comisión de Control recibirá y evaluará la información que los sujetos adheridos remitirán al Banco de España, con carácter mensual, y que versará sobre el número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas en aplicación del Real Decreto Ley 19/2022 y del Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad; así como relación y desglose de las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el artículo 6.4 del Real Decreto Ley. Se trata de las reclamaciones que pueden formularse ante los servicios de reclamaciones o defensores de los clientes de los sujetos adheridos y posteriormente, ante el Banco de España o, en su caso, ante los órganos o entidades que de acuerdo con la normativa en materia de reclamaciones resulte sectorialmente aplicable, sobre el presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas. El suministro de información no requerirá el consentimiento previo del deudor ni de las personas que formen parte de la unidad familiar (apartado primero.3.a) del Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022) por ser un tratamiento de datos de los referidos en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE[6].

La Comisión de control podrá resolver consultas interpretativas sobre este Código de Buenas Prácticas e incorporará las mismas al actual Compendio de Consultas interpretativas y respuestas dadas a las mismas sobre el Código de Buenas Prácticas regulado en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo (art. 6.5 RD Ley 19/2022).

VIII. CONSECUENCIAS DE LA SOLICITUD INDEBIDA DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado de las previsiones del Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad sin reunir los requisitos de elegibilidad señalados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022, será responsable de los daños y perjuicios que se hubiesen podido ocasionar al prestamista así como de los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización (aranceles notariales, aranceles registrales, …), sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar. El importe de los daños, perjuicios y gastos no podrá resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma (art. 7 RD Ley 19/2022).

También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en la condición de deudor hipotecario elegible por estar en riesgo de vulnerabilidad con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito (art. 7 RD Ley 19/2022).

IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADHERIDAS

De acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto Ley 19/2022, «lo previsto en los apartados 3, 7 y 9 del artículo 4, y en el artículo 6.3, tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha ley».

El artículo 4.3 del Real Decreto Ley 19/2022 se refiere a la obligatoriedad para la entidad adherida al Código de Buenas Prácticas de aplicar las medidas recogidas en el mismo cuando se cumplan las condiciones de elegibilidad de operaciones y deudores; el artículo 4.7 de la misma norma, al derecho del deudor a solicitar la novación del préstamo hipotecario durante toda la vigencia del Código de Buenas Prácticas y a la adopción de las medidas necesarias por parte de la entidad adherente para salvaguardar los derechos de los deudores en caso de cesión del crédito a tercero y el artículo 4.9 a la obligación de información a todos los clientes titulares de préstamos hipotecarios sobre la existencia del Código y la posibilidad de acogerse al mismo. El artículo 6.3 del mencionado Real Decreto Ley se refiere a la remisión al Banco de España, mensualmente, de la información sobre número, volumen y características de las operaciones solicitadas, ejecutadas y denegadas y de las reclamaciones tramitadas ante los servicios de reclamaciones o defensores de los clientes de las entidades adheridas[7].

X. EL FOMENTO DE LA CONVERSIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A TIPOS DE INTERÉS FIJOS

El artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha sido modificado en su apartado 6 para reducir la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada.

El precepto prevé la posibilidad de reembolso o amortización anticipada en el caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable. En tales casos la mencionada compensación o comisión, antes fijada como máximo en la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, siempre que tal novación o subrogación de tercero en los derechos del acreedor tuviere lugar durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, ha sido reducida al fijar como límite a la misma el 0,05 por ciento del capital reembolsado anticipadamente. Además se añade que «si en la novación no se produjera amortización anticipada de capital [sino simplemente sustitución de un tipo variable por otro fijo], *no podrá cobrarse comisión alguna por este concepto*».

Transcurridos los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo.

Además, de acuerdo con la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 19/2022, «a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto Ley (24 de noviembre de 2022) y hasta el 31 de diciembre de 2023, no se devengarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable previsto para los supuestos de hecho contemplados en los apartados 5 y 6 del artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No se devengará durante este período ningún tipo de comisiones por la conversión de tipo variable a tipo fijo de dichos préstamos y créditos».

Es decir, hasta el 31 de diciembre de 2023 queda en suspenso la posibilidad de cobrar las comisiones o compensaciones establecidas en los artículos 23.5 y 23.6 (reformado) de la Ley 5/2019, preceptos que hacen referencia al reembolso o amortización anticipada total o parcial del capital en préstamos a tipo de interés variable (art. 23.5), así como a novación del tipo de interés aplicable o subrogación de un tercero en la posición acreedora cuando se trate de aplicar durante el resto de vida del préstamo un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable y haya reembolso anticipado (art. 25.6).

Junto a estas medidas el Real Decreto Ley 19/2022 modifica la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Señala TAPIA HERMIDA que esta Ley cumple ahora la finalidad, en un contexto de alza generalizada de los tipos de interés, de que los ciudadanos puedan sustituir los intereses a tipo variable ascendentes por tipos fijos, y que para alcanzar este objetivo era preciso «apartar dos obstáculos que hacían inviable el cambio de hipoteca y que eran, por una parte, la fuerte comisión por amortización anticipada que establecía el contrato de préstamo y, por otra parte, la duplicación de los gastos que implicaba la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo»[8].

Para ello el Real Decreto Ley 19/2022 modifica la Ley 2/1994 en los dos sentidos siguientes. En primer lugar, ajusta su ámbito de aplicación a las hipotecas concedidas por los prestamistas inmobiliarios definidos en el artículo 4.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, indicando en su artículo 1: «Los prestamistas inmobiliarios, definidos en los términos del artículo 4.2) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, podrán *ser*

subrogados por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos por otros prestamistas análogos, con sujeción a lo dispuesto en esta ley»[9]. En segundo lugar, se introducen modificaciones en el artículo 2 de la Ley 2/1994, estableciendo un proceso transparente que pasa por tres fases:

a) Presentación por la entidad dispuesta a subrogarse en la posición acreedora de una oferta vinculante «en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario, junto a un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora».

b) «Expedición por la entidad acreedora de la certificación del importe debido por el deudor».

c) «Enervación por la entidad acreedora o ejecución por la entidad oferente de la subrogación». Esto es, la entidad acreedora podrá ejercitar su derecho a enervar la subrogación formalizando novación modificativa del préstamo hipotecario en el plazo de 15 días desde la entrega de la certificación. O bien, la entidad oferente subrogada declarará en la escritura de subrogación haber pagado a la entidad acreedora la cantidad acreditada por esta, bastando para que la subrogación surta efectos que se incorpore a la escritura un resguardo del pago[10].

XI. CONCLUSIONES

1. El Real Decreto Ley 19/2022 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 regulan un nuevo Código de Buenas Prácticas de carácter coyuntural que tiene por finalidad evitar el impago de los préstamos hipotecarios otorgados antes del 1 de enero de 2023 con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, y cuyo coste de adquisición no exceda de 300 000 euros, mediante una novación del préstamo hipotecario a base de ampliaciones del plazo de amortización, reducción de las cuotas a pagar mediante carencias en la amortización de capital y conversión de los tipos de interés variable a tipos de interés fijo.

2. Se trata de novaciones reglamentadas, pudiendo el deudor optar entre las diversas alternativas que establece el Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad, es decir, para deudores que todavía no han incumplido pagos pero están en riesgo de incumplimiento, de forma que estos se eviten y con ello la ejecución de la hipoteca.

3. El Real Decreto Ley 19/2022 también trata de forma general que las familias con préstamos hipotecarios vivos sobre vivienda habitual u otros inmuebles de carácter residencial modifiquen las condiciones de sus préstamos pasando de tipos de interés variable a tipos fijos, mediante la modificación y suspensión por un año de las comisiones por reembolso anticipado así como mediante la modificación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, facilitando subrogar en lugar del prestamista inmobiliario definido en la Ley 5/2019 que otorgó el préstamo encuadrable en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley 5/2019, otro prestamista inmobiliario de análogas características.

4. El Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad es de adhesión voluntaria por los prestamistas, pero una vez adheridos estos, es de aplicación obligada si lo solicita el deudor, siempre que se reúnan los requisitos de elegibilidad de contratos y deudores indicados en el

Anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2022 y en el Real Decreto Ley 19/2022. La novación consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas debe formalizarse en escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que la inscripción de la novación implique modificación del rango de la hipoteca.

5. Los gastos que genere la novación son objeto de distribución entre prestamista y prestatario de forma análoga a como se distribuyen los gastos hipotecarios en la Ley 5/2019.

6. En caso de cesión del crédito hipotecario a tercero, si el cedente es una entidad adherida al Código de Buenas Prácticas, cede su posición acreedora con la obligación de aplicación del Código, de manera que el deudor podría exigir la novación del préstamo hipotecario al cesionario del crédito, siempre que la solicitud se produzca durante el ámbito de aplicación temporal del Código de Buenas Prácticas.

XII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS 1181/1994 10 de diciembre de 1994
- SAP de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 653/2016, de 5 de diciembre

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2023). Protección de deudores hipotecarios ante la subida de tipos (Real Decreto Ley 19/2022). *El Notario del Siglo XXI,* núm. 107, 38-43.

BONACHEREA VILLEGAS, R. (2022). La infracción del Código de Buenas Prácticas establecido por el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios: la STS de 27 de enero de 2022, y vías de protección del deudor. *Actualidad Civil,* núm. 5, 1-10 (formato PDF).

CLEMENTE MEORO, M. (2021). Concepto y fuentes de las obligaciones. En: J.R. de Verda y Beamonte, *Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAPIA HERMIDA, A.J. (2023). El nuevo sistema de protección del deudor hipotecario establecido por el Real Decreto Ley 19/2022. *La Ley Mercantil,* núm. 98, 1-21 (formato PDF).

NOTAS

[1] «El Código de Buenas Prácticas temporal [por oposición al permanente, que es el regulado en el Real Decreto Ley 6/2012] se aplica solo a los préstamos sobre vivienda habitual anteriores a 31 de diciembre de 2022 y con el límite de precio de adquisición de 300 000 euros. Esta limitación parece inadecuada primero porque la finalidad del nuevo Código de Buenas Prácticas es ampliar el ámbito de aplicación del anterior. Además es poco equitativa porque estarán menos protegidos los deudores que han comprado hace poco que los que compraron una vivienda equivalente hace 10 años, cuando los precios estaban más bajos. También porque los deudores más perjudicados por las subidas de interés variable son lo que tienen la hipoteca más reciente (pues no han amortizado casi capital aún, ni se han benefi-

ciado de un período largo con intereses bajos). Por otra parte es un límite que perjudica en términos relativos a las familias numerosas, que al necesitar más espacio tienen que hacer un mayor esfuerzo en relación con la vivienda» (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2023, 42).

[2] *Cfr.:* CLEMENTE MEORO, 2021, 24-25.

[3] Aunque el legislador equipara el matrimonio y la pareja de hecho, el Tribunal Supremo en STS 1181/1994 10 de diciembre de 1994, que resume la doctrina jurisprudencial anterior ha señalado que «las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes» *y que no puede admitirse la semejanza base de la analogía entre ambas, ya que unas y otras ofrecen considerables diferencias.* Mientras las uniones *more uxorio* son *simplemente fácticas*, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las uniones matrimoniales no, *lo cual da lugar a que respecto de las uniones matrimoniales surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, lo que acontece por ejemplo con la creación del estado jurídico de casado* que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*. Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado por el artículo 14 CE, es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren *en la misma situación*, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o por razón de circunstancias que no estén presentes en la norma, igualdad que no se da en el presente caso. El Tribunal concluye entendiendo que no es posible la aplicación analógica a las uniones *more uxorio* de la regulación de los regímenes económico matrimoniales, *pues ello supondría una auténtica creación judicial del Derecho* en materia de regímenes económico matrimoniales, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del Código Civil en general, y su ordinal sexto en particular. En resumen, pues, mientras el matrimonio crea una *relación jurídica familiar* y el estado jurídico de casado, entre los cónyuges, en la unión de hecho, *no existe relación jurídica alguna entre los integrantes de la pareja, que jurídicamente son extraños entre sí*, como señala el profesor ALBALADEJO. No hay, pues, una semejanza real o igualdad jurídica esencial entre los supuestos que justifique la igualdad de tratamiento jurídico.

[4] Artículo 3.3 Real Decreto Ley 6/2012: 3. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar: 1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del impuesto de patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la comunidad autónoma, en su caso, con relación al último ejercicio tributario. 2.º Últimas tres nóminas percibidas. 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción, ingreso mínimo vital o ayudas análogas de asistencia social concedidas por el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. 5.º En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida. b) Número de personas que habitan la vivienda: 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho. 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. 3.º Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral. c) Titularidad de los bienes: 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar. 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere. d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. En el caso de que la entidad acreedora tenga en su poder datos o documentación acreditativa sobre alguno de los extremos referidos en las letras anteriores, el deudor estará exonerado de su acreditación ante la entidad. Asimismo, a fin de acreditar

que cumple con las condiciones de elegibilidad, el deudor podrá autorizar al sujeto adherido, expresamente y por escrito, a que obtenga información directamente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Entidades Gestoras de la Seguridad Social y Registros de la Propiedad y Mercantiles.

