REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Enero-Febrero • Núm. 795

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 • Enero-Febrero 2023 • Núm. 795

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*

MURUAGA HERRERO, Pablo: «Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: "13 Rue del Percebe"» / *Legal personality of the communities of owners under the horizontal property regime and the registration of rights in their favour in the land registry: «13 Rue del Percebe»*..... 13

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lidia: «La regulación de la adopción nacional: interpretación jurisprudencial y doctrinal de algunos de sus aspectos más conflictivos» / *The regulation of national adoption: jurisprudential and doctrinal interpretation of some or its most conflicting aspects*..... 67

CORVO LÓPEZ, Felisa María: «La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España» / *Subjective conformity in the context of the sale of goods and the supply of digital content and services following the transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771 in Spain*... 123

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

SIMÓN MORENO, Héctor: «La regulación del contrato de la compraventa en libro sexto del Código Civil de Cataluña. Análisis de las especialidades con trascendencia inmobiliaria» / *The regulation of the sale contract in the Sixth Book of the Civil Code of Catalonia. Analysis of the specific provisions on real estate transactions*..... 181

Págs.

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

BOTELLO HERMOSA, Pedro Igancio: «La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21» / *The legitimate strict ¿collective? after Law 8/2021* 227

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

JIMÉNEZ PALMA, Eva: «La fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho comparado (Primera parte)» / *Real estate fiduciary projects in Comparative Law (Part One)* 275

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 313

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1 Parte general:

— «Equilibrio y equidad en la convivencia tras la ruptura familiar: garantía de derechos de todas las partes» / *Balance and equilibrium in coexistence after family breakup: guarantee of rights of all parties*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE 421

1.2. Derecho de familia:

— «Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores» / *Guardian and custody of unemacipated minors: situations of gender*

Págs.

and vicarious violence and international child kidnapping, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 441

1.3. Derechos reales:

— «La constancia registral de la legítima según su naturaleza: especial examen del artículo 15 LH» / Legitimacy registration according to its nature: special examination of article 15 LH por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 540

1.4. Sucesiones:

— «Libertad para testar y testamentifacción activa de las personas con discapacidad» / *Freedom of testament and active testamentifaction of persons with disabilities,* por Fernando CAROL ROSÉS..... 562

1.5. Obligaciones

— «La paradoja del fiador y la crisis de la persona jurídica: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 en memoria de don Federico de Castro» / *The guarantor paradox and the crisis of legal entities: a comment to the Ruling by the Supreme Court of 12 November 2020 in memory of don Federico de Castro,* por Antonio GARCÍA GARCÍA..... 584

1.6. Responsabilidad civil:

— «Causa eficiente y concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual: análisis de sus fundamentos y consecuencias jurisprudenciales» / *Efficient cause and contributory fault in non-contractual liability: an analysis of their fundamentals and jurisprudential consequences,* por Karen M.ª VILACOBA RAMOS 626

1.7. Concursal:

— «Novedades en el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto Ley 6/2012 introducidas por el Real Decreto Ley 19/2022» / *Novelties in the Code of Good Practices of Royal Decree Law 6/2012 introduced by Royal Decree Law 19/2022,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 651

Págs.

2. MERCANTIL:

— «Distinción entre estipulación en favor de tercero y autorizado de pago en el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa» / *Distinction between stipulation in favour of a third party and authorized payment in the breach of the declarations and statements in the company sales contracts,* por Francisco REDONDO TRIGO..... 670

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

— «Tratamiento de las obras de urbanización comunes a varias actuaciones de transformación urbanística. Las entidades urbanísticas de coordinación» / *Treatment of urbanization works common to various urbanistic transformation actions. Urbanistic coordination entities*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 684

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«El dolo testamentario» de Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, por César HORNERO MÉNDEZ..... 703

ESTUDIOS

Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: «13 Rue del Percebe»*

Legal personality of the communities of owners under the horizontal property regime and the registration of rights in their favour in the land registry: «13 Rue del Percebe»

Por

PABLO MURUAGA HERRERO
Graduado en Derecho por la Universidad de Valencia

RESUMEN: En el ordenamiento jurídico español, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal carecen de personalidad jurídica. Dicha falta de atribución, acompañada de la gran importancia e

* El presente trabajo fue galardonado con el I Premio de la Cátedra de Derecho Inmobiliario Registral «Bienvenido Oliver» al mejor trabajo de fin de grado o de fin de máster sobre Derecho Registral para el curso 2018/2019 de la Universidad de Valencia.

implantación que tiene esta institución en nuestra sociedad, hace que surjan numerosos problemas en el tráfico jurídico. Uno de los de mayor trascendencia es la imposibilidad de inscribir derechos en el Registro de la Propiedad a favor de tales comunidades. El Estado se encuentra ante una serie de problemas que debe solucionar en aras de una mayor seguridad y agilidad.

ABSTRACT: The communities of property owners within the legal framework of the Commonhold Act lack legal personality. The absence, along with the Paramount importance which define this institution in our society, causes the appearance of numerous problems in the sphere of mass market consumer transactions. The inability to register rights in the Land Registry related to the abovenamed communities is regarded as one of the greatest problems of the system. The Government is facing a wide range of conflicts which require its attention and prompt solution to ensure a high degree of security and dynamism.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal. Personalidad jurídica. Registro de la Propiedad. Capacidad. Comunidades de propietarios.

KEY WORDS: Horizontal property. Juridical Personality. Land Registry. Capacity. Community of owners.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVES NOTAS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: 1. Naturaleza. 2. Caracteres comunes de las organizaciones de personas jurídicas para ser calificadas como personas jurídicas. 3. La persona jurídica en el Derecho positivo español. 4. Diferencias entre la personalidad jurídica y la comunidad por cuotas o copropiedad. 5. La figura del consorcio real en el Derecho español. —III. LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. Concepto de propiedad horizontal. 2. Breve reseña de la propiedad horizontal en España. 3. Naturaleza de la propiedad horizontal. 4. Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios. 5. La representación en el tráfico jurídico de las comunidades de propietarios. 6. Capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y responsabilidad de la comunidad ante terceros: *A) Titularidad de derechos y obligaciones:* a) Novedades derivadas del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio y sus posteriores modificaciones por la Ley 8/2013, de 26 de junio y por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; y del Real Decreto Ley 19/2021, de 5 de octubre. b) Especial referencia a las deudas de los copropietarios. *B) Responsabilidad de la comunidad ante terceros.*—IV. INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. —V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de marzo del año 1961 D. Francisco IBÁÑEZ TALAVERA publicó en la revista *Tío Vivo* el primer número de su popular y conocida historieta «13, Rue del Percebe», adquiriendo rápidamente una gran popularidad entre los lectores españoles debido, entre otros factores, a la novedosa estructura que presentó el historietista barcelonés: un edificio con la fachada hendida en el que se podía ver de manera clara y paladina la división horizontal en plantas de su vuelo vertical y, de este modo, los lectores podían conocer los entresijos de los diferentes personajes que vivían en él y las vivencias y peripecias de esta *especial propiedad*.

IBÁÑEZ caricaturizó soberbiamente a la sociedad española de los años 60 en una sola página, puesto que solo disponía de la contraportada de la revista. Pero el limitado espacio no fue obstáculo alguno para atribuir a cada uno de los personajes que residían en ese edificio los estereotipos propios de toda clase y condición social. Es más, los españoles se pudieron ver reflejados en sus dibujos, pues, entre los años 60 y los años 70, en la época del desarrollismo, nuestro país pasó de vivir, mayoritariamente, en viviendas unifamiliares a vivir en edificios de grandes ciudades, en medio de uno de los mayores éxodos rurales de la historia reciente, donde ante la falta de oferta de suelo, se optó por aprovechar el vuelo de los edificios. Ese desplazamiento de la población hizo que en esas dos décadas se produjera el mayor auge de la construcción de edificios destinados a viviendas en la historia de nuestro país sin que se consiguiera superar ni en la época de la *burbuja inmobiliaria* del siglo XXI[1]. Pasamos a ser personajes de nuestras propias comunidades de vecinos y nos veíamos reflejados en las historietas de IBÁÑEZ.

No obstante ello, los protagonistas de la historia no eran solo los inquilinos del número 13, sino que el historietista dio vida a cada trazo de su dibujo, dio vida a los elementos comunes y privativos del edificio. Por un lado, entre los elementos comunes que recoge el artículo 396 del Código Civil, destacaba el ascensor cuyos problemas eran *el pan de cada día* de esa comunidad de vecinos y cuyas reparaciones debían ser asumidas por todos los copropietarios con arreglo a la cuota de participación fijada en el título constitutivo de la comunidad o a lo especialmente establecido para ello, teniendo en cuenta que, posiblemente, el local situado en la planta baja estuviera exento de contribuir al mantenimiento del ascensor, si así lo recogían los estatutos de la comunidad; o la vivienda del portero que, aun siendo elemento común, lo era por destino y, por lo tanto, podía ser desafectada por los vecinos y venderla a un tercero si así lo acordase su junta de propietarios.

Por otro lado, los elementos privativos, es decir, aquellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento

común del edificio o a la vía pública, eran cada uno de los pisos y locales del edificio, que, a través de las vivencias de sus personajes, contaban una pequeña historia dentro de la viñeta: pensiones en pisos destinados a viviendas, sin conocer si los estatutos de la comunidad de propietarios permitían tal uso y si de no permitirlo, estaba inscrita la cláusula en el Registro de la Propiedad; un local en la planta baja o la buhardilla que era utilizada como dormitorio por un pintor bohemio, aunque conocido por ser el mayor deudor del edificio y, seguramente, sin que hubiera sido habilitado ese desván como vivienda, previa la preceptiva licencia de la administración correspondiente y el acuerdo unánime de los copropietarios del edificio que se requiere para ello.

Incluso se podría plantear si esa buhardilla era un elemento privativo del edificio, propiedad del pintor que dormía en ella, o era un elemento procomunal, es decir, un piso susceptible de aprovechamiento independiente, pero cuya titularidad corresponde a los titulares del edificio en la misma proporción que la participación que tengan en la comunidad de propietarios y que esté afecto a un uso propio de la comunidad de manera directa o, como en este caso, indirecta (el posible arrendamiento de la buhardilla).

Lo que es claro es que todos eran elementos imprescindibles de la historia. Todos eran elementos indispensables de la comunidad de propietarios que constituían los residentes de este singular edificio sito en la Rue del Percebe, cuyos linderos y situación georreferenciada se desconocían para otorgar un carácter ecuménico a la situación dibujada y contada. Pero, sin duda alguna, el personaje que ha hecho que se recuerde esta historia, a pesar del paso del tiempo, no ha sido otro que la propia comunidad de propietarios. Una comunidad de propietarios que inspiró a otras muchas historias gráficas, literarias y televisivas. Una comunidad de propietarios que era un personaje en sí mismo, con su propia personalidad. Empero, ¿una comunidad de propietarios puede tener personalidad jurídica en nuestro sistema? ¿o su personalidad se quedará olvidada en aquellos tebeos de los años 60? ¿Puede inscribir la comunidad en el Registro de la Propiedad aquella buhardilla a nombre de la propia comunidad? ¿O debe inscribirla a nombre de cada una de las personas físicas o jurídicas que sean titulares de los pisos y locales del edificio atendiendo a sus respectivas cuotas de participación?

El incesante aumento de la vida urbana y el correlativo incremento de viviendas en régimen de propiedad horizontal, en el hervor de una cruenta crisis económica, ha generado una profusión de conflictos relativos a la ejecución de créditos comunitarios afectos a los elementos privativos de las propiedades horizontales, encontrándose, en no pocas ocasiones, con situaciones en las que las comunidades de propietarios devenían propietarias —valga la redundancia— de ciertos elementos privativos del edificio, topándose con la siguiente cuestión: ¿quién es el titular de tal bien?

Así, partiendo del presupuesto del problema que se ha esbozado, se nos presentan dos dilemas esencialmente jurídicos —aunque abarcables desde otras muchas áreas de estudio—: la atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios sujetas al régimen jurídico de la propiedad horizontal; y la posibilidad de inscribir a favor de tales comunidades la titularidad de derechos reales en el Registro de la Propiedad.

La metodología empleada ha consistido principalmente en la investigación bibliográfica, tanto especializada en la materia como general; en el estudio de la jurisprudencia y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado o Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública —cuya posición, ya avanzo, ha variado a lo largo del tiempo— (en adelante, DGRN o DGSJFP); en el análisis de la normativa vigente, sobre todo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, LPH) y el Código Civil; así como alguna incursión en la comparación con otros sistemas jurídicos y registrales.

Solo de este modo, al analizar la evolución jurisprudencial y la doctrina de esta podremos delimitar y determinar en qué momento jurídico nos encontramos y cuál es el destino al que sería deseable llegar. A lo largo del tiempo, las comunidades de propietarios han visto cómo sus actuaciones en el mundo jurídico han ido aumentando de manera paulatina. Pero ¿cuáles van a ser los límites de su futura actuación? ¿Es, tal vez, el momento oportuno para plantearse una reforma completa de la LPH y zanjar las problemáticas que presenta? Muchas cuestiones se suscitan en esta materia.

Dos cosas parecen claras: que cada vez más esta especial comunidad va dejando atrás aquellas características comunes que tiene con los entes sin personalidad y se va asemejando a una persona jurídica cuyas actuaciones se encuentran amparadas por su personalidad jurídica y su titularidad de derechos reales es incuestionada; y que el maestro IBÁÑEZ, cuando en los años sesenta decidió otorgar personalidad a la comunidad de propietarios del número 13 de la Rue del Percebe, se estaba adelantando al devenir jurisprudencial y —esperemos— legislativo *de estas nuestras comunidades* —como diría un conocido presidente de comunidad—.

II. BREVES NOTAS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1. Naturaleza

Posiblemente, una de las cuestiones que quedan sin resolver a lo largo de la andadura universitaria de cualquier estudiante de Derecho es comprender cuál es la naturaleza de una persona jurídica o, directamente, qué es una persona jurídica. La respuesta más sencilla nos la otorga el artículo 35 del

Código Civil, si bien su sencillez es solo aparente. Y aunque la mayoría de *nuestros amigos* sean personas jurídicas, tal y como dijo un conocido mandatario (SEOANE SMITH, 2019), numerosas son las complicaciones que plantea esta figura, los orígenes de las cuales son comunes a la gran mayoría de ordenamientos jurídicos modernos.

La primera complicación que tiene el delimitar qué es una persona jurídica o qué entendemos por personalidad jurídica es la propia palabra «persona». DE CASTRO BRAVO (1991, 137) dijo, ahondando en esta disquisición, que la palabra «persona» merecía ser calificada como polisémica, pues solo de este modo se podía expresar su riqueza semántica y, al mismo tiempo, la complejidad de conceptuarla jurídicamente. No obstante, ese tema no es objeto de estudio de este trabajo y, por lo tanto, cualquier incisión que se haga en el mismo será estéril. Así, a los efectos que nos interesan, entenderemos que con el término «persona» se hace referencia a «todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas» (CASTÁN TOBEÑAS, 1987, 115).

La segunda complicación —esta con mayor enjundia e interés para el tema a tratar— consiste en determinar qué entendemos por persona jurídica. El origen de este término es sumamente antiguo, pues ya desde tiempos inmemoriales las sociedades han otorgado atributos humanos a entes colectivos (CAPILLA RONCERO, 2003, 167), personificando a conjuntos de personas que tenían unos fines e intereses comunes. Empero la historia doctrinal que nos puede resultar de utilidad comenzó con la obra de SAVIGNY y su teoría de la ficción, mediante la que desarrolló los primeros esbozos realizados en el siglo XIII por el Papa Inocencio IV (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2016, 418).

SAVIGNY entendió que solamente la persona concreta, el hombre considerado como individuo podía ser denominado «persona» para el Derecho. De este modo, *sensu contrario*, todo aquel sujeto de derecho que no fuera un hombre solo podrá ser considerado como persona mediante una ficción:

> He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo, y ahora la voy a considerar en relación con otros seres ficticios, a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho (SAVIGNY, 1879, 60).

Por tanto, para poder atribuir la personalidad, que es consustancial y exclusiva del hombre como individuo, a aquellos entes que no son seres humanos, se necesita de un especial reconocimiento por parte del legislador. Será este quien decidirá, sometiéndose a criterios no solo jurídicos, qué

organizaciones sociales son merecedoras del atributo de suyo humano. No obstante, la teoría de la ficción ha sido criticada por autores posteriores al entender que SAVIGNY centró el concepto de «persona jurídica» solamente en el plano dogmático o formalista, aislándolo de la realidad social y jurídica (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1999, 13).

Frente a esta teoría, GIERKE y otros autores germanos desarrollaron la denominada «teoría orgánica» que se sustentaba en la idea de que las personas jurídicas eran entes naturales, «previas al propio poder estatal, que no puede respecto de ellas actuar en forma diversa a como lo hace respecto de los individuos» (CAPILLA RONCERO, 2003, 168). De esta suerte, el legislador no puede negarles el otorgamiento de la personalidad jurídica en tanto en cuanto se dotan de órganos que adoptan y toman decisiones buscando no el interés de sus individuos o asociados, sino el interés colectivo y supraindividual, es decir, el interés de la persona jurídica. En palabras del jurista italiano, FERRARA (1929, 186) «esta asociación tiene una voluntad general propia que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, […], sino una voluntad plúrima y única, la voluntad común de todos ordenadamente declarada».

Bien que el autor italiano en su obra explicase magistralmente la historia de la doctrina sobre las personas jurídicas, no perdió la oportunidad de desarrollar su propia tesis, denominada «tesis de la realidad jurídica». En ella sostiene que la personalidad no es un atributo inherente al hombre, sino que solo existe cuando el Estado o, más bien, cuando el ordenamiento jurídico de dicho Estado otorga esa cualidad a los individuos, pues «antes de una organización estatal, el hombre no es persona» (FERRARA, 1929, 356). Por lo tanto, del mismo modo que a un individuo solo se le confiere personalidad cuando el ordenamiento jurídico así lo ha establecido, las entidades u organizaciones de individuos solamente tendrán personalidad —jurídica— cuando el ordenamiento jurídico lo determine (BLANCH NOGUÉS, 2007). De este modo, FERRARA (1929, 359) considera que no todo ente es merecedor de dicho atributo, sino, solamente, aquellos a los que el Estado reconozca como sujetos de derechos y obligaciones y hayan sido constituidos para lograr un concreto y determinado fin. No obstante, en el caso de las organizaciones, el autor italiano estima que el Estado cuando les otorga personalidad jurídica, no se la concede a todos los individuos que la integran, sino a su conjunto como «unidad ideal», que solo podrá actuar en el tráfico jurídico representada mediante un órgano —formado por individuos— que adopte las decisiones colectivas.

Por otro lado, KELSEN, basándose en la obra de DUGUIT, expuso una teoría sobre la persona jurídica que supuso un cambio copernicano y radical respecto de las teorías precedentes. KELSEN partió negando que los derechos subjetivos fueran distintos de los derechos objetivos; con lo

cual la existencia de los primeros solo se *materializaba* como expresión de los objetivos. Consiguientemente, al negar la existencia de esta dualidad objetiva-subjetiva, entendía que tampoco cabía que existiesen —jurídicamente— los sujetos de tales derechos. Por tanto, consideraba que era irrelevante entrar a diferenciar el concepto de «persona física» del de «persona jurídica» pues ambas representan un mismo concepto jurídico-fáctico, es decir, con el término «persona» en palabras de KELSEN (2009, 100) solo se «designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas», por lo que sus diferencias se desvanecen.

De este modo, KELSEN engloba en un solo concepto —el de persona jurídica— a las personas físicas y a las organizaciones de individuos a las que el ordenamiento jurídico ha otorgado derechos e impuesto obligaciones. En tanto que las decisiones de dichas organizaciones son asumidas no por sí mismas, sino por los órganos que las representan en el tráfico —ya fuere jurídico, mercantil, social…—, y dichos órganos están integrados por individuos, no se puede —o, más bien, no se debe— diferenciar el trato que se dé a los individuos que conforman los órganos representativos y directivos de las organizaciones por el mero y simple hecho de formar parte de una organización:

> A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. […] Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común (KELSEN, 2009, 101).

Es el ordenamiento jurídico el que decide qué individuos y conjuntos de individuos son personas —físicas y jurídicas—, haciéndoles titulares de una serie de derechos y obligaciones. No obstante, su postura no otorga una solución al problema de determinar qué es una persona jurídica, sino que cambia los conceptos sobre los que versa el problema (JOHN, 1982).

Numerosas han sido las aportaciones posteriores, obra de numerosos autores, ahondando en esta *reyerta* doctrinal[2] y, lejos de alcanzar una unanimidad al respecto, han continuado defendiendo las más diversas teorías doctrinales.

2. Caracteres comunes de las organizaciones de personas para ser calificadas como personas jurídicas

Pero no es menos cierto que en medio de esta ebullición académica a la que nos referíamos no se pueda llegar a extraer una serie de requisitos o notas comunes que deben tener las organizaciones para poder considerarlas —de manera general— como personas jurídicas y que, en consecuencia, puedan actuar tanto activa como pasivamente en el tráfico jurídico, incluyendo la posibilidad de inscribir a su favor —en el caso del ordenamiento jurídico español— la titularidad de derechos reales en el Registro de la Propiedad, es decir, una serie de caracteres que nos permitan determinar que poseen personalidad jurídica —al menos, teóricamente—.

La primera de las notas que debe ser predicada por cualquier organización de individuos para que se le pueda considerar persona jurídica es la existencia misma de una organización consolidada articulada mediante una serie de órganos que adopten las decisiones de gestión y representación de la organización y posean funciones propias de gobierno del ente al que pertenecen (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2016, 419-420). Solo mediante dicha organización podrá interactuar en el tráfico jurídico como si de una verdadera persona —física— se tratase.

En segundo lugar, es necesario que la persona jurídica tenga una finalidad u objeto lícito (DE CASTRO BRAVO, 1991, 272), deviniendo, según una parte de la doctrina, «requisito fundamental y esencial, sin el cual la persona jurídica no puede existir, e inevitablemente se extingue, ya que el fin es la razón de su vida jurídica» (PÉREZ MIRALLES, 2017, 2). Esto se deduce, entre otros, del artículo 39 del Código Civil al recoger que la personalidad jurídica *se extingue* cuando el fin se haya realizado o cuando sea imposible llevarlo a cabo; o del artículo 1666 que, en sede de sociedades, exige que el objeto o el fin de la sociedad sea lícito.

Estos fines han de ser distintos de los de sus miembros, tal y como expresaba CASTÁN TOBEÑAS (1987, 370) al enumerar los requisitos indispensables para la existencia de una persona jurídica «Para que exista persona jurídica es indispensable: 1.º Que aparezca una entidad independiente de sus elementos componentes, incluso de los individuos humanos que la constituyen. 2.º Que a esta entidad le sean reconocidos derechos u obligaciones que no sean derechos u obligaciones de los elementos o miembros componentes».

En tercer lugar, es necesario que la organización tenga capacidad de actuar y de responder de sus actos y actuaciones, es decir, que sus actos produzcan efectos jurídicos y puedan responder de las consecuencias que causen los mismos; tal y como afirma JOHN (1982) «Lo que distingue, pues, a una persona es la capacidad para responder». Así, a una organización de

individuos no se le puede atribuir personalidad jurídica —y, por tanto, ser considerada persona jurídica— si no es capaz de responder de los efectos producidos por ellas, siendo solo esto posible si dispone de un patrimonio propio que la respalde.

En cuarto lugar, como corolario de lo anterior, es necesario que la organización posea un patrimonio propio y separado del de sus integrantes. Ya en el siglo XIX, BRINZ[3] apuntó en esta dirección al afirmar que «Lo que llamamos una persona jurídica no es realmente una persona, sino un tipo especial de patrimonios. […] Las personas jurídicas son solo patrimonios que, como regla general, no pertenecen a una persona sino a un fin u objetivo» (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2018). BRINZ diferenció dos tipos de patrimonios. Por un lado, un patrimonio denominado personal conformado por los derechos y obligaciones de que es titular una persona. Y, por otro lado, un patrimonio impersonal conformado por una serie de bienes que, sin ser propiedad de un individuo particular y considerados *nullius* por BRINZ, se encuentran adscritos a un determinado fin (TORRES MALDONADO, 2012, 7).

Este segundo patrimonio es el que, en todo caso, se identificaría con el de las personas jurídicas, un patrimonio compuesto por bienes afectos a un determinado fin y que puedan respaldar las actuaciones de la persona jurídica y los efectos de estas. Pero el hecho de que sea necesaria la existencia de un patrimonio propio de la persona jurídica y separado del de sus integrantes, no significa que no se dé la existencia de otros patrimonios relacionados con la misma y que puedan responder de los efectos que produzcan sus actuaciones (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016). En definitiva, lo verdaderamente importante en aras de acotar la definición de persona jurídica es que el patrimonio se encuentre separado del de sus miembros.

En quinto lugar, es necesario que la organización sea identificable mediante una denominación, una razón social, etc., en definitiva, sea identificable mediante un *nombre* y disponga de una dirección en la que se le pueda localizar, generalmente, identificado con el domicilio social. Del mismo modo que una persona física tiene un nombre y unos apellidos que la identifican, la diferencian y la individualizan, la colectividad organizada requiere de una denominación que permita identificarla en el tráfico y, de este modo, poder responsabilizar a un sujeto *con nombre y apellidos* de sus actuaciones, dirigiéndolas *a su residencia o domicilio*.

Con estos cinco elementos[4] —organización, gestión y representación mediante unos órganos, existencia de un fin u objeto lícito, capacidad para actuar y responder de sus actos, existencia de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros e identificación en el tráfico jurídico— es posible, vaga y genéricamente, ir clarificando qué organizaciones poseen

personalidad jurídica y cuáles no y, consecuentemente con ello, poder clarificar qué organizaciones son merecedoras de que el ordenamiento jurídico español les otorgue la calificación de persona jurídica.

Empero, en último término, al que le corresponde otorgar personalidad jurídica a las organizaciones es al Estado, por lo que el hecho de que haya asociaciones que cumplan con las notas acabadas de exponer no significará que posean personalidad jurídica; tal y como expone PÉREZ MIRALLES (2017, 3) «la existencia de una persona jurídica no deja de ser, en última instancia, una obra del Estado» y en la misma línea DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2016, 617-618) señalan que estas notas definitorias las cumplen otras organizaciones a las que el ordenamiento jurídico no otorga personalidad jurídica como sería la familia o la copropiedad en mano común.

3. La personalidad jurídica en el Derecho positivo español

El artículo 35 del Código Civil reconoce como personas jurídicas, por un lado, a «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley» y, por otro lado, a «las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de cada uno de los asociados». De dicho artículo se desprende la nota de mayor importancia en lo referente a la atribución de personalidad jurídica: solo se tendrá la consideración de persona jurídica cuando lo reconozca la ley o cuando la ley conceda personalidad propia a un tipo de ente (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2016, 423); es decir, el otorgamiento de personalidad jurídica, el ser considerado persona jurídica, pasa necesariamente por una atribución legal (*v.gr.* art. 1669 CC o art. 7 Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas).