[5] Artículo 4 Ley 2/1994: «1. En la escritura de subrogación solo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas. 2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales. 3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores *no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango.* En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

[6] Artículo 6.1.e) Reglamento (UE) 2016/679: «e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

[7] Sobre la responsabilidad de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de la deuda hipotecaria del Real Decreto Ley 6/2012, *Vid.:* BONACHERA VILLEGAS, 2022.

[8] TAPIA HERMIDA, 2023, 12.

[9] Artículo 4.2 Ley 5/2019: «A los efectos de esta Ley se entenderá por: … 2) "Prestamista inmobiliario": toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b)». Artículo 2.1 Ley 5/2019: «Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora».

[10] TAPIA HERMIDA, 2023, 13. Artículo 2 de la Ley 2/1994: El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1211 del Código Civil. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Junto con la oferta vinculante, le entregará un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora. La referida pieza de información deberá observar el régimen de distribución de gastos previsto en el artículo 14.1.e) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a

la entidad acreedora y la requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por esta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. En ningún caso tendrá derecho la entidad acreedora a rechazar el pago. No obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquella alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes. En este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a estas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Crónica sobre la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación

Chronicle on the contradictory doctrine of the Provincial Courts in the application of article 160 f LSC as a prelude to an appeal

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: Las consecuencias de la infracción del artículo 160 f LSC divide a las Audiencias Provinciales como continuación de un debate intenso y que tendrá que ser dirimido por nuestro Tribunal Supremo.

ABSTRACT: The consequences of the violation of article 160 f LSC divides the Provincial Courts as a continuation of an intense debate and that will have to be settled by our Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: Disposición de activos esenciales. Junta general.

KEY WORDS: Disposal of essential assets. General Meeting.

SUMARIO: I. CRÓNICA DE LA DOCTRINA CONTRADICTORIA EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 160 F LSC. —II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. CRÓNICA DE LA DOCTRINA CONTRADICTORIA EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 160 F LSC

En el caso particular de una infracción competencial (art. 160 f. de la Ley de Sociedades de Capital), como también decíamos en su momento, entendemos que la misma se ajusta a la ausencia de poder[1].

En la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para

hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

«*Artículo 10*

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».

A nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código Civil, aunque con límites propios de tal categoría.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la junta general de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Resulta sobradamente conocido el debate doctrinal sobre la materia respecto del que ya nos hicimos eco en su momento y no lo vamos a reproducir de nuevo ya que entendemos que no se han llevado aportaciones adicionales al mismo diferentes a las ya realizadas, pero quizás resulte menos conocido el debate que sobre las consecuencias de la ausencia de autorización de la junta general en los casos que prevé el artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital se está generando a nivel de nuestras Audiencias Provinciales y que constituyen el preludio de una necesaria decisión al respecto por parte de nuestro Tribunal Supremo.

Según el Acuerdo no jurisdiccional sobre criterios de admisión de los recursos de casación del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 no será imprescindible la cita de sentencias para la admisión del recurso de casación con los requisitos indicados en dicho Acuerdo, cuando a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre Audiencias mediante la cita de sentencias contrapuestas, lo

cual sin duda el debate apuntado justificará, en su caso, la respuesta casacional que habrá de venir.

La didáctica sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022, cita las controvertidas posiciones doctrinales, de la siguiente forma:

«84. Esta omisión del legislador ha dado lugar a un interesante y polémico debate entre la doctrina científica que se encuentra dividida en dos grandes corrientes:

i) Aquellos que consideran que la sociedad quedará vinculada frente a terceros de buena fe por aplicación analógica del artículo 234.2 TRLSC, y sin perjuicio de los efectos internos que para los administradores pueda conllevar el incumplimiento de dicha regla (entre otros, GONZÁLEZ MENESES, M., "La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial", en El Notario del Siglo XXI, núm. 59, 2015; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Aproximación a la categoría de operaciones sobre activos esenciales, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta (arts. 160 f) y 511bis LSC)", La Ley Mercantil, núm. 11, 2015, 30 y sigs. y 46 y sigs.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Otra vez sobre el acto extralimitado sobre activos esenciales del malhadado artículo 160 f) LSC", en La Ley Mercantil, núm. 27, julio-agosto de 2016; CABANAS TREJO, R., "Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital, ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad", Diario La Ley, núm. 8521, abril de 2015; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./SÁNCHEZ SANTIAGO, J., "La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC", Diario La Ley, núm. 8546,mayo 2015; ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., "Ámbito de aplicación y consecuencias del incumplimiento del artículo160.1 f) de la LSC", en AAVV, Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber amicorum Prof. Luis Fernández de la Gándara, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, 295-299; ESTEBAN VELASCO, G., "Distribución de competencias entre la Junta General y el Órgano de Administración, en particular las nuevas facultades de la junta sobre activos esenciales", en AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 64-67; PÉREZ MILLÁN, D., "La competencia de la junta general respecto de operaciones sobre activos esenciales y el poder de representación de los administradores", en AAVV, Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Profs. Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, Vol. I, Consejo General del Notariado y Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 323 y sigs.).

ii) Aquellos otros que ven en la regla del artículo 160 f) TRLSC una norma que atribuye reserva legal de competencia en asuntos de gestión a la junta general y que se erige en requisito de validez y eficacia de las operaciones sobre activos esenciales de la sociedad, cuyo incumplimiento debe abocar necesaria e ineludiblemente a la nulidad radical de la operación efectuada sobre tales activos esenciales por los administradores sin someterla a la autorización de la junta (entre otros, RECALDE CASTELLS, A., "Artículo160. Competencias de la Junta", en JUSTE MENCÍA, Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo, Civitas, Madrid, 2015, 44-47; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El nuevo artículo 160.1 f) LSC", en blog Almacén de derecho, 2015; MEGÍAS LÓPEZ, J., "Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas", Diario La Ley núm. 8608, septiembre de 2015; REDONDO TRIGO, F., "El falsus procurator y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad

de activos esenciales", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 752, 2015, 3748-3753; GUERRERO LEBRÓN, M.ª J., "La competencia de la junta general en las operaciones relativas a activos esenciales (art. 160.1 f. Ley de Sociedades de Capital)", Revista de Derecho Mercantil, núm. 298, 2015; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "artículo 160. Competencia de la junta", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A./SANCHO GARGALLO, I., Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 2664-2671)».

Recordamos que el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») dispone que es competencia de la junta general «*la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*».

Como han dicho nuestras Audiencias Provinciales, el sometimiento a la junta general de la decisión sobre actos de disposición de un activo esencial de la sociedad forma parte de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores sociales, toda vez que, como, apunta el artículo 227.1 TRLSC «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*».

En ese sentido, la Recomendación núm. 12 del Código de Buen Gobierno aprobado por la Comisión Nacional de los Mercados de Valores (CNMV) en el año 2015, establece que los administradores deben desempeñar sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispensando el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y guiándose por el interés social, «*entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa*».

De suerte que la conservación en términos de rentabilidad y la maximización del valor de la empresa en el medio y largo plazo se perfilaría como pauta objetiva de interpretación del interés de la sociedad que deben perseguir los administradores y directivos en el desarrollo de sus funciones; y debería entenderse que, dentro de las pautas de buen gobierno corporativo introducidas por el legislador, formaría parte del interés social someter a la junta general la decisión sobre cualquier acto de disposición de un activo que pueda considerarse esencial, ya que podría afectar a la estructura organizativa y/o financiero-patrimonial de la sociedad, al desarrollo efectivo de su objeto social e incluso a su propia supervivencia en el tráfico.

Sobre la determinación del carácter de activo esencial, no solo desde un punto de vista cuantitativo sino también cualitativo, se han venido pronunciando nuestras Audiencias Provinciales del siguiente modo:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Secc. 1.ª, núm. 326/2018, de 16 de octubre considera que: «*De lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la norma se desprende que todo aquello que implique o se presente una pérdida patrimonial importante para la sociedad debe estar comprendido en el ámbito protector del precepto. El ámbito material de la protección se extiende así a cualesquiera bienes (mueble, inmueble, patentes, etc.), con un valor económico suficientemente importante como para ser considerados esenciales para la sociedad (…) Tampoco define la norma el concepto de activo esencial, y para facilitar su delimitación el legislador ha introducido una presunción legal de carácter cuantitativo, consistente en entender que afectan a activos esenciales, las operaciones cuya cuantía asciende*

al 25 % del valor de los activos de la sociedad, según el último balance aprobado. El criterio cuantitativo es meramente una presunción que desencadena la obligación de los administradores de someter o no a la decisión de la Junta General estas operaciones, pero no constituye un criterio para confirmar per se la naturaleza esencial del activo. Por ello, es posible que un activo pueda no ser esencial, aunque la operación de transmisión supere el umbral del 25 % de los activos de la sociedad, lo que únicamente obligará a los administradores a justificar su no esencialidad; y que un activo, cuya transmisión no supere ese porcentaje, pueda tener carácter esencial por alterar el desarrollo del objeto social de la entidad, lo que obligará a los administradores a someter la operación a la Junta General. Por tanto, para determinar si se enajenan, adquieren o aportan activos esenciales hay que comparar el objeto social realmente desarrollado por la sociedad antes y después del negocio».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 1.ª, núm. 501/2020, de 26 de febrero, apunta que: «*Activos esenciales pueden ser reconsiderados aquellos sin los cuales la sociedad no puede desarrollar la actividad que constituye su objeto social. Por tanto, para determinar si se han aportado activos esenciales hay que comparar el objeto social realmente desarrollado por la sociedad antes y después del negocio (…). Por otro lado, la presunción que señala dicho precepto del 25% lo es iuris tantum, admitiendo, por tanto, prueba en contra, recayendo la carga de la prueba de que no se trata de un activo esencial sobre quien alegue tal cosa una vez demostrado que el activo pesa más del 25% de los activos del balance (…). Afirmado el carácter esencial de los activos en la demanda y destruida por la parte demandada la presunción legal iuris tantum establecida al efecto para tal consideración, es el demandante quien debe soportar la carga de acreditar la esencialidad de los bienes inmuebles sobre la base de un criterio no cuantitativo, sino cualitativo. No resulta controvertido afirmar que la norma en cuestión no define el concepto de activo esencial y que, al objeto de facilitar su delimitación, se incluye una presunción legal de carácter cuantitativo, la cual, como se ha razonado, no se cumple en este caso, pero ello no impide acudir a otro criterio, no cuantitativo sino cualitativo, basado en la esencialidad de los bienes inmuebles en cuestión atendido el destino de las inversiones sociales comprometidas, es decir, acreditando que la operación llevada a cabo no resulta esencial para la estrategia corporativa. En tal sentido, se aprecia una ausencia de actividad probatoria en la parte actora*».

La reciente y anteriormente citada sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022, refleja la preferencia doctrinal sobre el criterio cualitativo para la determinación del carácter esencial del activo (FD. 36) cuando razona lo siguiente: «*De lo anterior se deriva que, sin perjuicio de tener en cuenta el criterio cuantitativo establecido como presunción "iuris tantum", será preferible atender a criterios cualitativos para poder decidir al respecto (vid.GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Artículo 160. Competencia de la junta", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ,J.A./ SANCHO GARGALLO, I., Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 2259); sobre todo en aquellos casos en que se discuta o debata la esencialidad del activo en cuestión parala concreta sociedad de que se trate. Así es, una interpretación conjunta del artículo 160 f) con el artículo 511 bis TRLSC permite concluir que lo relevante, a la hora de decidir sobre la esencialidad o no de un activo de la sociedad, es atender al carácter sustantivo o material de la operación y a sus consecuencias para la organización societaria y sus socios en el caso concreto, partiendo siempre de que la intención del legislador ha sido reservar a la competencia de la junta general la decisión sobre operaciones de especial o mayor trascendencia para la estructura organizativa-corporativa y financiera-patrimonial*

de la sociedad, y para el futuro de su actividad o de la organización como tal, de suerte que la "esencialidad" del activo no reside realmente en dicho activo como tal, sino en la trascendencia o especial relevancia que puede tener para el futuro de la organización en el caso concreto; esto es, en las consecuencias que un acto de disposición de un activo —compra, enajenación, aportación a sociedad, u otra operación equivalente— puede tener para la misma (vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Aproximación a la categoría de operaciones sobre activos esenciales, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta (arts. 160 f) y 511 bis LSC)", La Ley Mercantil, núm. 11, 2015, 25-26)».

No obstante, la definición del carácter esencial del activo en cuestión desde la óptica cuantitativa o cualitativa no es ahora la cuestión que nos interesa en la aplicación del artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital, sino la respuesta que ha de ofrecerse a la disposición efectuada sin la autorización pertinente de la correspondiente Junta General.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, Secc. 1.ª, núm. 326/2018, de 16 de octubre, considera que «*si se aplican las consecuencias de la infracción del artículo 234 LSC al artículo 160 f) LSC, si el tercero adquirente es considerado de buena fe y sin culpa grave, estará protegido por el propio artículo 234; y por el contrario, si el adquirente, transmitente o, en su caso, acreedor pignoraticio no es considerado como tercero de buena fe, nos hallaríamos ante un supuesto de vicio en el consentimiento cuya consecuencia fundamental es la nulidad del acto que trae causa, y por tanto, del negocio jurídico correspondiente. (…) la infracción del artículo 160 f) LSC conlleva la posible aplicación analógica del artículo 234.2 LSC con base en la identidad de razón que puede existir entre el supuesto del artículo 160 f) y el de los actos realizados por administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave*».

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 1.ª, núm. 501/2020, de 26 de febrero, resuelve que «*por lo que respecta a la solución procedente cuando la decisión del administrador de realizar las aportaciones a las sociedades filiales se lleva a cabo sin disponer del acuerdo adoptado en Junta que así lo autorice, supone que aquel actuó vulnerando la distribución legal de competencias entre los distintos órganos de la sociedad y por tanto sin poder de representación, lo que conduce a la ineficacia de tal aportación frente a terceros al no quedar vinculada la sociedad frente a ellos (art. 1261 CC), pues, como señala la doctrina mercantilista, nos encontramos ante un caso de exceso de poder. Se trata además del mismo criterio expuesto por la RDGRN de 11 de junio de 2015 al hablar de "un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquellos", así como por la STS de 17 de abril de 2008 cuando califica la operación que excede del tráfico normal de la empresa al dejarla sin sus activos como un problema de "suficiencia de los poderes de los Consejeros-Delegados para llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública que se impugna"*».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Secc. 3.ª, núm. 625/2021, de 7 de diciembre, en un caso de responsabilidad social de administradores, se pronuncia sobre la materia «obiter dicta» sobre la materia señalando que «*(…) hemos de decir que la acción de responsabilidad del administrador tiene como base o punto de partida un acto u omisión imputable al mismo que ha sido adoptado en el ámbito de sus competencias como administrador, y en el presente caso no existe tal acto pues lo que existe es un acuerdo de la junta de socios, adoptado en el ámbito de competencia de la misma, pues la venta de un activo esencial requiere que sea aprobado por la junta (art. 160-f) de la LSC, por lo cual lo que procede, si*

se considera que el acuerdo no es conforme a Derecho en los términos del artículo 204 de la LSC, es la impugnación del mismo».

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 4.ª, núm. 500/2022, de 12 de mayo, se pronuncia también tangencialmente sobre la cuestión, claramente a favor de la tesis de los efectos puramente internos del incumplimiento del artículo 160 f) TRLSC y, por tanto, de la vinculación de la sociedad frente a terceros de buena fe, entendiendo que si la mercantil vendedora actúo a través de su administrador, esto es lo determinante para apreciar la validez del acto (art. 234 LSC), más allá de los efectos internos o intrasocietarios que pudiera tener la ausencia de cumplimiento del artículo 160 f) LSC.

En este orden de ideas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2022, Id Cendoj: 28079370282022100687 claramente se posiciona desde el entendimiento de que el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital es una norma jurídica de organización corporativa interna de la sociedad que en nada puede repercutir a terceros de buena fe, no pudiéndose por tanto predicar la ineficacia del negocio jurídico dispositivo.

Su razonamiento es el siguiente:

«*Se trata de una norma cuyo objeto es residenciar, en el plano interno de la sociedad, a favor de uno de los órganos sociales la competencia para tomar de la decisión de enajenar activos que se consideren esenciales. Pero una vez fijado esto en el citado plano intrasocietario, no se impone con ello un requisito de validez para el posterior negocio jurídico de enajenación que celebrarán luego los administradores sociales, como únicos representantes de la sociedad, con terceros, una vez tomada la decisión de enajenar por la Junta. La norma no establece, ni tiene en sí misma la finalidad de establecer, un requisito de validez del negocio jurídico celebrado con terceros, el cual se regirá por las normas de validez contractual que le resulten aplicables. Sobre el alcance invalidante o no del negocio jurídico celebrado de la infracción de aquella norma discute intensamente la doctrina (vid. Fernández Del Pozo, Marín de la Bárcena, Alcalá Díaz, en determinado sentido; o Esteban Velasco, Recalde Castell o Alfaro Águila-Real, en sentido contrario).*

No obstante, si la observación de la validez del negocio jurídico celebrado con infracción de dicha norma no se basa en la concurrencia de requisitos internos de validez propios del tipo de negocio observado, sino en materia de emisión y representación en la expresión de la declaración de voluntad de los contratantes, entonces lo más lógico es atender al principio de representación ultravires de los administradores sociales y a la tutela de la seguridad en el tráfico jurídico. En cuanto a lo primero, la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, respecto de aquella competencia de la Junta general, ha dejado incólume, en cambio, el artículo 234.2 TRLSC, el cual mantiene la fuerza obligacional de los negocios alcanzados por los administradores sociales, incluso con infracción de limitaciones de facultades inscritas en el Registro Mercantil, cuando los terceros contratantes con la sociedad actuaron de buena fe y sin culpa grave, señala este precepto. Debe tenerse en cuanta que es la buena fe y ausencia de culpa grave opera en la citada norma, el artículo 234.2 TRLSC, particular y especialmente frente a circunstancias que son publicadas en un registro público, con todas sus consecuencias. De este modo, la previsión señalada no permite destruir la presunción de buena fe del tercero ni siquiera ante la evidencia de lo que estaba efectivamente recogido en dicho registro público. Si la aplicación directa del precepto deja lugar a dudas a este supuesto del artículo 160.f) TRLSC, al no tratarse aquí de una disposición estatuaria, en todo caso habrá de admitirse que recoge un principio general sobre la extensión de

representación de los administradores sociales, artículo 233 TRLSC, respecto de la tutela de la seguridad del tráfico jurídico.

En cuanto a esa seguridad del tráfico jurídico, si la infracción de la norma, artículo 160.f) TRLSC, sobre competencia de la Junta de socios para decidir enajenar un activo esencial, cuidado, no para celebrar el contrato de enajenación, generase la nulidad del negocio transmisivo del activo esencial, aquella seguridad quedaría al albur constante de la controversia, no ya de si se sometió o no a la Junta la decisión de enajenar, o incluso sobre la validez del acuerdo social en ese sentido, sino sobre la realidad misma de si el activo era o no esencial y debió o no someterse al acuerdo de la Junta, controversia a la que de todo punto es ajena el tercero adquirente, ya que se trata de un elemento normativo, de contenido indeterminado, cuya integración responde realizar con datos fácticos que le son del todo desconocidos, como sujeto extraño a la sociedad. De ahí su buena fe, en los términos del artículo 234.2 TRLSC. La norma no impone un deber de diligencia al tercero contratante de investigar proactivamente el carácter esencial o no del activo que adquiere, sino simplemente no incurrir en culpa grave, algo muy diferente.

Por lo tanto, los efectos de la infracción del artículo 160.f) TRLSC se manifiestan en dos planos distintos. El primero, el de las consecuencias intrasocietarias sobre la vulneración de las competencias de la Junta de socios, tanto cuando los administradores sociales han podido actuar por negligencia al no contrastar debidamente el carácter esencial del bien, como por deslealtad, al conocer ese carácter, pero hurtar a la Junta aquella posibilidad de decisión con la concurrencia de circunstancias que determinen, adicionalmente, la presencia de deslealtad. En tales supuestos, operarán las respuestas legales que de ello deriven, pero específicamente las asentadas en el reproche de esos deberes de los administradores. Es decir, en el caso de la infracción del deber de lealtad, podría llegarse a ejercitar una acción de anulación del contrato celebrado, artículo 232 TRLSC, pero ello no se vincula a la mera infracción del artículo 160.f) TRLSC, sino a que ese hecho constituya, adicionalmente, una vulneración del citado deber de lealtad. Ello requiere la presencia de unos elementos añadidos a la citada infracción del artículo 160.f) TRLSC. Estas consecuencias, además, se manifiestan justamente en el plano donde operó la reforma de ese precepto, conforme a la Ley 31/2014, en el del buen gobierno corporativo y la responsabilidad de los administradores por ello.

El segundo plano donde se pueden evidenciar los efectos propios y específicos de infracción del artículo 160.f) TRLSC, es el de la validez misma del negocio jurídico celebrado, susceptible de acción de anulabilidad, pero solo cuando no sea predicable la buena fe del tercero contratante con la sociedad, o cuando hubiera actuado con culpa grave, no otra clase de culpa, al respecto de las circunstancias que revelaban el carácter esencial del bien enajenado. Como es principio general de Derecho, esa buena fe se presume en el tercero y consiste en el desconocimiento del carácter esencial del activo enajenado por la sociedad, salvo que para tal desconocimiento haya incurrido en culpa grave. Sobre la forma de interpretar esto último en la realidad, puede verse lo expresado por las RRDGRN de 11 de junio de 2015 (BOE de 10 de agosto de 2015); de 26 de junio de 2015(BOE de 11 de agosto de 2015); de 8 de julio de 2015 (BOE de 12 de agosto de 2015) o de 10 de julio de 2015 (BOE de 13 de agosto de 2015), donde señalan, en texto común a todas ellas, que «es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercerola carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.(…) tampoco puede estimarse

exigible esa intervención de la junta en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. De seguirse esas interpretaciones se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general, con las implicaciones que ello tendría en el tráfico jurídico. (…) No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción». En las mismas se estima el recurso del notario autorizante de los correspondientes actos de disposición frente al rechazo del Registradora inscribir los citados actos por la falta de acreditación del cumplimiento de la norma del artículo 160.f) TRLSC. Como concluye resumiendo la RDGSJyFP de fecha 12 de junio de 2020 (BOE del 31 de julio de 2020):

«Resumidamente, el artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal)».

Sin embargo y en sentido contrario, nos encontramos con la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022 que se decanta por la ineficacia del acto, concretamente, nulidad radical del mismo, sobre la base de los siguientes argumentos:

«108. Por lo demás, como ya se advirtiera anteriormente, mientras el artículo 161 TRLSC establece que será de aplicación en todo caso lo dispuesto en el artículo 234.2 TRLSC en el caso de que la junta general decida impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, de forma que la actuación de los administradores vinculará a la sociedad frente a terceros de buena fe aunque ignoren las instrucciones o esa reserva de autorización, el artículo 160 f) TRLSC incluye expresamente entre las competencias propias de la junta general deliberar y acordar sobre la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, sin hacer mención alguna directa o indirecta al artículo 234.2 TRLSC. No parece que pueda tratarse de una omisión o error inconsciente del legislador, pues ya contaba anteriormente con el precedente del artículo 161 TRLSC para las sociedades de responsabilidad limitada incluyendo

expresamente la aplicación del artículo 234.2 TRLSC a ese supuesto, de modo que al ampliar ahora las competencias de la junta en asuntos de gestión, podría haber extendido la aplicación del artículo 234.2 TRLSC también al caso de las operaciones sobre activos esenciales si así lo hubiese querido.

109. No parece tampoco que pueda merecer el mismo tratamiento una reserva expresa de competencias para la aprobación de actos de disposición de activos esenciales, que la mera posibilidad de impartición de instrucciones para determinados asuntos de gestión, la cual, además, queda expuesta a una posible disposición en contrario de los estatutos de la sociedad, con fundamento en la autonomía de la voluntad de los socios (cfr. art. 28 TRLSC). Como dice el Preámbulo de la citada Ley 31/2014, el legislador ha decidido ampliar las competencias de la junta general para «reservar a su aprobación» las operaciones relativas a activos esenciales de la sociedad. La decisión o acuerdo de la junta general es necesario en el caso de operaciones sobre activos esenciales (art. 160.f TRLSC), equiparados por el legislador a las modificaciones estructurales, mientras que es puramente coyuntural en el caso de las competencias de intervención sobre determinados asuntos de gestión (art. 161 TRLSC). La primera es una norma de naturaleza imperativa, mientras que la segunda es puramente dispositiva, sujeta a disposición contraria de los estatutos y, en su caso, a la voluntad de la propia junta de ejercitarla o no.

110. Por lo tanto, esa reserva expresa de competencia a favor de la junta implica que las operaciones sobre activos esenciales quedan fuera de las competencias del órgano de administración, por más que se trate de actos de gestión, debiendo limitarse su actuación, en su caso, a proponer la operación a la junta general (en caso de que la iniciativa no surja de la misma junta general impartiendo instrucciones a los administradores para su ejecución una vez aprobada) y llegado el momento a ejecutar la operación concluyendo el correspondiente negocio jurídico en nombre y representación de la sociedad. En consecuencia, no sería de aplicación el artículo 234.2 TRLSC, que trata sobre los excesos en las competencias de representación del órgano de administración al realizar actos no comprendidos en el objeto social, vinculando a la sociedad salvo que los terceros que con ella contratasen obrasen de mala fe y con culpa grave, en cuyo caso tales actos serían anulables (ineficacia relativa), salvo que la sociedad los ratificase, asumiéndolos como propios.

111. El régimen de competencias expresamente atribuidas a la junta general en el artículo 160 TRLSC (incluida por tanto la de decidir sobre actos de disposición de activos esenciales para la sociedad del apartado f.) es ajena al régimen jurídico de los actos «ultra vires» del objeto social diseñado en el artículo 234.2 TRLSC. El artículo 234.2 TRLSC es una norma de protección del tráfico (terceros de buena fe) y no puede ser de aplicación, salvo previsión expresa del legislador, a los casos de incumplimiento de una norma imperativa de naturaleza corporativa que tiene como objetivo establecer una reserva de competencias a favor de la junta general para favorecer la implicación de los socios y el control frente a actos de gestión que pueden tener una importancia relevante para la estructura organizativa, financiero-patrimonial y funcional de la sociedad.