Pero entiende parte de la doctrina que esta atribución legal no supone una concesión individualizada a cada uno de los entes, sino, más bien, una concesión de la personalidad jurídica normativizada «en virtud de la cual la personalidad jurídica se adquiere cumpliendo los requisitos normativamente impuestos sin que tenga que haber ningún acto específico de concesión» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2016, 424)[5]. De este modo, se agiliza el reconocimiento de la personalidad jurídica a las organizaciones en nuestro ordenamiento.

Debido a la regulación de la atribución de personalidad jurídica a las organizaciones en nuestro Derecho, determinados autores han afirmado que la persona jurídica se compone de dos elementos: i) un sustrato, es decir, «una entidad que pueda aparecer como independiente de sus elementos componentes» (de la que serían predicables las notas comunes expuestas en el anterior apartado) y ii) el reconocimiento del ordenamiento «que

atribuya a dicha entidad de cualidad de persona jurídica con la correspondiente capacidad» (CASTÁN TOBEÑAS, 1987, 447-448). A pesar de ello, otros autores han considerado que el reconocimiento no es un elemento de la persona jurídica, sino la única forma de conceder personalidad a la organización (ALBALADEJO GARCÍA, 1972, 167).

De un modo u otro, el reconocimiento se convierte en elemento indispensable para el nacimiento de la persona jurídica en tanto en cuanto sin él solo habría una simple organización sin personalidad jurídica. Es por estas razones por las que encontramos en el ordenamiento jurídico determinadas organizaciones que, a pesar de contar con una serie de elementos que permitirían su identificación y actuación en el tráfico jurídico, carecen de personalidad jurídica.

4. Diferencias entre la personalidad jurídica y la comunidad por cuotas o copropiedad[6]

Con las notas que se han apuntado en los anteriores apartados se puede llegar a afirmar que la personalidad jurídica es un tipo de propiedad especial que engloba a —casi— todas aquellas propiedades diferentes de la individual. En efecto, la personalidad jurídica supone la propiedad colectiva por parte de un grupo de individuos de un patrimonio separado, independiente y afecto a un determinado fin —aunque la personalidad jurídica también en-globa propiedades que no son colectivas como pudieren ser las fundaciones o las sociedades anónimas o limitadas unipersonales—. No obstante, hay una propiedad desemejante de la individual que no se encuadra en el engranaje de la personalidad jurídica, pues carece de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros o integrantes.

Nos referimos a la copropiedad o comunidad de bienes por cuotas[7], resultando conveniente entrar a analizar las diferencias que presenta con la personalidad jurídica. Tal y como afirma el profesor ALFARO ÁGUILA-REAL (2018), ambas son formas de propiedad colectiva puesto que los bienes que pertenecen a la persona jurídica o a la comunidad son, en definitiva, propiedad de los integrantes de dichas organizaciones. Por un lado, y tal y como hemos expresado *ut supra,* la personalidad jurídica es aquella propiedad especial en la que el patrimonio de la colectividad se encuentra separado del patrimonio de sus miembros y constituido para servir a un determinado objetivo o fin. Por otro lado, en cambio, la comunidad no tiene un patrimonio separado del de sus miembros en tanto en cuanto la cosa o el derecho es propiedad de todos sus miembros en proporción a unas cuotas, integrándose en el patrimonio de cada uno de ellos, tal y como se desprende del artículo 392 del Código Civil. Por tanto, la diferencia entre ambos tipos

de propiedad reside en la falta de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros en el caso de las comunidades o copropiedades[8].

Y no solo se puede destacar esa diferencia. Autores como GÓMEZ MARTÍNEZ y GÓMEZ MARTÍNEZ (1999, 147) entienden que la diferencia principal entre ambos tipos —o lo que es lo mismo la razón principal por la que las comunidades de bienes carecen de personalidad jurídica— es la falta de voluntariedad en la creación de la comunidad de bienes en la medida en que su constitución suele devenir por situaciones no buscadas o pretendidas[9]. Otros autores, como ALBALADEJO GARCÍA (1995, 669-682), consideran que la principal diferencia reside en el carácter estático de las comunidades de bienes, ya que estas tienden a la conservación y mantenimiento de los bienes y al disfrute de estos por parte de los copropietarios, sin centrar su interés primordial en la obtención de ganancias[10]. Un tercer grupo de autores (QUESADA SÁNCHEZ, 2003, 9) consideran que la principal diferencia entre ambas figuras reside en que en la comunidad o copropiedad no existe ningún ente diferente al de los partícipes de la comunidad, a diferencia de lo que ocurre en la personalidad jurídica en la que sí que hay una entidad distinta e independiente de las personas que la componen.

En último lugar, hay un sector doctrinal que sostiene que la principal diferencia reside en cómo se articulan los intereses (LECIÑERA IBARRA, 2014, 69-70). Entienden que en el caso de la personalidad jurídica existe un único interés supraindividual constituido no por la suma de los intereses individuales de manera estanca, sino por la unión armonizada de todos ellos en uno solo —con las cesiones de parte de los intereses individuales en aras del interés superior—. En cambio, en el caso de las comunidades de bienes no encontramos tal interés supraindividual, sino que los intereses de los individuos que conforman la comunidad mantienen su independencia sin llegar a fundirse en uno único y superior (FAUS PUJOL, 2019; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, 1954).

5. La figura del consorcio real en el Derecho español

En otro orden de cosas, una parte de la doctrina, principalmente la italiana, ha venido distinguiendo un tercer tipo de propiedad colectiva distinta de la comunidad por cuotas y de la personalidad jurídica: el consorcio real. En cambio, la legislación y la doctrina española no han reconocido esta figura jurídica, pues el único artículo sobre el que se podría sustentar el consorcio real es el artículo 398.IV del Código Civil que recoge que «cuando parte de la cosa pertenece privadamente a un partícipe o a alguno de ellos y otra fuere común» (CORRAL DUEÑAS, 1986; PÉREZ PÉREZ, 2001). Tal ha sido la influencia italiana que cuando la doctrina española ha estudiado

el consorcio real ha prescindido de aportar una definición propia, optando por acoger las explicaciones teóricas italianas. Así, se ha definido el consorcio real como la «asociación de personas físicas o jurídicas, libremente creada o impuesta obligatoriamente, para la satisfacción en común de una necesidad propia de estas personas» (FERRI *apud* PÉREZ PÉREZ, 1981).

Las características que lo distinguen de las otras dos categorías son *grosso modo* según la doctrina las siguientes: i) la existencia de unos intereses comunes a un grupo de titulares de bienes inmuebles, erigiéndose tales intereses en el elemento fundamental y esencial para la posible existencia del consorcio, así como razón primordial para su creación; ii) es necesario que tales titulares sean los propietarios de bienes inmuebles o de elementos de carácter inmobiliario de manera exclusiva; iii) se requiere que todos esos titulares ostenten, al mismo tiempo, la cotitularidad de unos bienes que podrán ser utilizados por todos ellos, es decir, cuyo uso es común a todos los titulares de los bienes privativos; iv) se precisa que la existencia de los bienes de uso común sea inherente a la existencia de los bienes exclusivos de los titulares, es decir, es necesario que el destino de los bienes de uso común sea inseparable del destino de los otros bienes; y v) es necesario que se proceda a establecer entre todos los titulares unas normas que permitan la administración y gestión del consorcio que se ha creado (CORRAL DUEÑAS, 1986, 221-222).

La creación del consorcio real solo se puede materializar cuando se tiene como fundamento una «situación objetiva idéntica» para todos los titulares de los bienes, derivando de esa realidad unas necesidades comunes que el consorcio afrontará en favor de sus consorciados. Así, el consorcio se encarga, principalmente, de la gestión de esas necesidades e intereses comunes que son distintas de las de cada uno de los miembros del consorcio; el interés común del consorcio se erige superior a los intereses particulares de los consorciados (PÉREZ PÉREZ, 1981, 89).

Algunas de las características más reseñables de los consorcios reales son, según la doctrina, que sus miembros tienen la obligación de contribuir de manera proporcional al sostenimiento de las cargas que surjan a raíz de la realización de diversos actos de gestión del interés común por parte del consorcio; y que, aunque el consorcio pueda actuar en el tráfico jurídico y sea responsable de las consecuencias de sus actos, los beneficios económicos que pudiere producir con sus actuaciones serán imputables a sus miembros de manera proporcional.

A pesar de que su existencia en nuestro Derecho haya sido cuestionada y negada, aquellos autores que la han defendido han afirmado que, entre otros, serían consorcios reales (PÉREZ PÉREZ, 1986, 34): las medianerías —los titulares colindantes ostentan la titularidad exclusiva de sus fincas y la cotitularidad de los muros o separaciones[11]—, las comunidades de aguas

—los dueños ostentan la titularidad exclusiva de sus tierras y la cotitularidad del derecho al agua sobre ellas—, las urbanizaciones privadas, también denominadas propiedades horizontales tumbadas o —lo que suscita un mayor interés a los efectos de este trabajo— la propiedad horizontal —los dueños de los pisos o locales ostentan la titularidad exclusiva de tales bienes inmuebles y la cotitularidad de los elementos comunes—.

No obstante, aunque califiquemos cualquiera de tales situaciones jurídicas como un consorcio real, no se puede obviar que para poseer personalidad jurídica es necesario que el Derecho positivo la reconozca, pues «el consorcio real, por su naturaleza, no requiere estar dotado de personalidad jurídica» (PÉREZ PÉREZ, 2001, 265); de ahí que la ley haya atribuido personalidad a determinadas situaciones consorciales reales, mientras que a otras no se la ha otorgado.

III. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Concepto de propiedad horizontal

A pesar de que tenía presencia en la realidad (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, 1973, 86), el artículo 396 del Código Civil introdujo una forma de propiedad novedosa que era desconocida para nuestro Derecho positivo.

Dicho artículo supuso —y supone— la base de esta tipología de propiedad, pero no da un concepto legal de la misma, posiblemente, y entre otras razones, porque no la denomina en ningún momento «propiedad horizontal». El artículo 1 de la Ley sobre Propiedad Horizontal —que desarrolla la regulación de la propiedad especial del artículo 396 del Código Civil— tampoco aporta una definición legal del concepto «propiedad horizontal» pero sí que la denomina, por vez primera, como tal: «Artículo primero: La presente Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código Civil, que se denomina propiedad horizontal»[12].

Por ello, ante la falta de una definición legal, la doctrina aunó lo recogido por el Código Civil y las leyes especiales para acercarnos a un concepto teórico de la «propiedad horizontal». Así, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍNEZ y GÓMEZ MARTÍNEZ (1999, 25)[13] han definido el concepto «propiedad horizontal» como

> Una forma de propiedad que recae sobre un edificio dividido en pisos o locales u otras partes susceptibles de aprovechamiento independiente y en virtud de la cual se atribuye al titular de cada una de dichas partes privativas el dominio exclusivo de la misma y la copropiedad sobre los elementos comunes […] del edificio.

Otros autores han preferido definirla de un modo más genérico al referirse a la «propiedad horizontal» como «una forma especial de propiedad en la que siendo titulares varios sujetos su derecho aúna la propiedad separada de unos ciertos elementos con la propiedad compartida de otros» (SIERRA PÉREZ, 2016, 1601) o como «una forma de propiedad en la que los distintos pisos y locales de un edificio, que por sus características arquitectónicas lo permitan, pertenecen o pueden pertenecer a distintos titulares dominicales» (PÉREZ PASCUAL, 1974, 359) o bien como una «forma especial de propiedad […] caracterizada por la propiedad separada de cada piso o local junto con un derecho de copropiedad inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes que se encuentran al servicio de los pisos o locales» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2014, 23-24).

2. Breve reseña histórica de la propiedad horizontal en España

Aunque haya referencias a la construcción de edificios en un régimen similar al de la propiedad horizontal ya en siglos anteriores (BATLLE VÁZQUEZ, 1980, 17)[14], no es hasta la promulgación del Código Civil de 1889 cuando se regula por primera vez de manera directa esta figura jurídica (anteriormente, en el Proyecto de GARCÍA GOYENA se reguló la contribución a ciertos gastos de una casa dividida en pisos y el artículo 8 de la Ley Hipotecaria incluía una serie de notas características de la propiedad horizontal) en su artículo 396.

Esta primera redacción únicamente se centró en la regulación de la contribución de ciertos gastos de acuerdo con el valor de cada uno de los pisos, no regulando ningún aspecto relacionado con la gestión o con la existencia de bienes comunes (VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ, 1992, 55). En un principio se entendió la propiedad horizontal como una especie de copropiedad romana, ya que por el mero hecho de estar dividido un edificio en pisos de diferente titularidad no suponía que desapareciese la comunidad real que constituían todos ellos (PÉREZ PASCUAL, 1974, 290), impidiendo, de este modo, que se pudieran inscribir cada uno de los pisos de forma independiente en el Registro de la Propiedad[15].