112. Tanto el objeto social como la regla que atribuye la competencia para decidir sobre activos esencial esa la junta general fungen como límites al poder de representación de los administradores. Ciertamente, el artículo 234.2 TRLSC establece expresamente una norma de protección de los terceros de buena frente a los actos realizados por los administradores ajenos al objeto social determinado en estatutos, para proteger a terceros de buena fe. Pero a juicio de esta Sala dicha norma no debería ser de aplicación a otros supuestos de limitación del poder de representación si no lo prevé expresamente el legislador; previsión que, como se ha

dicho, existe en el artículo 161 TRLSC pero no en el artículo 160 f) TRLSC. Además, el objeto social, como límite al poder de representación, se prevé estatuariamente, pudiendo ampliarse o reducirse por decisión de los socios expresada en la junta general, mientras que la regla sobre activos esenciales es un límite imperativo, de forma que su incumplimiento no puede quedar supeditado sin más a la aplicación analógica de una reglade protección de terceros de buena fe invocando la protección del tráfico como valor superior al interés de los socios. Esa decisión corresponde tomarla de forma expresa al legislador.

113. A estos argumentos se suma el tenor literal del artículo 10.1 de la Primera Directiva en materia de Sociedades (en la versión codificada de la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009), que, como se ha expuesto anteriormente (supra, apartado 92), prevé que «la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la Ley atribuya o permita atribuir a estos órganos». Precepto que, según indica «obiter dicta» la STJCE, Sala Sexta, de 16 de diciembre de 1997 (Asunto C-104/96, «Rabobank»), «(…) se refiere a los límites de los poderes tal como están repartidos legalmente entre los diferentes órganos de la sociedad (apartados 22 y 23). En consecuencia, la Directiva dejaría margen a los Estados miembros para establecer límites legales externos —además del objeto social determinado estatutariamente— a los poderes («rectius», competencias) de los órganos sociales. Y el legislador español habría hecho uso de esa posibilidad fijando un límite legal externo e imperativo al poder de representación del órgano de administración al atribuir la competencia exclusiva de las decisiones sobre operaciones relativas a activos esenciales a la junta general, siendo el artículo 160 f) TRLSC una nueva norma de distribución de competencias entre órganos para la mejora del gobierno corporativo.

114. Así, pese a las consideraciones en contra de un sector de la doctrina científica (vid. por todos PÉREZMILLÁN, D., «La competencia de la junta general respecto de operaciones sobre activos esenciales y el poder de representación de los administradores», cit., 335-337), esta Sala entiende que la explicación más racional es entender que el objeto social es efectivamente un límite legal al poder de representación, pero susceptible de modulación estatutaria, aplicándose entonces la regla de protección de terceros de buena fe frente a los actos de los administradores que excedan de los límites a su poder de representación establecidos en el objeto social estatutario (verdadero objetivo del referido artículo 10.1 de la Directiva 2009/101/CE), mientras que no sería aplicable a otros límites legales a las competencias de gestión y representación de los administradores —no al poder como tal delimitado en estatutos—, que atribuyen expresamente y con carácter imperativo la competencia para decidir sobre asuntos de gestión de especial relevancia a otro órgano.

115. De todo lo expuesto, se puede deducir que el legislador español no ha querido aplicar la norma del artículo 234.2 TRLSC a los casos de incumplimiento de la regla del artículo 160 f) TRLSC para otorgar protección a los terceros de buena por encima de los intereses de los socios. Seguramente porque, de haberlo hecho, la redistribución de competencias entre órganos introducida en esa norma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre con la intención de mejorar el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles de capital quedaría vacía por completo de contenido (y de sentido desde una perspectiva teleológica).

116. En la tarea de interpretación normativa tiene gran utilidad conocer qué es lo que el legislador pretendía al elaborar la nueva Ley, y de ahí el interés de los trabajos prelegislativos desarrollados por las comisiones, los proyectos aproba-

dos, las discusiones parlamentarias, etc. Sin embargo, la norma legal constituye una realidad jurídica, cuya «vis directiva» viene determinada por una propia «ratio», que le permite cumplir su función dentro de un sistema normativo. Por ello, advierte el Tribunal Supremo que la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad quedó consumada con la objetiva creación del precepto, que constituye el reflejo de aquella («lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit»), sino que ha de averiguar la que se conoce como «voluntas legis», esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. En esa labor hermenéutica de búsqueda de la voluntad de la Ley cumple un papel importante el llamado canon de la totalidad o del sistema, en cuanto instrumento técnico previsto en el artículo 3 del Código Civil, que posibilita la recíproca iluminación del significado de cada precepto, poniéndolo en relación con su contexto, esto es, con el núcleo o sistema al que pertenece y en el que se organiza y articula (cfr. STS 564/2010, de 29 de septiembre, y STS 573/2010, de 30 de septiembre, ambas en materia de derogación normativa tácita por incompatibilidad con otra posterior)».

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022, concluye sobre la nulidad del acto dispositivo sin acuerdo de la Junta General, del siguiente tenor: «*Entendemos, por lo demás, que no se trata tanto de una cuestión de nulidad del negocio jurídico por ausencia del consentimiento de la sociedad, ex artículo 1261 del Código Civil, por falta de capacidad (o de complemento de capacidad, como expresa parte de la doctrina) de los administradores como representantes de la sociedad (se ha llegado a hablar al respecto de que sería un caso de «falsus procurator»), como de un caso de nulidad radical por tratarse de actos u operaciones concluidos en infracción de una norma de «ius cogens» que no establece un efecto distinto para caso de contravención, en los términos previstos en el artículo 6.3 del Código Civil; una norma que afecta o puede afectar a la estructura organizativa, financiero-patrimonial de la sociedad y funcional (por la modificación de hecho del objeto social o imposibilidad material de desarrollo del mismo) de la sociedad y, con ello, a los intereses de los socios, motivo por el que se ha buscado ampliar las competencias de la junta para tomar una decisión al respecto, aun tratándose de un acto de gestión, y cuya inobservancia aboca necesariamente a la nulidad de la operación realizada sin la aquiescencia de la junta general, debiendo las partes proceder a la restitución de las prestaciones*».

Expuesta así la controversia a nivel de Audiencias Provinciales, como decíamos, resta por conocer cuál será la respuesta que habrá de ofrecer el Tribunal Supremo al respecto, para lo que se nos ofrecen, a nuestro juicio, las siguientes posibilidades teóricas:

i) Nulidad radical ex artículo 6.3 del Código Civil por no encontrarse el supuesto previsto en el artículo 234.2 LSC

A esta solución se podría objetar no solo la postura consistente en considerar el supuesto como un caso de ausencia de poder, sino también la tendencia del Tribunal Supremo en restringir el ámbito de aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, lo que se demuestra a título de ejemplo en la STS 163/2021, 23 marzo, que niega la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil a un préstamo hipotecario concertado para el blanqueo de capitales[2].

En el FJ Tercero de esta sentencia, el Alto Tribunal niega la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, sobre la base de lo siguiente:

2. Mientras que la nulidad prevista en el artículo 6.3 del Código Civil se aplica cuando se trata de un contrato cuyo contenido es contrario a la ley (por ejemplo, el arrendamiento de servicios personales hecho por toda la vida a que se refiere el art. 1583 CC), la nulidad que resulta del artículo 1275 del Código Civil se aplica a aquellos contratos en que los motivos de las partes para celebrar el contrato se elevan a la categoría de causa y esta resulta ser ilícita.

3. Aunque en algunos casos la ilicitud afecte tanto al contenido como a la causa del contrato, en otros casos puede que el contenido del contrato no sea ilícito, pero sí lo sea su causa.

4. En el caso objeto del recurso, el contenido de un contrato de préstamo hipotecario no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva, por lo que no es aplicable el artículo 6.3 del Código Civil. Pero si su causa, en el sentido que ha de darse a este término cuando hablamos de causa del contrato, es el blanqueo de capitales, tal causa sería ilícita, pues constituye un delito, y el contrato sería nulo».

O sea, que para la Sala Civil del Tribunal Supremo el préstamo constitutivo de un delito de blanqueo de capitales no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva como por ejemplo, lo es el arrendamiento de servicios hecho para toda la vida tal y como se predica en el artículo 1583 del Código Civil, que expresamente prevé lo siguiente:

Artículo 1583.

Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.

Es decir, el Tribunal Supremo parece que nos viene a exigir que la norma jurídica civil prevea la nulidad del negocio para que resulte de aplicación el artículo 6.3 del Código Civil o al menos la prohibición del negocio jurídico en cuestión en la propia norma, tal y como hizo en la conocida sentencia del Tribunal Supremo de (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 878/2008 de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5687) que consideró aplicable, por el contrario, el referido artículo 6.3 del Código Civil, salvando la existencia de sanción administrativa al caso, cuando un casino infringía la prohibición de otorgar préstamos que contiene el artículo 10 del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo de 1977, lo que vino a ser refrendado en la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad Sancionadora de la Administración pública en materia de Juegos de Suerte, Envite o Azar, acabando por eliminar cualquier duda normativa al respecto, porque su artículo 2 tipifica como infracción muy grave «Otorgar préstamos o permitir que se otorguen por terceros a jugadores o apostantes en los locales o recintos en que tengan lugar los juegos» (apartado l), en pie de igualdad con «Permitir el acceso al juego de las personas que lo tienen prohibido de acuerdo con las normas vigentes» (apartado j).

ii) Validez del negocio dispositivo por encontrarse el caso amparado por el artículo 234.2 LSC salvo mala fe y culpa grave del tercero.

En este caso la sociedad quedará obligada por el acto dispositivo salvo que el tercero haya actuado de mala fe y con culpa grave, aunque también han de realizarse distinciones en este caso, sin que creamos que debamos asumir acríticamente la ineficacia por anulabilidad que predica la antedicha sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid al igual que la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca para estas situaciones en las que no quedaría vinculada la sociedad, que como nos demuestra la práctica serían las menos frecuentes, aunque no por ello hayamos de dejar de atenderlas[3].

En la doctrina civilista, se ha distinguido con claridad el concepto de exceso de poder del del abuso de poder.

Recordamos que el artículo 1714 del Código Civil prevé que: «*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*».

Comentando dicho artículo 1714 del Código Civil, LEÓN ALONSO[4] establece la anterior distinción con el siguiente tenor: «Ello porque si retornamos al interés del mandante como eje capital de toda la actuación representativa, por gestión excesiva debe entenderse únicamente el supuesto en que el mandatario, aún traspasando los límites del mandato por realizar actos no expresamente comprendidos en el contenido inicial del mismo, actúa inequívocamente en interés exclusivo del mandante, en tanto que por gestión abusiva debe estimarse el caso en que en idénticas o similares circunstancias, el mandatario realiza actividades en función o valiéndose de su cualidad de tal y de la oportunidad que el encargo le proporciona no ya solo en su propio interés, sino incluso en perjuicio del representado (v. en este mismo sentido la STS 5-II-69)».

Caso de caracterizarse el acto dispositivo como supuesto de exceso de poder, la posterior ratificación del mismo no supone su caracterización como de anulación, ya que dicha ratificación del acto excesivo (ex. art. 1727.2 CC) conlleva el despliegue de efectos jurídicos de un negocio inexistente similar al caso de ausencia de poder (ex. art. 1259 CC), encontrándonos pues ante «una de esas inexistencias racionales o lógicas que poco tienen que ver con la ineficacia indisponible, característica de la nulidad en sentido propio»[5].

Por el contrario, en caso de exceso de poder, tal y como nos enseñó DÍEZ-PICAZO[6]: «el abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante (…) Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza y la fundamentación de esta sanción de ineficacia que en los casos descritos se aplica a los actos abusivos. Algunos autores sostienen que se trata de un caso de anulabilidad. Esta idea tiene su fundamento más profundo en consideraciones de jurisprudencia de intereses, en virtud de las cuales se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de manera tal que se le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto. Estas consideraciones, admisibles, desde el punto de vista de política legislativa, tropiezan, sin embargo, con la *lex data*. Así, en nuestro Derecho Positivo la anulabilidad carece de base legislativa en que apoyarse. El defecto del acto contemplado parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

Así, en nuestra opinión el ejercicio abusivo del órgano de administración unido a la mala fe y culpa grave (que equivalen al conocimiento del carácter esencial del activo) que como excepciones aparecen citadas en el artículo 234.2 LSC, tendrían que conllevar la nulidad por ilicitud causal del acto dispositivo en este supuesto, ya que existiría un propósito común ilícito en la conducta de ambas partes (administrador y tercero con mala fe y culpa grave) que tendría que suponer la aplicación de la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil.

iii) Ineficacia por ausencia de poder por no encontrarse el supuesto previsto en el artículo 234.2 LSC

Como hemos hecho referencia anteriormente, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la junta general de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier

actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

En este caso, nos encontraríamos con la aplicación de la ineficacia a la que se refiere el artículo 1259 del Código Civil.

A título de ejemplo y en interpretación de los efectos del artículo 1259 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007, 9063), expone la correcta doctrina en cuanto al alcance del mismo, como un caso de ineficacia pero no de anulabilidad: «*2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La sentencia de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 4884) señala que el recurrente ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 del Código Civil (LEG 1889, 27), supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala «a quo»— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo […]. La sentencia de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8428) dice que [O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (RJ 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del «dominus»), 22 de diciembre de 1977 (RJ 1977, 4837) (presuncionalmente deducida), 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1858), […]*».

II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de diciembre de 2007
- STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 878/2008 de 10 de octubre de 2008
- STS núm. 163/2021, 23 de marzo
- SAP de Orense, Secc. 1.ª, núm. 326/2018
- SAP de Asturias, Secc. 1.ª, núm. 501/2020
- SAP de Burgos, Secc. 3.ª, núm. 625/2021
- SAP de Murcia, Secc. 4.ª, núm. 500/2022
- SAP de Madrid de 27 de mayo de 2022
- SAP de Salamanca núm. 699/2022

III. BIBLIOGRAFÍA

ARANGUREN URRIZA / FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo XXX.

DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado,* Civitas, 1979.

LEÓN ALONSO. Artículo 1714. *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II.

REDONDO TRIGO. La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 791.

— El falsus *procuratus* y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 752.

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. El falsus *procuratus* y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 752, 2015, 3741-3756.

[2] *Vid.* REDONDO TRIGO. La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 98, núm. 791, 2022, 1870-1885.

[3] Con carácter general, en el estudio de la representación de los administradores, se han propuesto las siguientes posibilidades (*Vid.* Aranguren Urriza / Fernández-Tresguerres): El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento, *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo XXX.

«Cabe considerar dos clases de consecuencias una vez producido el hecho de la transgresión del objeto:

En el ámbito interno, esté protegido o no el tercero, la actuación del representante que exceda los límites de su poder pudiera implicar su revocación o, cuanto menos, el ejercicio de la acción de responsabilidad.

En el ámbito externo, la sociedad quedará obligada frente al tercero que haya actuado de mala fe y con culpa grave. Deben ser distinguidos en este caso y con independencia de la oponibilidad o no a terceros:

Abuso de poder, supuesto que de concurrir implica la anulabilidad del acto, lo que implica de inmediato, eficacia del mismo en tanto no sea impugnado por la sociedad en un plazo de caducidad.

Extralimitación, supuesto que se asimila al de falta de poder, dando lugar a una ineficacia inicial, que no impide la posible ratificación del acto ex artículo 1259 del Código Civil».

[4] LEÓN ALONSO. *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II, 1537 y 1538.

[5] *Vid.* LEÓN ALONSO, *op. cit*. 1569.

[6] DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado,* Civitas, 1979, 198 y 199.

3. URBANISMO

Emplazamiento de interesados en el proceso contencioso-administrativo y Registro de la Propiedad a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Summoned of interested parties in the contentious-administrative proceedings and Land Registry in the light of the recent case law by the European Court of Human Rights and of the High Court of Justice of Madrid

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022, caso Cruz García c. España, y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023, estimatorio de un incidente nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 2 de febrero de 2022, plantean nuevamente la cuestión relativa al deber de emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo cuando fueran susceptibles de identificación a partir de los libros del Registro de la Propiedad, así como la modalidad de la notificación cuando su número potencial fuera considerable.

ABSTRACT: Both the European Court of Human Rights Judgment Cruz Garcia v Spain, no 2022/73, 14th June 2022, and the High Court of Madrid Order from 11th January 2023, which annuls its previous Judgement from 11 January 2022, again, open the debate on whether interested third parties, who can be identified in the Land Registry books, have to be summoned by courts into administrative proceedings and also the debate on the different means of notification when the potential number of interested third parties is high.

PALABRAS CLAVE: Emplazamiento. Recurso contencioso-administrativo. Interesado. Identificación. Titular registral. Propietario.

KEY WORDS: Summoned. Contentious-administrative proceedings. Interested parties. Identification. Registered owner. Land owner.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. SÍNTESIS SOBRE EL RÉGIMEN DEL EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. Los términos generales del emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo. 2. Consecuencias del reconocimiento sobrevenido del derecho a la personación *ex post*.—III. NUEVAS APORTACIONES EN MATERIA DE EMPLAZAMIENTO DESDE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECCHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID: 1. El Registro de la Propiedad como fuente de identificación de posibles interesados según la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022. 2. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023 por el que se declara la nulidad de su sentencia de 2 de febrero de 2022.—IV. LA RELEVANCIA REFORZADA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS REGISTRALES EN ORDEN AL EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA MATIZACIÓN DE SU GENERALIZACIÓN.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Dos recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dan nuevamente la oportunidad de detenerse sobre una cuestión sin duda relevante como es la referida al emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo respecto de la cual la impugnación de actos de naturaleza urbanística plantea escenarios diversos según se trate de instrumentos de planeamiento, de gestión y ejecución, de actos situados en el orden de la intervención administrativa del uso del suelo y la edificación o de la disciplina urbanística.

A ello nos hemos referido, en efecto, primero con ocasión de dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril y 5 de agosto de 2013 y de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 5241)[1] en cuanto a la procedencia de la inscripción de sentencias firmes frente a titulares registrales cuando así lo decidiera el Tribunal sentenciador incluso en el caso de que no hubieran sido debidamente emplazados en el proceso o no se hubiera practicado previamente anotación preventiva de interposición del recurso respectivo[2].

Posteriormente nos hemos ocupado también de la sentencia del Tribunal Constitucional 266/2015, de 14 de diciembre y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 2015, destacando de la primera el deber del órgano judicial de «*promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de la petición*» y de la segunda la llamada a «*la anotación de demanda*» como «*mecanismo adecuado de publicidad*» respecto de los «*titulares futuros*»[3].

Pues bien, los dos pronunciamientos a los que nos referimos se corresponden con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022, caso Cruz García c. España y con el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023 estimatorio de un incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra su anterior sentencia de 2 de febrero de 2022, siendo en último término su doctrina expresión de la proclamación por el Tribunal Constitucional (STC 7/2015, de 22 de enero) del acceso a la jurisdicción como «*núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva*», lo que no tiene lugar en relación con el acceso a los recursos por tratarse de un derecho de configuración legal.

Tras una breve referencia al régimen general del emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo, al referir el alcance de estos dos nuevos pronunciamientos se advierten las relevantes aportaciones que contienen en el ámbito de aquellos pronunciamientos judiciales cuyos efectos se proyectan sobre el núcleo del dominio, lo que exige la verificación de la posibilidad efectiva de la intervención de su titular en el curso del proceso sin perjuicio de su eventual falta de personación por causas que solo a él le fueran imputables.

II. SÍNTESIS SOBRE EL RÉGIMEN DEL EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Los términos generales del emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo

La regulación sobre el emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo contenida en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción se ocupa, de un lado, de la identificación de los interesados a partir del contenido del expediente administrativo, del escrito de interposición del recurso o, en fin, del escrito de demanda[4] y, de otro, de su formalización por la Administración a fin de habilitar la personación mediante la notificación de la resolución de remisión del expediente a cuantos aparecieran como interesados en él, sucesivamente una vez quedaran ultimadas si no se hubieran realizado con anterioridad o, finalmente, a instancias del letrado de la Administración de Justicia si advirtiera que fueran incompletas.

En este sentido, la inequívoca posición del Tribunal Constitucional en orden a garantizar la tutela judicial efectiva frente a eventuales terceros que pudieran ostentar una «*singular posición con el objeto del proceso*», pasa por hacer exigible su emplazamiento en aquellos supuestos en los que o bien fueran «*interesados identificados*» o bien fueran «*interesados (…) susceptibles de serlo*», condición que, por otro lado, ha de ser reconocida en aquellos casos en los que, como destaca la STC 79/2009, de 23 de marzo, la falta de emplazamiento «*(…) les ha producido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa, puesto que les ha impedido efectuar en la defensa de sus derechos e intereses las alegaciones que tuvieran por conveniente en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, que no tenían por qué coincidir necesariamente con las realizadas por el Ayuntamiento (…)*».

Por lo tanto, la necesidad de emplazar a los interesados y, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2019, a quien fuera «*titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación*», es una obligación jurídico-procesal que se impone a la Administración demandada y cuyo cumplimiento queda sujeto a comprobación del letrado de la Administración de Justicia[5].

De este modo, para que tenga lugar la lesión del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a la jurisdicción por falta de emplazamiento de un eventual interesado en el mantenimiento de la legalidad del acto recurrido en el proceso contencioso-administrativo básicamente han de cumplirse las siguientes condiciones:

a) La consistente en que, quien no haya sido emplazado, sea titular de un derecho o de un interés legítimo en el momento de la iniciación del proceso que a su vez fuera susceptible de afectación por razón del mismo.

b) La posible identificación de ese interesado por la Administración y por el órgano jurisdiccional de acuerdo con la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.

c) Por último, la concurrencia de un supuesto de indefensión real y efectiva en la persona del interesado por razón de la omisión del emplazamiento, situación que no se daría si tuviera un conocimiento extraprocesal del asunto o no se personara por su propia falta de diligencia.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2013, de 8 de abril[6], con cita de la precedente 242/2012, de 17 de diciembre, ocupándose igualmente la primera del supuesto de interesados no solo identificados sino también susceptibles de serlo que participen de un singular posición con el objeto del proceso[7].

2. Consecuencias del reconocimiento sobrevenido del derecho a la personación *ex post*

El reconocimiento del incumplimiento de las normas aplicables en materia de emplazamiento en virtud de una resolución adoptada, según el caso, en un recurso ordinario o extraordinario, en un incidente de nulidad de actuaciones o en un recurso de amparo determina necesariamente la reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior a aquel en que tuvo lugar el defecto que dio lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la aludida vertiente de acceso a la jurisdicción.

Tal es la regulación prevista en el inciso final del artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción al decir que la sentencia resolutoria del recurso de casación podrá ordenar, cuando justifique su necesidad, «*la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación*». De igual modo ocurre en la regulación correspondiente al incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando su apartado 2, para el caso de que fuera estimado, dispone que «*se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido*».

Lo anterior se refleja igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[8] y del Tribunal Constitucional[9] remitiendo el momento de la reposición de las actuaciones a aquel en el que debió producirse el emplazamiento para la contestación a la demanda, lo que resulta plenamente lógico teniendo presente que tal emplazamiento es el acto procesal inmediatamente posterior al de la personación que quedó frustrada por la falta del emplazamiento previo.

Por lo demás, que el referido es el momento al que ha de remontarse el proceso lo revela la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 266/2015 al recordar que el reconocimiento del derecho de defensa como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva impone a los órganos judiciales «*un indudable esfuerzo*» para su preservación «*ofreciendo a las partes (…) la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses*» de tal manera «*que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen*».

III. NUEVAS APORTACIONES EN MATERIA DE EMPLAZAMIENTO DESDE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

1. El Registro de la Propiedad como fuente de identificación de posibles interesados según la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022 se refiere a la demanda presentada por una ciudadana española cuya condición como titular registral afectada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de enero de 2009 no impidió la desestimación del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra ella al amparo del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El origen de la cuestión tratada en la sentencia se encuentra en la recepción por la demandante de una resolución administrativa por la que se le impuso una multa coercitiva al incumplir una orden de demolición y de restitución de una vivienda que adquirió de su promotora y que inscribió en el Registro de la Propiedad.

La anterior resolución se vio sin embargo precedida, más de diez años antes, por una resolución por la que la Administración impuso a la entidad promotora una multa al tiempo que le ordenó la demolición de la vivienda en cuestión, resolución que fue recurrida por dicha promotora en vía contencioso-administrativa dando lugar a un procedimiento que concluyó mediante la citada sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Lo que se dilucidaba ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos era, por lo tanto, si la demandante, que no tuvo noticia alguna del procedimiento seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, debió ser emplazada para su personación en cumplimiento del artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos[10] teniendo en cuenta su condición como titular registral de la vivienda sobre la que recayó la orden de demolición, a cuyo fin el Tribunal Europeo, tras reconocer la condición de víctima de la demandante dado que el proceso judicial en sede nacional «*tuvo una repercusión directa en el derecho de la demandante a disfrutar libremente de sus bienes*», declara la admisión de la demanda.

Sucesivamente el Tribunal declara la violación del artículo 6.1 del Convenio por las siguientes razones[11]:

a) Se identifica como objeto del litigio la ausencia de participación de la demandante en los procedimientos administrativos que concluyeron con la orden de demolición parcial de su vivienda y la imposición de una multa por el incumplimiento de dicha orden, procedimientos de cuya existencia no fue informada en el momento de la adquisición no siendo por ello posible considerar su actuación como negligente.

b) A su vez, la demandante tampoco fue informada de la existencia del procedimiento judicial referido a la resolución que ordenó la demolición e impuso la multa cuando ya era propietaria de la vivienda, titularidad que, aun siendo desconocida por la Administración y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia por no haber sido informado al efecto por la vendedora, podía ser conocida por medio del Registro de la Propiedad.

c) La inscripción de la orden de demolición en el Registro de la Propiedad sin que la demandante fuera personalmente notificada no suple el deber de tal

notificación pues el Registro no tiene por objeto servir como medio de notificación de resoluciones administrativas o judiciales.

d) Al tratar de la desestimación por el Tribunal Superior de Justicia del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra su sentencia por su falta de legitimidad para comparecer como parte y por su firmeza, la sentencia del Tribunal Europeo reitera la condición de víctima de la demandante y añade que, pese a haber transcurrido el plazo de cinco años previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la notificación de la sentencia, las circunstancias concurrentes determinaron que si bien su conocimiento únicamente fue posible con posterioridad ello no podía justificar la privación del derecho de la demandante a un acceso efectivo a los tribunales.