La reforma de 1939 modificó totalmente el contenido del artículo 396, introduciendo una primera regulación sobre la propiedad exclusiva de los bienes privativos y la copropiedad sobre los elementos comunes (BATLLE VÁZQUEZ, 1980, 65-73). Esta reforma no solo introdujo la configuración primigenia del régimen de la propiedad de elementos privativos y comunes, sino que incluyó implícitamente una cuota de participación sobre los elementos comunes, reconoció un derecho de tanteo y retracto del resto de propietarios y plasmó la inseparabilidad de los elementos privativos y

comunes, pues solo era posible enajenar los comunes si se hacía de manera conjunta a los privativos (PÉREZ PASCUAL, 1974, 302-303). A raíz de esta ley, la jurisprudencia y doctrina comenzaron a plantearse que era una institución jurídica, compleja y novedosa, como la STC de 14 de junio de 1999 que afirmó que «no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada propiedad separada de los diferentes pisos o locales en que se divide el edificio o conjunto inmobiliario al que se aplica».

Dicha reforma fue celebrada por la doctrina civilista que vio en ella un primer paso en la construcción de esta figura jurídica, pero con problemas que debían ser resueltos en el menor lapso posible (DE LA RICA ARENAL, 1945, 45).

Finalmente, guiados por esas críticas, el 21 de julio de 1960 se aprobó la Ley sobre Propiedad Horizontal que modificó, nuevamente, el artículo 396, reduciendo su contenido y especificando que el tipo de propiedad regulado en tal artículo se regirá por las leyes especiales que hubiere. La ley reguló de manera explícita la atribución de una cuota de participación en la copropiedad de los elementos comunes, inseparable de la propiedad que se ostente sobre los bienes privativos del edificio. Además, introdujo la regulación de la gestión de la comunidad de propietarios, así como de la adopción de acuerdos, las modificaciones posibles de los elementos privativos, los órganos de las comunidades de propietarios constituidas, la supresión de los derechos de tanteo y retracto que tenían los demás titulares, etc. Supuso, en definitiva, un cambio radical en la concepción y regulación de la propiedad horizontal (GONZÁLEZ CARRASCO, 1997, 15).

3. Naturaleza de la propiedad horizontal

La naturaleza de la propiedad horizontal es una de las cuestiones doctrinales en la que menos consenso existe (POVEDA DÍAZ, 1982, 146)[16]. Mayoritaria y tradicionalmente, los autores se han dividido en dos corrientes: por un lado, aquellos que consideran que tiene una misma importancia tanto la propiedad separada de los elementos privativos como la copropiedad sobre los elementos comunes —denominados dualistas—; y, por otro lado, aquellos autores que consideran que la importancia reside en la copropiedad sobre la totalidad del edificio —denominadas monistas—.

Las tesis dualistas consideran que en la propiedad horizontal existe un derecho de propiedad exclusiva e individual sobre los elementos privativos y una comunidad sobre los elementos comunes del edificio (MONET ANTÓN, 1972 *apud* POVEDA DÍAZ, 1982). Así, estos autores consideran que el legislador optó por ubicar la propiedad horizontal como una suerte de

yuxtaposición entre la propiedad individual de cada uno de los propietarios de los pisos y locales y la comunidad o la copropiedad sobre los bienes y elementos comunes de la misma, puesto que el artículo 396 del Código Civil se refiere a una propiedad separada que lleva «inherente un derecho de propiedad sobre los elementos comunes del edificio» (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2012, 99).

A modo de ejemplo, la STS de 11 de octubre de 1978 manifestó que las notas características de la propiedad horizontal eran «la existencia de un grupo de titulares dominicales y la yuxtaposición de dos clases de propiedad». Además, esta postura ha sido sostenida, entre otras, por la RDGRN de 23 de octubre de 2012[17] al afirmar que «la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal está basada en la coexistencia entre la propiedad de los distintos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente y una copropiedad especial sobre los elementos comunes».

Este mantenimiento de las tesis dualistas se debe, principalmente, al fuerte respaldo que tiene en el Derecho positivo español. Así, el artículo 396 del Código Civil se refiere a esta institución como una «forma de propiedad», pero la regula dentro del título III del tibro segundo titulado «De la comunidad de bienes». Al mismo tiempo, el artículo 3 LPH recoge que a cada piso le corresponde «el derecho singular y exclusivo de propiedad» sobre los elementos privativos y «la copropiedad» sobre los comunes. Como sostiene GARCÍA GARCÍA (2017) [18] «la yuxtaposición de las dos clases de propiedad tiene una base legal indudable».

En cambio, las tesis monistas consideran que lo esencial en la configuración de la propiedad horizontal es la copropiedad al entender que el derecho de cada propietario recae sobre la totalidad del edificio «de igual modo que en cualquier caso de copropiedad el derecho de cada copropietario tiene por objeto toda la cosa común» (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1973, 58). En este sentido, afirman estos autores que la particularidad de esta copropiedad reside en el hecho de que hay ciertas partes del edificio que se reservan para el uso particular de cada copropietario. Para reforzar esta posición doctrinal argumentan que el artículo 3 LPH, al hablar de las cuotas de participación, no se refiere a los elementos comunes del edificio, sino que dichas cuotas se calculan en relación con la totalidad del edificio (DE LA CÁMARA, 1985; POVEDA, 1982). En el mismo sentido, MANRESA NAVARRO (1914, 448)[19] —respecto de la anterior redacción del artículo 396 del Código Civil— afirmaba que «el inmueble, en su totalidad, pertenece *de modo singular* a diversos propietarios, y que aun habiendo por la división terminado la copropiedad, y cesado el condominio sobre una parte que fue abstracta e ideal durante el *proindiviso*, continúan siendo comunes ciertas cosas indispensables al derecho de usar y disfrutar de la finca». O, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, 517) mantenía que «los

titulares de las diversas propiedades separadas son, a la vez, cotitulares, de algún modo, de la misma cosa, de todo el edificio en su conjunto».

Frente a estas tesis tradicionales, cada vez con mayor intensidad, han ido pronunciándose diversos autores que han considerado que el derecho de propiedad horizontal es un derecho complejo que no consiste solo en la parte privativa, sino que engloba todos aquellos elementos que hacen posible el ejercicio del derecho de propiedad como son las partes comunes (PÉREZ, 1974; BATLLE, 1980). En definitiva, apuestan por considerar que la propiedad horizontal se erige como una institución independiente, «una clase especial de propiedad, propiedad que supone la existencia de relaciones entre los condueños con las propiedades privativas y con las propiedades comunes» (ZANÓN, 1964; PRATS 1991).

Y esta última posición doctrinal es la que parece que ha adoptado la RDGRN de 3 de abril de 2018 —recordando a la RDGRN de 19 de abril de 2007— en la que se entendió que la propiedad horizontal en España está constituida por un único derecho de propiedad de cada uno de los copropietarios, rechazando las tesis dualistas y monistas expuestas, pero cuyo objeto es complejo —el elemento privativo, por un lado, y la participación en la titularidad de los elementos comunes de la finca—:

> El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. No se trata de dos propiedades yuxtapuestas, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja.

4. Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios

Según lo que se ha venido afirmando hasta el momento, la atribución de personalidad jurídica a cualquier organización de personas es decisión última del legislador, más si cabe, al ser la comunidad de propietarios una entidad de tipo asociativo y de interés particular (art. 35.2.º CC)[20]. Y lo cierto es que la LPH de 1960 no la otorga a las comunidades de propietarios. No obstante, resulta conveniente entrar a analizar cuáles son los motivos por los que el legislador español ha decidido no otorgarles personalidad jurídica.

Durante la tramitación parlamentaria de la LPH, DE ARCENEGUI CARMONA propugnó una enmienda que otorgaba personalidad jurídica a la junta de propietarios de las comunidades: «La Junta de copropietarios

tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines propios de la misma. La inscripción en el Registro de la Propiedad de los Estatutos de la Comunidad producirá el efecto de dotarle de dicha personalidad» (POVEDA DÍAZ, 1982, 192-193). Pero, dicha enmienda fue rechazada y calificada de «principio demasiado radical» (BATLLE VÁZQUEZ *apud* PÉREZ MIRALLES, 2017, 194) al considerar que no existen un conjunto de derechos y obligaciones, un patrimonio y unos fines propios e independientes de los de los individuos que conforman la comunidad.

En el mismo sentido, POVEDA DÍAZ mantiene que la propiedad horizontal no puede poseer personalidad jurídica al carecer de un fin propio distinto de las personas que la componen y al carecer de bienes que conformen un patrimonio propio. Respecto del fin propio, considera que en la comunidad de propietarios no existe ningún fin distinto del de los propietarios «y lo único que se pretende es hacer compatible ese fin de cada partícipe, con el mismo derecho que tienen los demás». Por otro lado, en lo que respecta a la existencia de un patrimonio propio de la comunidad, niega de manera rotunda la posibilidad de que la comunidad pueda ser titular de patrimonio alguno: «Si su patrimonio viene constituido por el edificio ¿cuál es entonces el objeto del derecho de cada uno de los partícipes?» (POVEDA DÍAZ, 1982, 183-184). En cambio, sí que admite la existencia de una organización superior en las comunidades de propietarios, aspecto que fue negado, en cambio, por BATLLE en la tramitación de la LPH.

En efecto, en 1960 se negó la estructura orgánica de las comunidades de propietarios al entender que no había ningún organismo independiente y superior a los propietarios. A pesar de ello, la doctrina fue desarrollando la tesis de la estructura orgánica de las comunidades de propietarios que, finalmente, se materializó en la reforma de 1999. Esta estructura orgánica se compone de la junta de propietarios, el presidente de esta, los vicepresidentes, el administrador y el secretario, pero solamente la existencia del presidente y de la junta de propietarios son obligatorios en todas las comunidades de propietarios constituidas conforme a la Ley, siendo los otros cargos facultativos. A tales órganos la Ley atribuye una serie de competencias en materias diversas relacionadas con la gestión de la comunidad y con su representación, quedando «sustraídas de la esfera individual de los copropietarios» (GONZÁLEZ CARRASCO, 2014, 432).

No obstante, esos mismos autores entienden que el hecho de que las comunidades de propietarios tengan una sólida y gran organización no significa que posean personalidad jurídica, pues dicha organización se centra en puras actividades de gestión, administración y representación de los intereses de los individuos, al existir solamente situaciones de coordinación y no de subordinación como ocurre en las personas jurídicas (ZANÓN MASDEU, 1964, 50). Por dicha razón, las actuaciones de las comunidades

de propietarios —más concretamente de sus órganos— solo producirán efectos frente a terceros cuando hayan sido adoptadas dentro de los límites que les permite la Ley y de acuerdo con los procedimientos establecidos (PÉREZ PASCUAL, 1974, 204).

Frente a las posturas mayoritarias anteriormente expuestas, autores como DONDERIS TATAY (1933, 152) han sostenido que las comunidades de propietarios poseen personalidad jurídica al entender que el concepto de «organización» y el de personalidad jurídica se encuentran asociados de manera necesaria y el reconocimiento del primero impone aceptar el segundo. De este modo, entienden que aquellos sujetos propietarios de los elementos privativos no son, al mismo tiempo, propietarios de los elementos comunes, sino que dichos elementos pertenecen a una persona jurídica —la comunidad— formada por los propietarios de los elementos privativos. Además, ha habido ciertos autores que han sostenido que las comunidades de propietarios tienen «un fin propio y distinto» de los fines e intereses de cada uno de los propietarios (PÉREZ MIRALLES, 2017, 10), no habiendo ya razones doctrinales para negar su personalidad jurídica.

En esta coyuntura dogmática, se acojan unos postulados u otros, lo que resulta claro y —podríamos afirmar— tajante es que la práctica totalidad de autores han sostenido que las comunidades de propietarios se componen de una organización suficientemente avanzada y compleja para conseguir el logro de sus fines. Por tanto, recordando esos dos elementos a los que hacía referencia el profesor CASTÁN TOBEÑAS (1987, 447-448), la comunidad de propietarios cumpliría uno de ellos —la organización—, no estando *en sus manos* cumplir el otro de los requisitos exigidos. En cierto modo, como afirmó PÉREZ MIRALLES (2017, 3) —que ya citamos— «la existencia de una persona jurídica no deja de ser, en última instancia, una obra del Estado», pues el reconocimiento de la persona jurídica es una cuestión que atañe al poder legislativo y basado en criterios de oportunidad política y legislativa. En definitiva, «guste o no, es que las comunidades nacen en la LPH de 1960 como entes sin personalidad jurídica» (PÉREZ MIRALLES, 2017, 4)[21].

5. La representación en el tráfico jurídico de las comunidades de propietarios

Durante cierto tiempo *se puso en tela de juicio* y se discutió la representación del presidente de la comunidad de propietarios en el tráfico jurídico y, en particular, la legitimación de este para representarla en sede judicial. No obstante ello, a partir de la década de los años noventa, la jurisprudencia empezó a reconocer la legitimación del presidente de la comunidad. Así, se

afirmó que su representación se encontraba entre la orgánica de las personas jurídicas y la representación voluntaria y, consiguientemente, aglutinaba la voluntad de todos los titulares al actuar como órgano de la comunidad (DE LA CÁMARA *et al.,* 1969, 965).

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de dicha década ahondó en la legitimación del presidente de las comunidades de propietarios. Entre otras, las SSTS de 2 de octubre de 1992[22], de 22 de octubre de 1993 o 10 de mayo de 1995 vinieron a decir que las facultades de representación del presidente incluían la defensa de los problemas que surgieren en relación con los elementos comunes y podría extenderse a la defensa de los intereses relacionados con elementos privativos, cuando los titulares de dichos elementos lo autorizasen. Así, la STS de 22 de noviembre de 1997 afirmó que «los presidentes están investidos de mandato suficiente para la defensa en juicio y fuera de él de los intereses complejos de toda la comunidad, salvo si se da una oposición expresa y formal, que mermaría el alcance amplio del mandato representativo presidencial»[23].