La conclusión por lo tanto a la que lleva la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que, además de a la identificación de la condición de interesado a partir del contenido del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, del expediente y de la demanda, al menos en determinadas circunstancias según lo que se dirá también habrá de estarse a lo que resulte de los pronunciamientos registrales cuando el proceso judicial sea susceptible de ocasionar una repercusión directa en el derecho del particular a disfrutar libremente de sus bienes.

2. El auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023 por el que se declara la nulidad de su sentencia de 2 de febrero de 2022

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la aprobación de una modificación de planeamiento general correspondiente a un municipio de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró su nulidad mediante sentencia de 2 de febrero de 2022 por razón de la indebida clasificación de los suelos objeto de ordenación y de determinados defectos en el procedimiento de evaluación ambiental. En la nulidad del acto recurrido tuvo igualmente una relevancia destacada la circunstancia de que las Administraciones demandadas no contrarrestaran mediante prueba las conclusiones alcanzadas en la pericial aportada por la recurrente.

Conocida la sentencia una vez dictada por tres entidades que ignoraban la existencia del procedimiento y que, por lo tanto, no fueron parte en él, tras la inadmisión por el Tribunal Supremo del recurso de casación preparado contra ella interpusieron un incidente de nulidad de actuaciones por vulneración de los artículos 21.1.b y 49 de la Ley de la Jurisdicción y 24 de la Constitución.

Dicho incidente de nulidad fue así estimado mediante el auto de 11 de enero de 2023 con arreglo a los siguientes argumentos expuestos en su Razonamiento Jurídico Cuarto:

a) Se reconoce que, pese a que la regla general es la inexigibilidad del emplazamiento personal al amparo del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción cuando se impugnan disposiciones generales o actos de destinatario plural, tal regla «*se enerva si son identificables concretos interesados en el mantenimiento de la legalidad de la disposición o acto impugnado por serles beneficioso*» siempre que no tuvieran «*conocimiento extraprocesal del recurso*».

b) Tras la previa cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 76/2013, de 8 de abril y del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2015 anteriormente referidas, el auto reconoce la concurrencia de los requisitos considerados en la

doctrina recogida en ambas sentencias para estimar el incidente justificándolo, de un lado, en la condición de sus promotores como titulares de suelo dentro del ámbito afectado y, además, en uno de los casos, como encargado de la conservación de la urbanización, y, de otro, en la plausibilidad de su identificación por la suficiencia de las escasas menciones que se hacen a los mismos en el expediente, en uno de los casos por su sola referencia en el informe de intervención y en el otro en las escrituras de cesión de suelo que figuraban en escritos de alegaciones[12]. Igualmente se rechaza que la presencia de uno de los promotores del incidente en las dependencias de la Administración cuando ya se había interpuesto el recurso permitiera presumir su conocimiento extraprocesal del mismo[13] y, con ello, que su falta de personación únicamente a él le fuera imputable.

c) Con arreglo a lo anterior el auto declara en su parte dispositiva la nulidad de la sentencia de 2 de febrero de 2022 añadiendo que así tiene lugar «*con mantenimiento de las actuaciones practicadas hasta dicho momento se concederá un plazo común de 20 días a los promotores para que tomen conocimiento del procedimiento y formulen alegaciones*», declaración no del todo clara que quedó sucesivamente precisada toda vez que, según prevé el artículo 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y hacen suyo las dos sentencias en que se funda el auto para su pronunciamiento estimatorio, este debió disponer la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que los promotores del incidente debieron ser emplazados para, con traslado de la demanda y entrega del expediente administrativo, la formalización del escrito de contestación, prosiguiendo en lo sucesivo el procedimiento según lo legalmente establecido.

IV. LA RELEVANCIA REFORZADA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS REGISTRALES EN ORDEN AL EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA MATIZACIÓN DE SU GENERALIZACIÓN

La apelación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022 a los pronunciamientos registrales y del auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023 a la titularidad de suelo plantea la cuestión de si la condición como titular registral confiere por sí misma a quien la ostente la consideración como posible interesado en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos de naturaleza urbanística a los efectos de su obligado emplazamiento personal por el hecho de ser «*identificable*», circunstancia cuya concurrencia dicho auto define como excepción a la regla general de la inexigibilidad del emplazamiento recogida en la sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de noviembre de 2019 y en las del Tribunal Constitucional 125/2000 y 242/2012.

Dicho en otros términos, la sola condición como titular de un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, «*identificable*», ¿determina que deba tener lugar el emplazamiento personal?

La respuesta a esta cuestión debería estar supeditada, según se entiende, al menos a las dos siguientes circunstancias.

Por un lado, a la verificación previa de la presencia de un riesgo real de que los titulares de derechos sobre el suelo o, en su caso, sobre construcciones pudieran verse perjudicados como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-administrativo, es decir, que fueran titulares de un derecho o interés

legítimo susceptible de verse afectado, lo que es conforme con la propia sentencia del Tribunal Europeo al salvaguardar el derecho a disfrutar libremente de los bienes y a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional 266/2015, de 14 de diciembre y su llamada a «*promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de la petición*».

En este sentido téngase en cuenta que en el caso contemplado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2022 el riesgo que generaba el recurso como consecuencia de su estimación se traducía en un posible cambio de clasificación de unos suelos en gran parte edificados y urbanizados que siendo urbanos en el planeamiento recurrido podían pasar a la condición de no urbanizables protegidos, lo que hacía plenamente razonable la procedencia de su emplazamiento personal tal y como resultó del auto que resolvió el incidente de nulidad.

Por otro lado, la generalización de la exigencia del emplazamiento personal en el caso de la impugnación de instrumentos de planeamiento por la sola circunstancia del carácter identificable de los posibles afectados plantearía evidentes y objetivas dificultades cuando recayera sobre un número desproporcionado de ellos, lo que para estos casos justificaría una cierta matización de esta cuestión en beneficio del emplazamiento por edictos previsto en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

CONCLUSIONES

I. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022, caso Cruz García c. España y el auto de 11 de enero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimatorio de un incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra su anterior sentencia de 2 de febrero de 2022 constituyen dos relevantes pronunciamientos en materia de emplazamiento de los interesados en el proceso contencioso-administrativo con singular relevancia en aquellos casos en los que recae sobre actos de naturaleza urbanística.

II. La citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en efecto, advierte que la identificación de la condición de interesado a fin de su emplazamiento en forma no sólo ha de tomar como referencia lo que resulte del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, del expediente o de la demanda, pues en determinadas circunstancias también habrá de estarse a lo que resulte de los pronunciamientos del Registro de la Propiedad en la medida en que el proceso pudiera afectar al derecho del particular a disfrutar libremente de sus bienes.

III. De igual modo, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2023, que declaró la nulidad de su sentencia de 2 de febrero de 2022 al amparo del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la LOPJ, reconoce que si bien la regla general es la inexigibilidad del emplazamiento personal al amparo del artículo 49 de la LJ en aquellos casos en los que se recurren disposiciones generales o actos de destinatario plural, no ocurre así cuando fuera posible su identificación en razón de su condición como propietario de suelo en el ámbito afectado, por tener encomendada la conservación de la urbanización o por ser plausible su identificación en la medida en que fuera mencionado en el expediente pese a no serlo en una medida relevante.

IV. La anterior doctrina, cuya relevancia por la llamada al Registro de la Propiedad resulta indudable, plantea, sin embargo, problemas relevantes en orden a la viabilidad de los emplazamientos personales cuando, como ocurre precisamente en el supuesto contemplado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se impugnara la modificación de instrumentos de planeamiento general, situación en la que, al no ser en modo alguno extraño que puedan verse afectados un alto número de propietarios, la exigibilidad del emplazamiento personal razonablemente habría de decaer a favor del emplazamiento por edictos previsto en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STEDH de 14 de junio de 2022, caso Cruz García c. España
- STC 61/1985, de 8 de mayo
- STC 82/1985, de 5 de julio
- STC 133/1986, de 29 de octubre
- STC 125/2000, de 16 de mayo
- STC 79/2009, de 23 de marzo
- STC 242/2012, de 17 de diciembre
- STC 76/2013, de 8 de abril
- STC 266/2015, de 14 de diciembre
- ATC 875/1987, de 8 de julio
- STS de 16 de abril de 2013
- STS de 23 de enero de 2015
- STS de 13 de diciembre de 2019
- STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2007
- STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2019
- STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2022
- ATSJ de Madrid de 11 de enero de 2023
- RDGRN de 16 de abril de 2013
- RDGRN de 5 de agosto de 2013

BIBLIOGRAFÍA

LASO BAEZA, V., La inscripción de sentencia judicial firme frente a titulares registrales no emplazados y la posición de la Dirección General y del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 742, págs. 785 a 796.

— El emplazamiento de los titulares registrales en el proceso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo vinculada a la tramitación de expedientes de disciplina urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 754, págs. 1101 a 1120.

NOTAS

[1] LASO BAEZA, V., La inscripción de sentencia judicial firme frente a titulares registrales no emplazados y la posición de la Dirección General y del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 742, 785 a 796.

[2] De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013, «*tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional*».

[3] LASO BAEZA, V., El emplazamiento de los titulares registrales en el proceso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo vinculada a la tramitación de expedientes de disciplina urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 754, 1101 a 1120.

[4] El Tribunal Constitucional ha destacado en su STC 91/2005, de 1 de abril, que si de la interposición del recurso contencioso-administrativo o del propio acto pudieran resultar otros interesados, estos han de ser necesariamente emplazados.

[5] La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2019 dice lo siguiente: «*(…) el emplazamiento de los interesados en un procedimiento contencioso-administrativo resulta esencial para una correcta formación de la relación jurídico-procesal. Quienes están legitimados pasivamente como parte demandada en un proceso contencioso-administrativo deben ser emplazados directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese emplazamiento personal obligado un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución. Por eso, el artículo 48.1 —en relación con el 49 de la Ley Jurisdiccional 29/1998— prevé la práctica de los emplazamientos de quienes aparezcan como interesados en el proceso por la Administración que acuerda remitir el expediente al órgano jurisdiccional, obligación que no exime al Tribunal de velar para que se formalice adecuadamente la relación jurídico-procesa*l».

[6] La STC 76/2013, de 8 de abril, dice lo siguiente: «*(…) para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional para otorgar el amparo solicitado tienen que concurrir tres requisitos (…) «a) En primer lugar, es preciso que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afección en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. Tal situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida; y, en todo caso, la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (…). b) En segundo lugar, es necesario que el demandante de amparo fuese identificable por el órgano jurisdiccional; lo que dependerá esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (…). c) Y, por último, debe haberse causado al recurrente una situación de indefensión material (…)*».

[7] Sobre el emplazamiento en el caso de interesados en un recurso en el que el acto recurrido fuera el de aprobación de una modificación del planeamiento, la misma STC 76/2013, de 8 de abril, dice lo siguiente: «*Además de estos requisitos debemos tener en cuenta que en el caso de autos se impugna una modificación del planeamiento urbanístico; es decir, una norma de carácter general. Respecto de este supuesto la STC 242/2012, de 17 de diciembre, FJ 5, declaró que «el deber de emplazamiento personal puede quedar excluido cuando el recurso contencioso-administrativo se dirija contra una disposición de carácter general (STC 61/1985, de 8 de mayo, FJ 3) o contra "un acto general no normativo' o 'un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos" (STC 82/1985, de 5 de julio, FJ 3) si esa misma indeterminación de los posibles afectados impide su emplazamiento personal (en el mismo sentido, STC 133/1986, de 29 de octubre, FJ 4; y ATC 875/1987, de 8 de julio, FJ único). Pero*

de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tengan una singular posición con el objeto del proceso, lo procedente será, obviamente, el emplazamiento personal de los mismos, para permitir su personación a fin de sostener la conformidad a Derecho de la disposición impugnada». Asimismo, la STC 125/2000, de 16 de mayo, en la que se enjuició la ausencia de todo emplazamiento, personal o edictal, en un proceso contencioso-administrativo derivado de la impugnación de una modificación de un plan general de ordenación urbana, el Tribunal declaró que lo esencial es si los interesados son identificables por la Administración o por el órgano judicial en función «de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda».

[8] La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2015 dispone lo siguiente a la vista de la falta de emplazamiento de quien debió ser parte en el proceso seguido en la instancia: «*Se ordena la reposición de las actuaciones al momento anterior a la contestación a la demanda para que con entrega del expediente administrativo se otorgue a ABM Corporación Empresarial, S.L. el plazo legalmente establecido para la contestación a la demanda, y verificado el cumplimiento de ese trámite, se prosiga la tramitación del proceso*».

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2019, al advertir sobre las limitadas posibilidades que ofrece el recurso de casación en cuanto a debatir en plenitud todas las cuestiones planteadas en la instancia, así como la imposibilidad, invocada por el recurrente, de proponer y practicar pruebas, concluye con la necesaria «*devolución de actuaciones a la Sala de instancia, acordando retrotraer aquellas al momento inmediatamente anterior al que debió procederse al emplazamiento del hoy recurrente*».

[9] La ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 76/2013, de 8 de abril, declara la nulidad de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 2007 por falta de emplazamiento en forma del recurrente en amparo y ordena restablecerle en su derecho «*retrotrayendo las actuaciones al momento en que el demandante de amparo debió ser emplazado personalmente en el proceso para que se proceda a dicho emplazamiento*».

[10] El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que aquí interesa dispone lo siguiente: «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (…)*».

[11] Se destaca lo siguiente de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2022:

«*16. El Tribunal señala, en primer lugar, que el objeto del presente litigio es la ausencia de participación de la demandante en los procedimientos legales que concluyeron con la orden de demolición parcial de su vivienda y a la imposición de una multa por el incumplimiento de dicha orden (véase Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (TEDH 2017, 1), precitada, ap. 36). No se discute que V.S.L. cumplió los requisitos administrativos pertinentes para construir el complejo residencial. No fue hasta que ya estaba construido cuando se descubrió que algunas viviendas invadían parcialmente litoral costero público. Si bien es cierto que la demandante compró su vivienda una vez iniciados los procedimientos administrativos contra V.S.L., no consta que fuera informada de dichos procedimientos. La propiedad fue inscrita en el Registro de la Propiedad en 2006. Por lo tanto, y en contra de lo que alega el Gobierno, no parece que hubiera ninguna razón para que la demandante realizara nuevas pesquisas con el fin de verificar si V.S.L. había cumplido efectivamente con todas las condiciones administrativas. Por lo tanto, el Tribunal no considera que la demandante hubiera actuado de forma negligente o contribuyera de otra forma a la situación en el momento en que compró la casa (comparar Gashi contra Croacia, núm. 32457/05, ap. 37, 13 de diciembre de 2007 [PROV 2007, 351854]; Ponyayeva y otros contra Rusia, núm. 63508/11, ap. 53, 17 de noviembre de 2016 [PROV 2016, 273607]; y Čakarević contra Croacia, núm. 48921/13, apds. 82 y 83, 26 de abril de 2018 [PROV 2018, 114187]).*

17. El Tribunal también señala que no se informó a la demandante del procedimiento de revisión judicial de la resolución administrativa de 22 de junio de 2006, cuando ya era propietaria de la vivienda (véase ap. 2) Asimismo señala que V.S.L. tampoco informó ni a

la Administración ni al Tribunal Superior de Justicia de que ya había vendido una casa a la demandante y por tanto no aparecía más información en el expediente administrativo (comparar Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (TEDH 2017, 1), precitado, apds. 39-40, y Cañete de Goñi contra España (TEDH 2002, 48), núm. 55782/00, apds. 38-39, TEDH 2002, VIII). Sin embargo, tanto la Administración como el Tribunal Superior de Justicia podían haber conocido esta información del Registro de la Propiedad desde marzo de 2006. Como resultado, el Tribunal Superior de Justicia desconocía la identidad de la demandante y del hecho de que era propietaria de una vivienda que también era objeto del procedimiento contra V.S.L., lo que excluyó la posibilidad de que la invitara a participar en el procedimiento. Además, la nota sobre la devolución del terreno al terreno público no se incluyó en el Registro de la Propiedad hasta abril de 2014, aunque la resolución administrativa contra V.S.L. se adoptó en junio de 2006 (véanse apds. 3 y 5).

18. Siendo así, el Tribunal reitera que las partes deben poder hacer uso del derecho a recurrir o a interponer un recurso desde el momento en que puedan tener conocimiento efectivo de las resoluciones judiciales que les impongan una carga o que puedan vulnerar sus derechos o intereses legítimos (véase Cañete de Goñi [TEDH 2002, 48], precitada, ap. 40). Cabe esperar que los demandantes actúen con diligencia para poder participar en el procedimiento (ibíd.)

19. Volviendo al presente asunto, el Tribunal observa en primer lugar que la demandante fue informada de la orden de demolición parcial dictada respecto a V.S.L y de que se le imponía una multa coercitiva, simultáneamente, en 2016 (véanse apds. 6 y 8). A diferencia de las alegaciones del Gobierno, el Tribunal considera que el hecho de que la orden de demolición se inscribiera en el Registro de la Propiedad el 8 de abril de 2014, sin ninguna otra notificación a la demandante, no es suficiente para considerar que esta había sido debidamente notificada y que, por tanto, podría haberla cumplido para evitar la imposición de las multas coercitivas. Aunque el Registro de la Propiedad sea público, no es su objeto servir como medio de notificación de resoluciones administrativas o judiciales, a diferencia del Boletín Oficial. Dado que la demandante ya había inscrito su propiedad en el Registro de la Propiedad, era razonable esperar que no se llevara a cabo ningún procedimiento con respecto a su propiedad sin que se le informara debidamente de dicho procedimiento. Por lo tanto, no hay pruebas de que la demandante hubiera tenido conocimiento extrajudicial del procedimiento en cuestión (compárese con Díaz Ochoa contra España, núm. 423/03, ap. 47, 22 de junio de 2006 [TEDH 2006, 44]) ni de que no hubiera actuado diligentemente (véase la información resumida en el apartado 16). Y más importante, el Tribunal observa que el Tribunal Superior no desestimó su demanda únicamente por el hecho de presentar el incidente de nulidad fuera del plazo de veintiún días, sin haber establecido de manera concluyente la fecha en que la demandante había sido debidamente notificada de la sentencia (PROV 2009, 277034) que afectaba a sus derechos.

20. El Tribunal señala que el Tribunal Superior de Justicia desestimó el incidente de nulidad de la demandante declarando por una parte que carecía de legitimidad para comparecer como parte en el procedimiento y, por otra, que la sentencia (PROV 2009, 277034) había devenido firme.

21. Con respecto al primer motivo, el procedimiento impugnado por la demandante concluyó con una orden de demolición de parte de su vivienda y la imposición de multas coercitivas por el incumplimiento de dicha orden. El Tribunal reitera en consecuencia sus mencionadas consideraciones sobre la condición de víctima de la demandante (véase ap. 12 y 13).

22. El Tribunal también señala que, en virtud del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) los procedimientos no pueden reabrirse más de cinco años después de la notificación de la resolución final. Sin embargo, el Tribunal también señala que a pesar de que la resolución del Tribunal Superior de Justicia devino firme el 8 de marzo de 2010, la Administración no llevó a cabo ninguna acción hasta el 8 de abril de 2014, cuando se inscribió la orden de demolición en el Registro de la Propiedad (véanse apds. 4 y 5). A pesar del hecho de que la demandante era propietaria de la vivienda desde el año 2006, la primera notificación relativa a la ejecución de la orden de demolición no se produjo hasta el 16 de febrero de 2016. Por tanto, el Tribunal reitera, siguiendo los criterios establecidos en la sentencia Díaz Ochoa (TEDH 2006, 44) (precitada, apds. 49-50), que aunque los órganos jurisdiccionales internos hubieran aplicado correctamente el derecho interno, la particular combinación de los hechos en el presente asunto tuvieron el efecto de privar a la demandante

de un acceso efectivo a los tribunales al objeto de impugnar los procedimientos que tuvieron un impacto directo sobre su propiedad.

23. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)».

[12] El texto concreto del auto en el que se da razón de la concurrencia de las circunstancias particulares determinantes de la estimación del incidente de nulidad de actuaciones es el siguiente*: «En el supuesto de autos concurren los elementos expresados en dicha doctrina dado que los promotores de los incidentes son titulares de suelo dentro del ámbito afectado y, además, la Entidad es la encargada de su mantenimiento. Aun cuando resultan escasas las referencias a los mismos a lo largo del expediente, en concreto la Entidad solo aparece referida en el informe de intervención y la mercantil con ocasión de escrituras de cesiones de suelo en escritos de alegaciones, su identificación resulta plausible*».

[13] Sobre la indebida presunción del conocimiento del recurso por uno de los promotores del incidente el auto dice lo siguiente: «*Por último, la única prueba relativa a ese conocimiento extraprocesal viene referida a la mercantil y no se puede presumir que una cita por motivos urbanísticos instada y realizada tras la presentación del recurso determine con suficiente fuerza indiciaria ese conocimiento extraprocesal que posibilite la declaración de inexistencia real de indefensión*».

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas,* Dykinson, 2022.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

Últimamente hemos oído hablar bastante de las personas «vitamina» (*Encuentra tu persona vitamina,* Espasa, M. ROJAS ESTAPÉ), esas que pueden mejorar tu sistema inmune, esas que rebajan el cortisol o la hormona del estrés, esas que te contagian las ganas de trabajar y que desactivan a esas otras personas tóxicas que, por desgracia, son muchas en la vida y unas cuantas en la Universidad. Si alguien busca a un académico o académica «vitamina», lo encontrará, sin duda, en la profesora CALAZA LÓPEZ, catedrática de Derecho Procesal en la UNED. Ella representa ese «impulso procesal» en estado puro, necesario para quienes tenemos la suerte de estar a su lado y de participar en algunos de sus proyectos de investigación y de compartir docencia en nuestra querida UNED.

Incontable es su «inventario» académico y, entre las últimas de las incorporaciones monográficas a ese inventario, destaca el libro que ahora reseño. Se trata, a mi juicio, de una obra fundamental para quien se ocupa del Derecho Concursal. Y ello porque el Derecho Concursal no se puede entender sin el proceso, sin el conocimiento de aquellas herramientas procesales necesarias para que las normas cumplan su función. La jurisdicción, la competencia, el procedimiento concursal, la aplicación y especialidades del procedimiento abreviado, el incidente concursal, los recursos, los efectos procesales de la declaración del concurso son los principales pilares de esta obra.

La autora aborda toda esta problemática en un contexto particularmente delicado en lo social, en lo sanitario y en lo económico como es el derivado de la pandemia que sufrimos y cuyas secuelas en esos tres ámbitos son todavía palpables. La crisis de las personas jurídicas —y también la de las físicas— exige poner en marcha las líneas maestras de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. Aunque este ensayo no incorpora —por no haber sido promulgada en la fecha de su publicación— la nueva regulación derivada de la transposición de la referida Directiva, su interés resulta fuera de duda en la medida en que nos ofrece una perspectiva procesal que no abunda entre los tratadistas del Derecho Concursal.

A la profesora CALAZA le resulta sorprendente que no se potencien en este campo fórmulas alternativas a la jurisdicción para la resolución del conflicto. En el marco de la jurisdicción civil la autora nos recuerda que el Proyecto de

Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia impone un nuevo presupuesto de procedibilidad, a todos y cada uno de los procesos dispositivos, para poder acceder al juicio: el cumplimiento de los denominados «medios adecuados de solución de controversias», como la mediación, la conciliación, el experto independiente, la oferta vinculante… Y la autora se sorprende, con razón, de que el proceso concursal sea una excepción y que, en esta materia, desde el inicio, haya de entrarse «en el templo de la justicia» sin pasar, previamente, por el «templo de la concordia».

Antes de iniciar el proceso concursal, debieran potenciarse —en palabras de la profesora CALAZA— «primero los medios alternativos de solución de conflictos voluntarios —en especial, la mediación concursal— preferiblemente electrónica y canalizada a través de plataformas digitales del Poder Judicial en este *servicio público* que dice ser la justicia». Y, tras el intento de estos medios alternativos, se propone la implementación de planes de contingencia obligatorios en todas las empresas y, por último, la maximización del *pre-pack*, es decir, la realización de los activos de la empresa que se encuentran en situación de dificultad. Consumidos estos tres instrumentos ya no quedará otro remedio que iniciar el proceso concursal, pero solo después de haber intentado sin éxito esos mecanismos.

Lamentablemente, también después de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, la mediación concursal resulta —aún más si cabe— debilitada. Se observa, por ejemplo, que con el transcurso del tiempo y de los correspondientes cambios normativos, el acuerdo extrajudicial de pagos pasó de ser un expediente o instrumento obligatorio para poder acceder al denominado «beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho» a dejar de existir como tal. La figura del mediador era vital en ese acuerdo extrajudicial de pagos que debía necesariamente iniciarse —aunque finalmente no pudiera lograrse— antes de la entrada en vigor del texto refundido de la Ley Concursal de 2020; y ello en cualquiera de las vías de acceso a ese beneficio de exoneración de deudas.