A pesar de esa jurisprudencia constante que afirmaba que el presidente de la comunidad de propietarios la representaba, la doctrina civilista española debatió incesantemente cuál era su verdadera naturaleza. En este sentido, MONET ANTÓN (1962, 314)[24] consideró que la representación de la comunidad se asemejaba a un contrato de mandato de *carácter forzoso*; en cambio, ZANÓN MASDEU (1964, 481)[25] entendió que la representación del presidente estaba configurada como una representación legal; pero también hubo autores que se decantaron por la representación orgánica[26].

La jurisprudencia que comentábamos vino a consolidarse legislativamente en el año 1999[27] al modificar el artículo 13 LPH, relativo a los órganos de la comunidad de propietarios. Así, dispuso en su apartado tercero que «El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten»[28]. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, Ley 8/1999) recoge que dicha modificación era necesaria para ganar no solo «flexibilidad y dinamismo», sino, también, para ganar «en eficacia» y acomodarse «a los nuevos requerimientos sociales».

Esta representación de las comunidades se encuentra estrechamente relacionada con la representación orgánica de las personas jurídicas (PÉREZ PASCUAL, 2000, 223), aunque según ciertos sectores doctrinales no llega a ser equiparable a la misma ante la falta del mencionado reconocimiento. No obstante, parece ser que la representación orgánica es la estructura representacional que más se asemeja a las comunidades de propietarios

y, por tanto, en caso de que el ordenamiento jurídico les reconociese personalidad jurídica estaríamos, claramente, ante un supuesto de representación orgánica. Algunas voces, como BADENAS CARPIO (1998, 155), han sostenido que considerar la representación de las comunidades de propietarios como orgánica supondría atribuir a la propiedad horizontal una situación semejante a la personalidad jurídica en tanto en cuanto las comunidades y sus representantes pueden ostentar la titularidad de derechos y obligaciones «y, es, precisamente, esta aptitud para ser sujetos de relaciones jurídicas las que les confiere cierta personalidad» (MAGRO SERVER, 2011, 1).

Y, en efecto, aunque no se considere que las comunidades de propietarios tienen personalidad jurídica —principalmente, por la falta de reconocimiento legal que se exige—, es cada vez mayor el reconocimiento de que la representación de la comunidad de propietarios es una representación orgánica. Así, la STC de 14 de junio de 1999 reconoció que el tipo de representación que ostenta el presidente de una comunidad de propietarios es la denominada «representación orgánica»[29] o, incluso, con anterioridad a la reforma del artículo 13 LPH, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre la cuestión denominando a la representación del presidente de ese modo[30]. O, en palabras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2012, 110), «se trata de una representación orgánica que debe entenderse como una representación de carácter típico, de manera que sin especiales conocimientos de los poderes o de las facultades que no constarán en ningún sitio, los terceros pueden tener la certidumbre de que tratan con la comunidad». Es más, la STC de 14 de junio de 1999 sostuvo que, aunque la comunidad de propietarios careciese de personalidad jurídica, se debía permitir la defensa de sus intereses a través de su presidente para que no se viera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

De este modo, la representación de la comunidad de propietarios no suple la falta de capacidad —o, mejor, de personalidad jurídica— de la misma comunidad, sino que su objetivo es facilitar su dirección y administración, por lo que cualquier actuación del presidente debe ser conforme con la voluntad general de los demás propietarios de la comunidad y siendo responsable de sus actuaciones (MAGRO SERVER, 2011, 3). De lo dicho, resulta patente que uno de los elementos que determinan esta representación orgánica —aunque carente de personalidad jurídica— es facilitar las relaciones entre la comunidad y terceros, así como permitir una correcta identificación de la comunidad en sede judicial.

Empero esta representación del presidente de la comunidad no ampara toda actuación que realice, habiéndose desarrollado límites tanto legales como jurisprudenciales. Por un lado, la LPH exige el previo acuerdo expreso de la junta de propietarios para entablar determinadas acciones y realizar

ciertas actuaciones —*v.gr.* la acción de reclamación de cuotas impagadas mediante el proceso monitorio exige dicho acuerdo previo, *ex* art. 21 LPH[31]—. Por otro lado, aunque la Ley solo lo exige para determinadas acciones, la jurisprudencia ha interpretado ampliamente la exigencia de acuerdo previo de la junta de propietarios, extendiéndolo a toda clase de acción judicial, aunque no estuviere previsto previamente en la Ley[32], es decir, como recordaron las SSTS de 19 de febrero de 2014[33] y 20 de octubre de 2010, la representación no supone que se le otorgue al presidente de la comunidad *carta blanca* para llevar a cabo cualquier acción judicial (DE ANDRÉS HERRERO, 2018), pues no se puede «sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos [de gran trascendencia]» (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2017).

Y no solo se ha extendido en sede judicial la necesidad del previo acuerdo de la junta, sino que, como hemos recordado, la voluntad del presidente no sustituye a la de la comunidad de propietarios[34], por lo que cualquier decisión que se adopte respecto de la finca requerirá el acuerdo y aquiescencia de la junta de propietarios tal y como recoge el artículo 14 LPH que incluye, entre otros asuntos, la aprobación de presupuestos y ejecución de obras o conocer y decidir respecto de cualquier asunto de interés general para la propia comunidad[35]. En definitiva, la junta de propietarios es el órgano que representa la voluntad de todos los titulares de los elementos privativos de la comunidad y, por ende, es *soberana* en sus decisiones (VÁZQUEZ BARROS, 2002).

Por tanto, si el presidente como representante de la comunidad se extralimita de la voluntad de la junta o actúa al margen de ella será responsable[36] de dichas actuaciones no solo frente a terceros, sino, también, frente a la propia comunidad[37]. Los tribunales han resuelto gran cantidad de casos en los que se hacía responsable al presidente por haber actuado extralimitándose del mandato y voluntad de la junta de propietarios, destacando, principalmente, en sede de obras de la finca o en nueva contratación[38]. Además, se ha de tener en cuenta la presencia de terceros que hayan confiado en la representación del presidente, diferenciando si fueron de buena o mala fe. Incluso la jurisprudencia, como excepción, ha admitido la validez de ciertas actuaciones extralimitadas del presidente en caso de urgencia y necesidad[39].

Por todo ello, resulta evidente que las actuaciones que realice el presidente de la comunidad de propietarios en representación de la comunidad quedan supeditadas —en la mayoría de los casos— al previo acuerdo de la junta, pudiéndose desvincular la comunidad en los supuestos en los que hubiere actuado unilateralmente o sin el previo acuerdo comunitario.

6. Capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y responsabilidad de la comunidad ante terceros

A) Titularidad de derechos y obligaciones[40]

La doctrina civilista más tradicional consideraba que las comunidades de propietarios, al carecer de personalidad jurídica, no podían ser sujetos de derechos y obligaciones al interpretar que el artículo 38 del Código Civil, en relación con el 35, excluía dicha posibilidad (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, 1972, 162)[41]. A pesar de ello, los tribunales, desde la aprobación de la LPH, han venido afirmando que la comunidad de propietarios puede ser sujeto de derechos y obligaciones, representadas por su presidente. Así, la STS de 25 de mayo de 1987 mantuvo que:

> [El presidente] no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente no como hecho en nombre de la comunidad, sino como si esta misma fuese quien lo hubiese realizado.

Simultáneamente, se fueron dictando otras sentencias en las que se incidía en la idea de que las decisiones adoptadas válidamente por los órganos de la comunidad de propietarios vinculaban no solo a la propia comunidad con terceros, sino que vinculaban a los propios propietarios con aquellos terceros con los que la comunidad contrajese derechos y obligaciones. Esta voluntad comunitaria (PÉREZ UREÑA, 2010) se manifestaba mediante el acuerdo de la junta de propietarios, a la que se vinculaban los propietarios mediante lo que la doctrina germana ha denominado *gesamtakten,* actos de conjunto[42], «que son la pura y exclusiva expresión de la relación de los copropietarios respecto de terceros que ha de verificarse a través de los órganos comunitarios» según la STS de 8 de marzo de 1991. De este modo, paulatinamente, se fue reconociendo la capacidad de la comunidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, pues se entendía que la comunidad era «un sujeto de derecho en tanto en cuanto actúe dentro del campo de derecho que le es propio» (PÉREZ PASCUAL, 1974, 133).

Dicho reconocimiento, finalmente, se materializó en la jurisprudencia a raíz de la STS de 8 de marzo de 1991 en la que se reconoció de manera expresa y rotunda que las comunidades de propietarios podían ser sujetos de derechos y obligaciones, aunque fueran entes sin personalidad jurídica:

> Si la Ley no le atribuye específica condición de Persona Jurídica, no puede, sin ofender la letra y espíritu de la Ley, negar la

> posibilidad de contraer derechos y obligaciones; ello sería incurrir en el absurdo de negar a las miríadas de comunidades existentes la posibilidad de obtener servicios, contratar modificaciones, adecentar los elementos comunes deteriorados por el uso cotidiano[43].

Ahondando en esta jurisprudencia, la doctrina mayoritaria ha confirmado que las comunidades de propietarios poseen una subjetividad limitada que les permite ser titulares de ciertos derechos y obligaciones. Así, MONTÉS PENADÉS (1972, 915) afirmó que «una cierta capacidad, siquiera limitada, ha sido atribuida por la ley a la comunidad, al menos, en la medida en que puede definirse la capacidad como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones».

En efecto, las comunidades de propietarios actúan en el tráfico jurídico constantemente: desde titularidades de cuentas corrientes hasta ser sujetos pasivos de ciertos tributos o practicar retenciones, pasando por la contratación de seguros, obras y servicios varios, o cotizar en la Seguridad Social por los empleados que tuviere[44]. Por tanto, la falta de reconocimiento de su capacidad de obrar, al mismo tiempo, impediría el fin último de esta institución y serviría de escudo frente a terceros, es decir, «su falta de consideración de personalidad jurídica no la hace abstracta ni indefinida» (ENRICH GUILLÉN, 2010).

a) Novedades derivadas del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio[45] y sus modificaciones por la Ley 8/2013, de 26 de junio[46] y el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre[47]; y del Real Decreto Ley 19/2021, de 5 de octubre[48]

La aprobación del Real Decreto Ley 8/2011 permitió dar una solución a los problemas que se suscitaban con anterioridad en sede de las actuaciones rehabilitadoras de los edificios por parte de las comunidades de propietarios. Entre las novedades legislativas más destacadas se encontraba el apartado a) del artículo 20 que recogía lo que sigue:

> 1. Las comunidades y las agrupaciones de comunidades de propietarios podrán, previo acuerdo válidamente adoptado conforme a la legislación de propiedad horizontal: a) Actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento de los deberes de conservación, mejora y regeneración, así como con la participación en la ejecución de actuaciones aisladas o conjuntas, continuas o discontinuas, que correspondan. […].

La doctrina se planteó si dicho artículo suponía el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios al admitir que podían actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica y, destacando, la posibilidad de llevar a cabo las operaciones crediticias que, con anterioridad, debían realizarse de manera conjunta por todos los copropietarios.

Algunas voces —las menos—, como GIL NOGUERAS (*apud* MAGRO SERVER, 2011), han entendido que, en efecto, ese nuevo apartado reconocía personalidad jurídica a las comunidades, aunque circunscrita al marco establecido en el artículo 110 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (ESPINILLA YAGÜE, 2017, 23), ya que, si se les permite realizar operaciones crediticias y celebrar contratos de financiación para la rehabilitación del inmueble, no se puede afirmar que carezcan de personalidad jurídica.

No obstante esto, la doctrina mayoritaria ha considerado que la modificación del Real Decreto Ley no supone el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios. Así, por ejemplo, SOLER PASCUAL (*apud* MAGRO SERVER, 2011) considera que en ningún caso «la norma altera el estado o naturaleza de la comunidad de propietarios que, hoy por hoy, como deriva de la doctrina del Supremo […] carece de personalidad jurídica», postura apoyada, entre otros por CORTÉS MORENO y GUERRERO MALDONADO (2012, 13-14).

La Ley 8/2013, tras derogar el artículo 20 del Real Decreto Ley 8/2011, incluyó en su artículo 15 el mismo contenido. La doctrina se planteó, nuevamente, si la reiteración de esta fórmula que otorgaba a las comunidades de propietarios una plena capacidad jurídica en un determinado sector suponía que el legislador *de facto* quería otorgarle personalidad jurídica. Aun así, la respuesta volvió a ser la misma mayoritariamente (MARQUÉS MOSQUERA, 2013). Con posterioridad, el Texto Refundido de la Ley del Suelo del año 2015 volvió a incluir en su artículo 9 el mismo contenido, reiterando la plena capacidad jurídica de las comunidades de propietarios en el sector inmobiliario y desaprovechando el legislador una tercera oportunidad para zanjar la problemática de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios[49]. Finalmente, el Real Decreto Ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia modificó el artículo 9 del TRLS ha reforzado nuevamente la capacidad jurídica de las comunidades de propietarios, pero sin llegar a aclarar la cuestión de la personalidad jurídica de estas[50].

b) Especial referencia a las deudas de los copropietarios

El artículo 9 LPH regula las obligaciones de cada uno de los propietarios de los elementos privativos. Entre todas ellas, destaca por su impor-

tancia y relevancia[51] la obligación recogida en el apartado primero, letra e): «Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización»[52].