Tras la entrada en vigor del texto refundido, y hasta la nueva normativa del otoño de 2022, el acuerdo extrajudicial de pagos ya no era obligatorio en todos los canales de acceso al beneficio. Y, finalmente, nos encontramos, ahora, en un escenario normativo en el que desaparece, como tal, el acuerdo extrajudicial de pagos y su obligatoriedad como paso previo para obtener un alivio o liberación en la carga financiera del deudor. El anterior acuerdo extrajudicial pasa a ser sustituido por planes de reestructuración (a través de la figura de expertos profesionales) y planes de continuación. Es en estos últimos donde cabe la figura del mediador, pero su nombramiento y actuación solo se materializará cuando lo pida un cierto porcentaje del pasivo concursal. Esta pérdida de fuerza y relevancia del mediador en el proceso concursal se cohonesta, a mi juicio, con la filosofía del precitado Proyecto de medidas de eficiencia procesal que excluye al proceso concursal de la obligatoriedad de acudir a medios adecuados de resolución de conflictos antes de iniciar la vía judicial.

De otro lado, la autora considera que en materia concursal la justicia predictiva es el futuro porque cuando se lleguen a integrar en nuestras empresas planes de contingencia que alerten de la proximidad de la insolvencia, «entonces todos los algoritmos de esas empresas entrarán a mezclarse con los de otros casos similares que, en un momento anterior, lograron la reestructuración en lugar de la liquidación». La Inteligencia Artificial se convierte, de este modo, en un instrumento fundamental para prever y resolver problemas antes de que estos cristalicen en lo inevitable. «Ninguna materia del orden civil —pronostica la Prof.

CALAZA— se verá tan beneficiada como esta por la Justicia predictiva y por la Inteligencia Artificial, como la concursal». El denominado «concurso tecnológico» constituye el principio inspirador del concurso del futuro. La autora es, como siempre, valiente en sus propuestas y solvente en sus argumentos.

Reflexionar sobre lo que este libro ofrece a los académicos y a los operadores jurídicos es fundamental para abordar y entender el presente y el futuro del Derecho Concursal en España, un futuro en el que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pierden fuerza —a contracorriente de lo que la justicia y la sociedad parecen demandar— y en el que, paralelamente, parece disminuir la intervención judicial y aumentar el poder de decisión unilateral del administrador concursal. Es curioso observar cómo en la normativa derivada de la transposición de la precitada Directiva, el juez que dicta las reglas que sustituirán al anterior «plan de liquidación» no podrá exigir la previa autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un período superior a un año. Y, además, las reglas especiales de liquidación que establezca el juez quedarán completamente sin efecto si así lo solicitaran acreedores cuyos créditos representen más del 50 por ciento del pasivo ordinario y que, a su vez, representen más del 50 por ciento del pasivo total.

Esta monografía no constituye, en mi opinión, una más para colocar en cualquier estante de la biblioteca de quienes nos ocupamos de alguna de las múltiples vertientes del Derecho Concursal. Si realmente queremos entender el proceso concursal y sus finas aristas, este libro no puede «dejarse» en cualquier estante. Su lugar debería ser el del escritorio de quien, permanentemente, necesita conocer el éxito final —o el fracaso— de las normas sustantivas aplicables o, parafraseando al ilustre procesalista, el estado de los «trenes» (proceso) y de las «vías» (procedimiento) para que todo llegue a donde tiene que llegar del mejor modo posible y, por supuesto, lo antes posible.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: *Compliance y contrato de seguro privado,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2020, 329 pp.

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES
Profesor Doctor de Derecho civil
Universidad de Cádiz

Cuando se publicó el estudio monográfico del profesor VÁZQUEZ DE CASTRO, me encontraba culminando mi tesis doctoral, relativa a la responsabilidad civil del *compliance officer*. Evidentemente, mi inquietud se acentuó por la temática que trataba y la estrecha conexión con mi trabajo de investigación, así que no dudé ni un segundo en hacerme con un ejemplar de tan novedosa y original monografía.

La obra aborda uno de los temas de mayor actualidad e inquietud: el fenómeno de *Compliance* incardinado en el ámbito del seguro privado. La complejidad de la materia y el análisis desde el prisma esencialmente *iusprivatista*, la convierte en una investigación pionera, exclusiva y de referencia. Pocos han sido los autores que han tratado la compleja realidad del *Compliance* desde la disciplina del Derecho Privado, considerándose el Dr. VÁZQUEZ DE CASTRO uno

de los primeros en contribuir en el estudio de este ámbito material. El Derecho Privado, y más concretamente el Derecho Civil, tiene mucho que decir y aportar a la Ciencia sobre esta novedosa realidad, que impacientemente va penetrando en todos los sectores del Derecho. Por razones normativas, el *Compliance* se aborda y debate, en mayor medida, por la doctrina penalista y procesalista, con la asistencia en los últimos tiempos a un auge exponencial de otras ramas del saber jurídico como el tributario, el administrativo o el laboral. Sirva también para hacer un llamamiento a los colegas civilistas para que, como el autor de la obra reseñada, den un paso al frente e investiguen los numerosos aspectos jurídico-privados que se relacionan con el fenómeno de *Compliance* (*v.gr.* protección del consumidor, mediación organizacional, vicisitudes de las relaciones jurídicas, contrato, responsabilidad, sector profesional, etc.).

Con la intención de responder a la metodología y sistematización lógica de toda investigación jurídica, la monografía queda dividida en cuatro secciones diferenciadas: la primera dedicada al *Compliance* (origen, evolución, función y relación con los contratos de seguro); una segunda referente a los seguros con cláusula de cobertura de sanciones (como complemento del *Compliance*, pólizas *D&O* y limitaciones); la tercera que aborda el control de las pólizas de seguros y los efectos de las cláusulas de cobertura de sanciones (control preventivo y control jurisdiccional); y, la última que cierra la investigación con unas necesarias conclusiones finales.

A modo de proemio, el profesor ORDUÑA MORENO relaciona, acertadamente, el contenido del trabajo con la transparencia, la reputación y la transformación socioeconómica, elementos trascendentales que destacan como fines intrínsecos del espíritu de *Compliance*. A continuación, le sigue el exquisito prólogo del profesor LLAMAS POMBO, quien destaca la utilidad y originalidad del tema propuesto, ofreciendo además unas acertadas reflexiones sobre la semántica del término *Compliance*, su ámbito normativo o la finalidad y fundamento de este nuevo fenómeno. Como colofón, la obra se concluye con una exhaustiva y rigurosa bibliografía, a pesar de la escasez de fuentes que tratan de forma concreta el tema expuesto, lo que reafirma la exclusividad y originalidad de este riguroso trabajo.

El objeto de esta recensión es dar unas notas y poner de relieve algunas reflexiones de cada uno de los capítulos de la obra, es decir, una valoración puntual de los postulados más llamativos o interesantes.

El *capítulo I* introduce el tema aclarando la terminología y el concepto de *Compliance* para, posteriormente, relacionarlo con el contrato de seguro. El autor explica la novedosa nomenclatura partiendo de su significado inglés y, acaba adentrándose en los postulados ofrecidos por la doctrina penalista y procesalista. La relación entre el *Compliance* y el seguro privado es nítida, pues el primero pretende la evitación o mitigación del riesgo de incumplimiento y, por su parte, el seguro puede actuar como mecanismo para cubrir el riesgo asegurado de aquellas consecuencias negativas que se deriven de dicho incumplimiento.

De esta parte del trabajo, resulta interesante destacar el análisis que se efectúa a las medidas introducidas en la Directiva *Whistleblowing* (Directiva 2019/1937, de 23 de octubre), poniéndose de relieve la importancia que le han otorgado los órganos supranacionales a la cultura de *Compliance*, al obligar a determinadas entidades y organizaciones a que cuenten con los denominados «canales de denuncia» a modo de vías de comunicación e información de incumplimientos. El ordenamiento español ya estableció, como uno de los requisitos de los modelos de organización y gestión o *Compliance Programs* (requisito 4.º apdo. 5 artículo 31 *bis* CP), la obligación que las personas jurídicas contasen con cauces idóneos por

los que se permita comunicar incumplimientos o infracciones y, así, prevenir o detectar de forma anticipada irregularidades, actos indebidos o comportamientos que hipotéticamente se traduzcan en un perjuicio (penal, civil o administrativo).

De la lectura, me surge la duda respecto a la siguiente afirmación: «[…] la Unión Europea establece de manera definitiva la obligatoriedad de sistemas de *corporate compliance* […]», puesto que, realmente, la institución supranacional solo exige como obligatorio los canales de denuncia y, estos son uno de los varios elementos que ha de componer todo sistema de *Compliance*. En el caso de España, el cumplimiento normativo no se configura en el Código Penal como una obligación legal a cumplir por las personas jurídicas destinatarias de la norma (*vid*. art. 31 *bis* CP), sino que se establece como beneficio de aquellas que hayan adoptado eficazmente una serie de medias preventivas. Eso sí, será requisito imprescindible (y, por ende, obligatorio) para quienes deseen hacerlos valer, con el objeto de obtener la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética condena criminal.

Otra de las cuestiones de interés que destaca el autor es la relación entre mediación y *Compliance*, mostrándo cómo la función de cumplimiento ha de apostar por la solución interna y confidencial de las controversias, de forma amistosa, flexible y amable, favoreciéndose positivamente alcanzar los fines de la cultura ética corporativa a través de la mediación organizacional. Una apuesta novedosa y de especial interés, que la convierten en el descubrimiento de una innovadora línea de investigación.

El *capítulo II* se adentra en la contratación y oferta por las entidades aseguradoras de pólizas que cubran las sanciones o consecuencias derivadas del incumplimiento del sistema de *Compliance*, teniendo en cuenta que las cláusulas de cobertura de sanciones son controvertidas y criticadas. A este respecto, plantea si sería factible adaptar los seguros *D&O* para que cubran a la persona jurídica de los efectos lesivos producidos por la infracción e incumplimiento. Se hace un recorrido argumentativo sobre las sanciones y su aseguramiento, llegando a la lógica conclusión que las sanciones de carácter penal no son asegurables por no poderse sustraer de la pena al delincuente y, como consecuencia, desembocaría en la ausencia de toda salvaguarda del orden social. Sin embargo, no parece ocurrir lo mismo con las sanciones administrativas, que habrá que atender según cada caso concreto (especialmente si están o no afectadas por el orden público).

Efectuado un completo análisis sobre la función de *Compliance* y el aseguramiento de los efectos negativos por su aplicación, el *capítulo III* acerca al lector al control (preventivo y jurisdiccional) del clausulado de las pólizas de seguro. En primer lugar, se analiza la labor de control y supervisión previa por parte del sector público (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), estimando que no son ajenas a esta labor los contratos de seguro que incorporen cláusulas de cobertura de sanciones, cuya inadmisibilidad se ha recalcado por la Administración mediante la respuesta a una consulta (no vinculante) de 31 de marzo de 2008. Referente a esa actividad de control y supervisión previa, me surge la reflexión tras la lectura del artículo 95.1 LOSSEAR, ya que las condiciones contractuales y los modelos de pólizas no están sujetas a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la DGSFP (*ex* art. 95.1).

Por otro lado, entiende el autor que la sanción de la DGSFP no trasciende más allá del plano administrativo y que los tribunales civiles no quedan vinculados por las decisiones administrativas al objeto de considerar su ineficacia contractual. Sin embargo, podría plantearse la duda de si la existencia de tales resoluciones administrativas pueden ser valoradas y tenidas en cuenta por el juez

civil para decidir sobre la nulidad, cuando además son publicadas en el BOE y de público conocimiento. Esto haría pensar acerca de la naturaleza jurídica de los acuerdos dictados por las Direcciones Generales. La doctrina y, su mayor exponente GARCÍA DE ENTERRÍA considera que las resoluciones emanan de un «poder doméstico», restringido en su alcance al ámbito estrictamente organizativo, cuya misión es incluir interpretaciones o aclaraciones que carecen de todo valor normativo para los ciudadanos y tribunales. El capítulo finaliza con el control del contenido de las pólizas que pueden realizar los juzgados y tribunales, valorándose minuciosamente la validez o ineficacia de las cláusulas de cobertura de sanciones (derivadas de infracciones penales y administrativas) y sus efectos.

La lectura de la monografía recensionada suscita continuamente la reflexión acerca de un fenómeno que se embute de plano —con afán de ampliación y solidez— en el ordenamiento jurídico. El Derecho Privado, en general, y el Civil, en particular, asisten impacientes a las nuevas realidades impuestas por el ordenamiento como la del *Compliance*, disciplinas tradicionales que han de enfrentarse a figuras traídas de otros sistemas jurídicos donde sí cuentan con cierto recorrido y apoyo. El doctor VÁZQUEZ DE CASTRO ha sabido identificar y tratar metódicamente uno de los muchos interrogantes que supone el cumplimiento normativo para con las disciplinas del Derecho Privado. Como en todo lo novedoso y original, la tarea no resulta sencilla y, el autor ha sabido abordar con erudición, maestría, estilo y rigurosidad una innovadora línea de investigación, a modo de «aventura jurídica». Y, como dice el refrán: «[q]uien no se aventura no pasa la mar»; por lo que es preciso aventurarse para conseguir cosas difíciles, tal y como lo ha hecho el creador de la obra *Compliance y contrato de seguro privado*.

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 recesiones 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 Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

FECYT-177/2022
Fecha de certificación: **4ª Convocatoria (2014)**
Válido hasta: **22 de julio de 2023**

Suscripción anual: 104 €
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444