Así, la mayoría de la doctrina (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1985, 391) y jurisprudencia[53] han considerado que se trata de una obligación *propter rem* (el pago de los gastos comunes) debido a que se encuentra, en todo caso, vinculada a quien sea el titular del piso o local de la comunidad, es decir, «en cuanto que es inherente a la titularidad del piso o local» (ZURILLA CARIÑANA, 2014, 296).

Tal es la importancia de esta obligación de los propietarios que el legislador ha previsto diversas garantías entre las que destacan —a los efectos del trabajo— el carácter preferente del crédito del que es titular la comunidad y la afección del piso o local al cumplimiento de la obligación; tal y como se dispone en el artículo 9 LPH:

> Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de[l Estatuto de los Trabajadores]. […] El piso o local estará legamente afecto al cumplimiento de esta obligación.

Dichas garantías otorgan a los créditos de la comunidad de propietarios por las deudas de sus titulares una posición privilegiada frente a los demás. Por un lado, conforme al artículo 1923 del Código Civil estos créditos son preferentes a:

> 3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción. 4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y solo en cuanto a créditos posteriores. 5.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y solo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

En segundo lugar, mencionábamos la afección del piso o local a las deudas que tuviere su titular por las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores. Esta afección supone que el crédito del que es titular la comunidad de propietarios se puede realizar sobre el piso o local, pues este responde de tales deudas. Pero el elemento privativo no solo está afecto al pago de las deudas que se tuviere en caso de trasmitirlo a un tercero, sino que se encuentra afecto incluso en el supuesto de que no hubiera transmisión *ex* artículo 9.1 e), es decir, el piso está afecto del pago de las deudas cualquiera que sea su propietario.

Así, en caso de que la comunidad de propietarios procediera al embargo del deudor por las cantidades debidas, la misma tendrá derecho a que se embargue el piso o local para satisfacer sus deudas, pues «si no existiera esta afección real y el deudor tuviera otros bienes, no se embargaría necesariamente el piso» (MONSERRAT VALERO, 1998, 20). Es decir, en caso de producirse la realización de las deudas del propietario del piso o local, estos responderán del pago de estas.

La naturaleza de esta preferencia y afección —hipoteca legal tácita, personal o real de carácter general— ha sido ampliamente discutida por la doctrina y la jurisprudencia. Así, en primer lugar, hay autores que han considerado que se trata de una hipoteca legal tácita y, por lo tanto, que sería una preferencia de carácter real:

> El actual apartado segundo del artículo 9.1.e) LPH está consagrando a favor de la comunidad una auténtica garantía real de origen legal. Garantía, porque se constituye para asegurar el importe de una obligación de pagar una cantidad de dinero. Real, porque recae sobre un bien inmueble: el piso o local, que estará afecto al cumplimiento de dicha obligación. Estamos en definitiva ante un derecho real de garantía inmobiliario, que no hay inconveniente, en nuestra opinión, en calificar de hipoteca legal tácita (ZURILLA, CARIÑANA, 2014, 300)[54].

No obstante, esta posibilidad ha sido matizada por la doctrina[55], así como, por la DGSJFP —y anteriormente la DGRN— que no la han admitido en toda ocasión y, en caso de admitirla, han requerido, o bien, que una sentencia en la que se demande a todos los interesados lo establezca, o bien, que dicha condición viniera establecida en la legislación[56], como indicó la RDGRN de 23 de junio de 2014:

> Se ha señalado que se trata de una hipoteca legal tácita respecto a la anualidad en curso y a los 3 años naturales inmediatamente anteriores, tomando como cómputo hacia atrás el de la demanda. Pero, a efectos registrales, la configuración de la preferencia como

> hipoteca legal tácita requeriría un precepto legal que lo estableciera así, o bien una resolución judicial en la que siendo partes todos los interesados en esa configuración estableciera expresamente esa configuración o el carácter real de la preferencia y su constancia registral de modo expreso y claro.

Así, en caso de que viniese establecido en una resolución judicial firme, nada obstaría a que la preferencia del crédito de la comunidad tuviese la consideración de hipoteca legal tácita. En caso contrario, se ha planteado si tendría naturaleza persona o real, cuestión que fue resuelta por la RDGRN de 22 de enero de 2013, entre otras. El Centro Directivo consideró que para que tenga naturaleza real es necesario que se declare por sentencia, en la que se hubiera demandado a todos los interesados, el carácter real de la preferencia, por lo que en caso de no declararse tendrá simplemente carácter personal, tratándose «de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad», según la RDGRN de 12 de abril de 2018.

Corolario de lo cual, en caso de querer que conste en el Registro de la Propiedad el crédito preferente de la comunidad de propietarios será necesario que la misma hubiere demandado no solo al propietario deudor —titular registral—, sino que hubiera demandado a todos los demás titulares de derechos y cargas que tuviere la finca inscritos sobre la misma con anterioridad[57].

B) Responsabilidad de la comunidad ante terceros

La tendencia jurisprudencial que comentábamos se materializó mediante la reforma realizada por la Ley 8/1999 al introducir el artículo 22 LPH que reconoció de manera explícita que las comunidades de propietarios podían ser titulares de obligaciones al recoger que «la comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho». En efecto, en dicho artículo se recoge la responsabilidad directa de la comunidad de propietarios por sus deudas y la responsabilidad subsidiaria de los propietarios respecto de tales deudas.

La responsabilidad de la comunidad de propietarios frente a terceros se encuadra en el artículo 1911 del Código Civil (MARTÍNEZ ATIENZA, 2012, 198-200), erigiéndose como ilimitada y permitiendo que los acreedores puedan satisfacer sus créditos de manera forzosa procediendo a la ejecución

de los bienes de los que sea propietaria la comunidad, convirtiéndose en una especificación de dicha responsabilidad (DÍAZ MARTÍNEZ, 2014, 895). En cambio, la responsabilidad de los propietarios se encuentra limitada a la cuota de participación que posea cada uno de ellos en la comunidad, razón por la cual la doctrina y jurisprudencia han mantenido que se trata de una responsabilidad mancomunada —incluso ciertos autores entienden que parciaria (RAGEL SÁNCHEZ, 1993, 650)— y no solidaria (PÉREZ PUERTO, 2009, 50)[58].

No obstante, la jurisprudencia ha mantenido que para poder exigir a los propietarios, de manera subsidiaria, las deudas contraídas por la propia comunidad es necesario que se les hubiera llamado al proceso[59], puesto que de no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

El principal problema que plantea en la práctica este sistema de responsabilidad de la comunidad de propietarios es la imposibilidad de realizar los bienes de la propia comunidad, limitándose la ejecución a los fondos reales que tuviere la comunidad, al fondo de reserva y a aquellos elementos comunes por destino que pudieran desafectarse[60]. Esta limitación en la ejecución de sus deudas tiene su origen en el artículo 396.II del Código Civil al prohibir la enajenación, el gravamen o el embargo de los elementos comunes de manera independiente a los elementos privativos. Así, esta disposición legal impide que en el correspondiente procedimiento de ejecución contra las deudas de las comunidades se puedan realizar los elementos comunes de los que, en teoría, es titular la comunidad en sí (VÁZQUEZ BARROS, 2002)[61].

La única excepción, como se apuntaba, serían los elementos comunes por destino[62] que pudieran desafectarse para, de este modo, cubrir la deuda existente. Pero esta posibilidad plantea, a su vez, otro problema y es la necesidad del previo acuerdo unánime de los propietarios para llevar a cabo la desafectación (ORTIZ NAVACERRADA, 1994, 12). No obstante, como indica DÍAZ MARTÍNEZ (2014, 881), en caso de que la junta de propietarios no adopte tal acuerdo como «maniobra para evitar la traba», el juez que conozca de la ejecución podrá desafectar el bien.

En caso de que no hubiera bienes comunitarios suficientes para hacer frente a la deuda, el acreedor podrá ir contra los propietarios de los elementos privativos. Como comentábamos *ut supra* para poder trabar los bienes de los propietarios es necesario que hayan sido parte en el proceso seguido contra la comunidad para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 de la Constitución española. No obstante, dicho requisito puede convertirse en un *requisito diabólico* en los casos en los que las comunidades de propietarios estén formadas por gran número de copropietarios. Para solventar esta solución sin que se vea comprometido el derecho fundamental mencionado, la RDGRN de 22 de marzo del año 2000 vino a decir que la sentencia recaída contra la comunidad podrá hacerse

valer contra todos los copropietarios, pero que no servirá para ejecutar sus bienes si no fueron parte en el proceso, al mismo tiempo que se impide que los copropietarios puedan plantear determinados aspectos, ya resueltos, en su nuevo juicio[63].

IV. INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

El artículo 11 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante, RH), tras la reforma del año 1998, pasó a recoger una norma básica del Registro de la Propiedad español: «No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica»[64], algo que, en cierto modo, puede llegar a resultar obvio ya que, en puridad, solo las personas —físicas o jurídicas— pueden ser titulares de derechos (CABANAS TREJO, 1999, 1). Pero, como se puede deducir de algunas de las notas apuntadas en las páginas anteriores, la práctica ha planteado más de un conflicto en relación con las comunidades de propietarios.

Tradicionalmente, la DGRN ha negado reiteradamente la posibilidad de inscribir cualquier bien o derecho a favor de las comunidades de propietarios debido a su falta de personalidad jurídica. Así, en su RDGRN de 1 de septiembre de 1981, en un supuesto en el que la comunidad de propietarios adquirió uno de los elementos privativos para destinarlo a vivienda del portero, negó su inscripción por la razón antedicha y es que afirmaba «nuestra Ley no ha llegado a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los miembros que la integran, a pesar de todas las facultades que como órgano rector le competen».

Esta fue la tónica dominante hasta el final de la década de los años 80, en la que la RDGRN de 1 de junio de 1989 abrió la posibilidad de practicar la anotación preventiva de las demandas que interpusiese la comunidad de propietarios frente a los propietarios por los gastos de comunidad. Así, también, en su RDGRN de 19 de febrero de 1993 permitió la práctica de una anotación preventiva de embargo a favor de una comunidad de propietarios. El Centro Directivo consideró que, si el presidente representa a la comunidad en sede judicial, también la representa «en las actuaciones procesales a todos los efectos, tanto en la etapa de cognición como en la de ejecución y, naturalmente, también, para pedir y obtener […] en favor de la comunidad, las medidas cautelares o de ejecución».

Estas resoluciones fueron fuertemente criticadas ya que permitieron por la vía del hecho lo que la legislación no permitía. Pues consideraron que no se estaba distinguiendo entre la capacidad procesal y la personalidad

jurídica, dos conceptos totalmente diferentes, además de ser contrario al artículo 9 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH). En cambio, la DGRN salió en defensa de tales críticas argumentando que el artículo 72 LH indica que las anotaciones deben recoger las circunstancias que resulten de sus títulos o documentos[65].

De esta suerte, la DGRN fue pronunciándose de manera constante permitiendo estas anotaciones, llegando al extremo de que con la reforma del RH de 1998 el artículo 11.V incluyó que «También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal». A pesar de ello, la STS de 31 de enero de 2001 declaró la nulidad de dicho apartado al ser regulado en el RH y no en la LH, reconociendo, a pesar de la nulidad del precepto, que «No se pone en duda tampoco el reconocimiento de *lege ferenda* de las anotaciones preventivas de demanda o de embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, pero lo que no cabe admitir es que así se haga por un Reglamento».

Además, analiza sucintamente la cuestión de la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios al indicar que el hecho de que se les permita la anotación preventiva de demandas y de embargos no supone otorgarles personalidad jurídica ya que continúan sin poder adquirir y poseer bienes, «les falta una de las facultades inherentes a cualquier persona jurídica».

A pesar de todo, la STS de 31 de enero de 2007 no supuso un cambio en la línea seguida por parte de la DGRN quien mantuvo en diversas resoluciones que se podían practicar anotaciones preventivas de demanda y de embargo a favor de las comunidades de propietarios cuando la misma tenga reconocida legalmente capacidad procesal, pues como indicó en la RDGRN de 2 de septiembre de 2013 «el hecho de que la comunidad de propietarios carezca de personalidad jurídica no impide que en algunos asientos tal comunidad pueda ser titular registral». Finalmente, el legislador mediante la Ley 13/2015[66] modificó el artículo 9 LH y, al fin, introdujo que las comunidades de propietarios podrían ser titulares de anotaciones preventivas de demanda y embargo.

Al mismo tiempo que la DGRN fue permitiendo las anotaciones preventivas a favor de las comunidades de propietarios, fue reticente a inscribir la titularidad de derechos reales a su favor. Así, por ejemplo, en la mencionada RDGRN de 1 de septiembre de 1981 no se permitió la inscripción de un bien privativo adquirido por la comunidad al carecer la misma de personalidad jurídica[67]. No obstante, sí que reconoció que la junta de propietarios, previo acuerdo, podía adquirir un elemento privativo para su desafectación y que, de este modo, pasase a ser un elemento común (GARCÍA GARCÍA, 2017).

Así, en sucesivos supuestos se fue negando la posibilidad de inscribir derechos a favor de las comunidades de propietarios aduciendo siempre que no era posible al carecer de personalidad jurídica. Por ejemplo, la RDGRN de 23 de junio de 2001 negó la inscripción de un bien adquirido por la comunidad de propietarios al no haber realizado previamente la desafectación. Aunque, tal vez, la importancia de esta resolución se encuentra en que recogió que se podían practicar anotaciones preventivas debido a su carácter transitorio, lo que, en cierto modo, abría el camino a otras posibles inscripciones que tuvieran ese carácter.

La DGRN continuó negando la posibilidad de inscribir la titularidad de derechos a favor de las comunidades de propietarios en sus sucesivas resoluciones ya que quien adquiría los bienes inscribibles no era la comunidad de propietarios, sino cada uno de los propietarios de los elementos privativos por lo que debían inscribirse a nombre de todos ellos en proporción a sus cuotas o desafectarlo por acuerdo de la junta de propietarios, pues la comunidad de propietarios como señaló la RDGRN de 2 de septiembre de 2013 «es una entidad sin personalidad jurídica, por lo que la adquisición por aquella de algún bien implica en realidad una adquisición por sus integrantes». Así, «la capacidad procesal reconocida legalmente a las comunidades de propietarios, no se extiende a la inscripción registral de la adquisición del dominio o de otros derechos reales, que son asientos de carácter definitivo y que presuponen el requisito previo de la personalidad jurídica de su titular» (CARRERAS MARAÑA, 2014, 2).

En cambio, la RDGRN de 7 de febrero de 2014 sí que admitió la inscripción de una servidumbre de paso en uno de los locales del edificio a favor de una comunidad de propietarios. En este caso, la servidumbre constituida era un elemento común del edificio *ex* artículo 396 del Código Civil y no solo eso, sino que el artículo 9 LPH establece que será obligación de cada propietario permitir la constitución de servidumbres en sus pisos o locales cuando sean imprescindibles. Así, en dicha resolución se permitió tal inscripción debido a que «la constitución de la servidumbre de paso no afecta a la titularidad dominical […] si bien supone una carga en beneficio de la comunidad con el fin de poder disponer de un servicio común de interés general […] sin que quepa plantearse aquí el problema de la falta de personalidad jurídica».

Sin duda alguna, el mayor de los conflictos planteados ha sido la inscripción de la titularidad a favor de las comunidades de propietarios como resultado de un procedimiento de ejecución judicial contra un propietario por las deudas que tuviera con la propia comunidad, ya que ha sido habitual que en dicho procedimiento no hubiera ningún postor interesado y el bien acabara adjudicándose a la comunidad de propietarios sin poder inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad. La RDGRN de 3 de julio

de 2013 analizó un supuesto en el que a una comunidad de propietarios se le adjudicó un trastero para el pago de las deudas de su titular. El Centro Directivo no permitió tal inscripción al entender que, aunque a la comunidad de propietarios se le reconociese capacidad procesal para demandar y practicar anotaciones preventivas de embargo y de demanda, no podía ser titular de bienes a pesar de que la titularidad tuviera su origen en una resolución judicial. En la misma, indicó que el camino a seguir sería que la adjudicación se «hiciese a favor de los copropietarios en proporción a sus cuotas de participación en la comunidad de propietarios», salvando la falta de personalidad jurídica de las comunidades.

Esta doctrina se mantuvo constante hasta la reforma de la LH por la Ley 13/2015 que introdujo que la inscripción contendrá «e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquella, cuando este sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones». Este nuevo apartado, según la doctrina, supuso que se pudieran inscribir titularidades de derechos reales a favor de sujetos sin personalidad jurídica (MATEO VILLA, 2016) como, por ejemplo, fondos de titulización de activos, tal y como indicó la RDGRN de 1 de agosto de 2014.

Con esta nueva regulación no tardó en llegar el primer pronunciamiento de la DGRN acerca de las comunidades de propietarios. En efecto, la RDGRN de 12 de febrero de 2016[68] permitió por vez primera, partiendo del hecho de que las comunidades de propietarios no tienen personalidad jurídica, la inscripción de la titularidad de un bien inmueble a favor de una comunidad de propietarios cuando esta derivase de la adjudicación tras un procedimiento de ejecución de las deudas del propietario deudor contra la comunidad. En la misma, se analiza la nueva situación fruto de la reforma del año 2015 llegando a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, reconoce que las comunidades de propietarios tienen un patrimonio separado colectivo ya que si no fuera así, el artículo 22 LPH sería incongruente y su contenido inexistente al recoger que «la comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor». En segundo lugar, admite que las comunidades de propietarios pueden ser titulares de derechos, fondos y créditos comunes; pueden ser titulares de obligaciones de diferentes tipos, desde fiscales a laborales; y pueden arrendar elementos comunes tal y como recoge el artículo 17.3.II LPH. En definitiva, son entidades susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones. En tercer lugar, se les reconoce «capacidad procesal para demandar y ser demandada» y capacidad registral para ser titulares de anotaciones preventivas de embargo y demanda, debido al carácter transitorio de las mismas.

Por todo ello, afirma el Centro Directivo que se debe permitir la inscripción de la titularidad de bienes a favor de las comunidades de propietarios «en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los copropietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación», pues no hay que olvidar que nuestro ordenamiento jurídico ha padecido una incoherencia al no permitir esa inscripción tras haber resultado la comunidad como adjudicataria (GARCÍA GARCÍA, 2017).

Esto lo complementa con el hecho de que la DGRN ya había admitido en otras situaciones inscripciones transitorias en favor de entidades sin personalidad jurídica y, por tanto, entiende que, en el caso de las comunidades de propietarios, las inscripciones que se hagan serán transitorias «pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes». Así, esta transitoriedad se traduce en que la comunidad de propietarios, previo acuerdo de su junta, deberá decidir si transmite el bien a un tercero continuando siendo un elemento privativo, si lo atribuye a los copropietarios en proporción a sus cuotas pasando a ser un elemento procomunal (es decir, una titularidad *ob rem*) o si se produce su conversión en un elemento común.

Con posterioridad, la RDGRN de 26 de julio de 2017 amplió los supuestos en los que era posible que las comunidades de propietarios fueran titulares de bienes inmuebles y que se pudiera practicar su inscripción. En primer lugar, matiza que, aunque la RDGRN de 12 de febrero de 2016 tratase de una inscripción como consecuencia de un embargo derivado de las deudas de uno de los propietarios con la propia comunidad, la inscripción a favor de la comunidad de propietarios puede derivar de la ejecución de cualquier crédito que tuviere, fuere «un crédito derivado de la obligación de pago de las cuotas de la propia comunidad o si reclama un crédito derivado por cualquier otro concepto». Así, tampoco influye a la hora de practicar la inscripción el hecho de que el deudor no sea propietario de alguno de los elementos privativos de la misma.

En segundo lugar, relacionado con lo que se acaba de exponer, tampoco es necesario que el bien trabado sea un elemento de la finca en régimen de propiedad horizontal, pues «si la comunidad de propietarios ostenta un crédito frente a un deudor, este responde de su satisfacción con todo su patrimonio […]. No existe norma que limite dicha responsabilidad al eventual patrimonio que esté integrado en el régimen de propiedad horizontal». Es decir, a la comunidad de propietarios se le pueden adjudicar bienes que no sean elementos de la propiedad horizontal.

Por ello, concluye la DGRN que si a la comunidad de propietarios se le reconoció capacidad procesal para demandar y practicar anotaciones

preventivas de demanda y embargo sobre bienes que no formaban parte de la finca, se le debe permitir su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad con carácter transitorio:

> Si la comunidad de propietarios en régimen de comunidad horizontal ostenta un crédito contra un propietario del propio régimen o contra un tercero, le asiste la facultad de instar judicialmente su cumplimiento y, en vía de apremio, de instar la traba de cualesquiera bienes del deudor, así como su enajenación vía subasta e, incidentalmente, su adjudicación e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tras esta resolución, no ha habido mayores avances en la inscripción de bienes a favor de las comunidades de propietarios, reiterando que debido a la falta de personalidad jurídica de las mismas no se puede inscribir la titularidad de bienes inmuebles a su favor salvo en situaciones excepcionales y transitorias como en el caso de las adjudicaciones judiciales.

V. CONCLUSIONES

I. «El colmado sería una gran superficie, y la portería no existiría, sustituida por una oficia de banco; en la alcantarilla y el ascensor habría okupas; en la buhardilla estaría aporreando gente del Ayuntamiento reclamando el cobro de impuestos; los niños, en vez de cuatro, serían una decena porque todos vivirían con los abuelos y el caco, uno de esos banqueros de las preferentes… Pero, en el fondo, sería lo mismo y yo tendría los mismos problemas para llenar esos agujeritos» (IBÁÑEZ TALAVERA *apud* GELI FONS, 2016). Con estas palabras, el maestro IBÁÑEZ expresó como dibujaría en la actualidad la finca sita en el número 13 de la Rue del Percebe. Y aunque cambiaría cada una de sus viñetas «en el fondo sería lo mismo», pues la comunidad de propietarios continuaría siendo el personaje principal de toda su historia con la suerte o ventaja de que —ahora sí— podría ser titular de bienes inmuebles inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad, a pesar de que nuestro legislador continúa sin otorgarle personalidad jurídica. Pero llegado el momento de concluir, concluyamos pues.

II. Comenzábamos el inicio de este trabajo homenajeando, evocando y admirando la historieta del maestro IBÁÑEZ. Pero no lo hacíamos por la calidad del dibujo, sino por su ingenio al convertir a la comunidad de propietarios en la quintaesencia de su historieta; por ser un quiromante capaz de predecir el devenir del Derecho y sobre todo por convertirse, sin pretenderlo, a través de sus trazos, en un jurista de reconocido prestigio

convirtiendo a su comunidad, a su 13 Rue del Percebe, en la primera comunidad de propietarios de España con personalidad jurídica.

Concretamente, la atribución o no de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios ha sido el epicentro de todo este trabajo. Pues mientras no se clarifique tal cuestión, no se podrá avanzar en ningún campo que incumba a las comunidades de propietarios. Y, al respecto, se pueden adoptar dos posiciones: negar la realidad o asumirla.

III. El legislador español ha negado la realidad de manera constante. No ha querido ver que las comunidades de propietarios reúnen todos los requisitos para ser consideradas como personas jurídicas, para que se les reconozca personalidad jurídica. El legislador español se ha anquilosado y no ha sabido responder a las necesidades que plantea la propiedad horizontal en esta nueva sociedad. Una sociedad que, aunque pueda disgustar a algunos, dista mucho de la sociedad de los años 60 que vio nacer a nuestra Ley de Propiedad Horizontal. El legislador español debe asumir que en el siglo XXI el centro de la vida de la mayoría de los ciudadanos se encuentra en pisos sujetos al régimen de propiedad horizontal. El legislador español debe asumir que ya no es un legislador decimonónico.

IV. Cada vez más, la doctrina ve todas las características de las personas jurídicas en las comunidades de propietarios salvo una: el reconocimiento por parte del legislador. Comentaba PÉREZ MIRALLES (2017, 11) que «vista la evolución a lo largo de los años, ha sido constante la necesidad forzada de ir solucionando los problemas derivados de dicha falta de atribución a medida que se iban presentando», pues en más de 60 años todavía no se ha sabido resolver una cuestión tan importante, no solo en términos jurídicos, sino, sobre todo, en términos sociales. Es la doctrina quien está clamando ante la pasividad del legislador, a quien no le han faltado pocas ocasiones para acometer esta reforma: «Así, las comunidades pueden ser titulares de una cuenta bancaria, pero no pueden ni comprar un bien inmueble, ni comprar una plaza de garaje» (MAGRO SERVER, 2011, 7), porque el legislador no les reconoce personalidad jurídica.

Y no podemos dejar de compartir tales opiniones. A lo largo de este trabajo hemos ido comentando cuáles eran los elementos que toda organización de personas debía tener para que el ordenamiento jurídico le reconociese personalidad jurídica: organización, gestión y representación mediante unos órganos, existencia de un fin u objeto lícito, capacidad para actuar y responder de sus actos, existencia de un patrimonio separado e independiente del de sus miembros e identificación en el tráfico jurídico.

V. Así, podemos afirmar que todos ellos concurren en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En primer lugar, la LPH establece todo un régimen de organización, gestión y representación mediante la junta de propietarios, el presidente, los vicepresidentes, el secretario y

el administrador. Una organización, gestión y representación que ha sido avalada y amparada por la doctrina y jurisprudencia, como se comentó en su momento, al entender que era un supuesto de representación orgánica, propio de las personas jurídicas.

En segundo lugar, es necesario la existencia de un fin u objeto lícito y no se puede negar que las comunidades de propietarios tienen un fin lícito, así como diferenciado del de sus miembros. De este modo, las comunidades de propietarios, mediante sus órganos, defienden sus propios intereses, aunque no sean comunes y compartidos por todos los copropietarios.

En tercer lugar, las comunidades de propietarios tienen plena capacidad para actuar y responder de sus actos. No solo lo reconoce la LPH, sino que en otros sectores del Derecho, como en sede fiscal o social, también se les reconoce capacidad para actuar. Son titulares de derechos y obligaciones, son sujetos pasivos de diversos impuestos, tienen obligaciones con la Seguridad Social, pueden suscribir contratos, responden con su propio patrimonio, etc.

En cuarto lugar en relación con lo dicho, las comunidades de propietarios tienen un patrimonio separado e independiente del de sus partícipes. Esto se observa claramente en el artículo 22 LPH que establece que las comunidades de propietarios responden de sus deudas con todos los fondos y créditos a su favor, es decir, responderán con su propio patrimonio y solo, subsidiariamente, cuando la comunidad no tenga patrimonio suficiente para hacer frente a sus responsabilidades se podrá acudir contra los propietarios.

En quinto y último lugar, a las comunidades de propietarios se les identifica en el tráfico jurídico mediante un nombre, mediante una dirección. Es más, en sede fiscal son titulares de un número de identificación fiscal que, valga la redundancia, les identifica y diferencia de las demás comunidades y personas. ¿Quién no puede identificar la comunidad en la que vive?

Pero, en suma, falta, tal vez, el requisito o el elemento de mayor importancia para poder afirmar que las comunidades de propietarios poseen personalidad jurídica en el ordenamiento español: el reconocimiento por parte del legislador español de personalidad jurídica. No obstante, lo que está claro es que las comunidades de propietarios ya no comparten ninguna nota con los demás entes sin personalidad jurídica.

VI. En cambio, la otra posición es asumir la realidad de la propiedad horizontal en España. Y esta posición ha sido adoptada por la DGSJFP —y DGRN— quien ha hecho un esfuerzo encomiable y titánico por permitir que las comunidades de propietarios, aun careciendo de personalidad jurídica puedan ser titulares de bienes, puedan satisfacer sus créditos o puedan, en definitiva, actuar plenamente en el tráfico jurídico con seguridad.

A lo largo de estas páginas hemos podido observar como las comunidades de propietarios cada vez se desemejan más de las comunidades de

bienes ordinarias de las que fueron, en su día, especie. Hoy, la DGSJFP se ha atrevido a afirmar que las comunidades de propietarios no actúan «como una comunidad ordinaria de bienes, sino que la debe(n) considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante», porque ya no es una especie de comunidad de bienes, como lo era antaño, ya no existe esa relación de género-especie, sino que la comunidad de propietarios sujeta al régimen jurídico de la propiedad horizontal debe ser entendida como una institución jurídica propia.

Ayer, no permitía la práctica de anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios porque carecían de personalidad jurídica. Hoy, en cambio, permite esa práctica a favor de nuestras comunidades porque estas pueden ser titulares de derechos y de créditos y «no existe motivo alguno para hacer de peor condición al acreedor comunidad en régimen de propiedad horizontal que a cualquier otro».

Ayer, no permitía la inscripción de derechos a favor de las comunidades de propietarios porque carecían de personalidad jurídica. Hoy, las comunidades de propietarios continúan careciendo de personalidad jurídica, pero, al menos, la DGSJFP ha permitido la inscripción de derechos a su favor «en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios». En cambio, sigue sin poder inscribir cualquier bien, cualquiera que sea su origen, a favor de una comunidad de propietarios porque el legislador todavía no les ha reconocido personalidad jurídica.

VII. La DGSJFP —y DGRN— ha trabajado ardua e incesantemente en esta dirección. Ha trabajado incansablemente por la asunción de la realidad, colocando a las comunidades de propietarios por encima de cualquier otro interés. Pero, por desgracia, todavía no ha conseguido ese preciado reconocimiento por parte del legislador. Mientras tanto —confío en ello— continuará trabajando. Ya lo dijo Ovidio en sus *Cartas desde el Ponto*: «*Gutta cavat lapidem, non vi, sed saepe cadendo*», la gota perfora la piedra, no por fuerza, sino por constancia. Esa constancia es la que, en algún momento, permitirá llegar al reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Estado.

Quién sabe cuándo el legislador asumirá la realidad y trabajará por conseguir que se les reconozca personalidad jurídica a nuestras comunidades de propietarios. Quién sabe cuándo el legislador permitirá a las comunidades de propietarios inscribir derechos reales a su favor en el Registro de la Propiedad. Quién sabe cuándo el legislador leerá la historieta del maestro IBÁÑEZ y se dará cuenta de que una comunidad de propietarios tiene sus propios intereses independientes, tiene su propio patrimonio, tiene su propia representación y, en definitiva, tiene su propia vida. Quién sabe cuándo el

número 13 de la Rue del Percebe podrá tener verdadera personalidad jurídica más allá de en la revista *Tío vivo*.

VIII. Mientras tanto, quedémonos entre sus páginas. Unas páginas que otorgaron personalidad jurídica a esa comunidad de propietarios. ¡Qué suerte la de aquellos residentes del número 13 de la Rue del Percebe! ¡Qué suerte tuvieron D. Hurón, D. Senén, el ladrón Ceferino, la portera, la anciana de la Sociedad Protectora de Animales o el científico loco! Suerte porque convivían todos ellos sin ningún problema con su comunidad. Suerte porque, como dijimos desde un principio, la comunidad de propietarios del número 13 de la Rue del Percebe no era un personaje más al que le ocurría alguna cosa, era el personaje de la historieta. Suerte porque su legislador, el maestro IBÁÑEZ, le había reconocido personalidad jurídica. Suerte porque su comunidad tenía vida propia e independiente de la de los demás. Suerte porque el número 13 de la Rue del Percebe no era una comunidad de propietarios, era una verdadera persona.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 14 de junio de 1999
- STC de 4 de julio de 2005

- STS de 11 de octubre de 1978
- STS de 1 de marzo de 1984
- STS de 29 de abril de 1985
- STS de 3 de marzo de 1986
- STS de 25 de mayo de 1987
- STS de 8 de marzo de 1991
- STS de 14 de mayo de 1992
- STS de 2 de octubre de 1992
- STS de 22 de octubre de 1993
- STS de 3 de marzo de 1995
- STS de 5 de mayo de 1995
- STS de 13 de noviembre de 1995
- STS de 20 de diciembre de 1996
- STS de 31 de diciembre de 1996
- STS de 22 de noviembre de 1997
- STS de 12 de diciembre de 2000
- STS de 31 de enero de 2001
- STS de 8 de julio de 2003
- STS de 11 de noviembre de 2005
- STS de 10 de octubre de 2010
- STS de 20 de octubre de 2010

- STS de 10 de octubre de 2011
- STS de 27 de marzo de 2012
- STS de 19 de febrero de 2014
- STS de 5 de noviembre de 2015
- STS de 24 de junio de 2016

- SAP de Navarra de 27 de mayo de 2003
- SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2004
- SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005
- SAP de La Coruña de 29 de junio de 2006
- SAP de Zamora de 13 de septiembre de 2012
- SAP de Barcelona de 27 de junio de 2017

- RDGRN de 1 de septiembre de 1981
- RDGRN de 1 de junio de 1989
- RDGRN de 5 de febrero de 1992
- RDGRN de 19 de febrero de 1993
- RDGRN de 22 de marzo de 2000
- RDGRN de 23 de junio de 2001
- RDGRN de 25 de mayo de 2005
- RDGRN de 19 de abril de 2007
- RDGRN de 23 de octubre de 2012
- RDGRN de 22 de enero de 2013
- RDGRN de 3 de julio de 2013
- RDGRN de 2 de septiembre de 2013
- RDGRN de 6 de febrero de 2014
- RDGRN de 7 de febrero de 2014
- RDGRN de 23 de junio de 2014
- RDGRN de 1 de agosto de 2014
- RDGRN de 12 de febrero de 2016
- RDGRN de 26 de julio de 2017
- RDGRN de 3 de abril de 2018
- RDGRN de 12 de abril de 2018

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1972). *Instituciones de Derecho Civil I: Parte general y Derecho de obligaciones.* Barcelona: Bosch.

— (1995). La distinción entre comunidad y sociedad. *Actualidad Civil,* núm. 3, 669-682.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016). El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1 [En línea], disponible en https://raco.cat/index.php/InDret.

— (2018, junio). *Sociedades y Personalidad: El Derecho de Sociedades como derecho de cosa. Una aproximación económica.* XXII Conferencia de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía, ALACDE, Asunción, Paraguay. Https://almacendederecho.org.

ANDRÉS HERRERO, A. de (2018). Artículo 13. En Á. Juanes Peces (coord.). *Ley de Propiedad Horizontal: comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid: Lefebvre E-Book.

BADENAS CARPIO, J.M. (1998). La representación de la propiedad horizontal. *Actualidad Civil,* núm. 1, 155-182.

BATLLE VÁZQUEZ, M. (1980). *La propiedad de casas por pisos.* Alcoy: Marfil.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en Derecho español*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). Artículo 1. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Pamplona: Aranzadi.

BLANCH NOGUÉS, J.M. (2007). *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano.* Madrid: Dykinson [En línea], disponible en https://vlex.es/source/fundaciones-derecho-romano-regimen-juridico-2449.

CABANAS TREJO, R. (1999). Breve apunte sobre el nuevo artículo 11 del Reglamento Hipotecario. *La Notaría*, núm. 5, 113-134.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1985). *Estudios de Derecho Civil.* Madrid: Montecorvo.

— (1973). La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal. En Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España (ed.). *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la., GARRIDO CERDÁ, E. y SOTO BISQUERT, A. (1969). Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana. En Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (ed.). *X Congreso Internacional del Notariado Latino, Montevideo*. Madrid: Junta de decanos.

CAPILLA RONCERO, F. (2003). El significado institucional y técnico de la idea de persona. En F. Blasco Gascó (coord.). *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CARRERAS MARAÑA, J.M. (2014). Comunidades de Propietarios: ¿por qué no pueden tener personalidad jurídica? *Jurisprudencia comentada,* núm. 5 [En línea], disponible en https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/.

CASTÁN TOBEÑAS, J.M. (1987). *Derecho civil español común y foral,* tomo I, Volumen II. Madrid: Reus.

CASTRO BRAVO, F. de. (1991). *La persona jurídica.* Madrid: Civitas.

CLEMENTE MEORO, M.E. (2013). Preferencia y afección real del crédito comunitario en la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 31, 243-270.

COBAS COBIELLA, M.E. (2014). Condominio y comunidad de bienes. En MJ. Reyes López (coord.). *Comunidad de bienes.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CORDERO LOBATO, E. (2004). Artículo 90. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.* Madrid: Tecnos.

CORRAL DUEÑAS, F. (1986). Pérez Pérez, Emilio: El consorcio real en el Derecho positivo español. Tesis doctoral. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986; un tomo de 245 págs. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 587, 219-223.

CORTÉS MORENO, Á. y GUERRERO MALDONADO, JC. (2012). La rehabilitación en el marco de la economía sostenible. *Revista CEMCI,* núm. 17, 1-22.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2014). Artículo 3. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Pamplona: Aranzadi.

— (2014). Artículo 22. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* Pamplona: Aranzadi.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo VI. Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, V. I.* Madrid: Tecnos.

DONDERIS TATAY, L. (1933). *La copropiedad: Teorías, Derecho español.* Madrid: Reus.

ENRICH GUILLÉN, D. (2010, septiembre). Aspectos jurídicos de la inexistencia de contrato del servicio de limpieza en una Comunidad de Propietarios. *Noticias jurídicas.* https://noticias.jurídicas.com.

ESPINILLA YAGÜE, JL. (2017). ¿Se puede dar a las comunidades de propietarios el estatus de consumidor? *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario,* núm. 171, 20-23.

FAUS PUJOL, M. (2019). *Práctico Sociedades Mercantiles.* Barcelona: Vlex, [En línea], disponible en https://vlex.es/source/6537.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. (1973). *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español.* Madrid: *Revista de Derecho Privado*.

— (1972). Jurisprudencia propiedad horizontal. *Revista de Derecho Privado,* núm. 2, 823-832.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1999). Naturaleza tridimensional de la persona jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* núm. 52, 251-269.

FERRARA, F. (1929). *Teoría de las personas jurídicas.* Madrid: Reus.

FUENTES LOJO, J.V. (1990). *Suma de la propiedad por apartamentos.* Barcelona: Bosch.

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). Personalidad jurídica y comunidades de propietarios. *Actualidad Civil,* núm. 3 [En línea].

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2017). *La Propiedad Horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.* Pamplona: Civitas-Thomson Reuters E-book.

GARRIDO GARCÍA, J.M. (2006). Artículo 155. En EM. Beltrán Sánchez et al. (coord.). *Comentario de la Ley Concursal.* Pamplona: Civitas.

GELI FONS, C. (2016). '13, Rue del Percebe', inmueble rehabilitado. *El país* [En línea], disponible en www.elpais.com.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J. (1999). *La Ley de Propiedad Horizontal.* Pamplona: Aranzadi.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (1997). *Representación de la Comunidad de Propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal.* Barcelona: Bosch.

— (2014). Artículo 13. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi.

GRIMALDOS GARCÍA, M.I. (2013). ¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012. *Diario La Ley,* núm. 8056 [En línea], disponible en https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2017). *Código de Propiedad Horizontal.* Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters E-Books.

JOHN, U. (1982). *Itinerari moderni della persona giuridica.* Florencia: Quaderni Fiorentini [En línea], disponible en http://www.centropgm.unif.it.

KELSEN, H. (2009). *La teoría pura del derecho.* Buenos Aires: Eudeba [En línea], disponible en https://cvperu.typead.com.

LECIÑERA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En MJ. Reyes López (coord.). *Comunidad de bienes.* Valencia: Tirant lo Blanch.

MAGRO SERVER, V. (2011, diciembre). ¿Se reconoce ahora a las comunidades de propietarios personalidad a raíz del Real Decreto 8/2011, de 1 de julio?. *ELDERECHO.COM.* https://elderecho.com/se-reconoce-ahora-a-las-comunidades-de-propietarios-personalidad-juridica-a-raiz-del-real-decreto-82011-de-1-de-julio

— (2011, febrero). ¿Tienen personalidad jurídica las Comunidades de Propietarios?. *ELDERECHO.COM.* https://elderecho.com/tienen-personalidad-juridica-las-comunidades-de-propietarios

MANRESA NAVARRO, J.M. (1914). *Comentarios al Código Civil español, V. III.* Madrid: Reus [En línea], disponible en www.cervantesvirtual.com.

MARQUÉS MOSQUERA, C. (2013). La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 51 [En línea], disponible en www.elnotario.es.

MARTÍNEZ ATIENZA, G. (2012). *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 2011: doctrina, jurisprudencia y concordancias.* Madrid: Experiencia.

MATEO VILLA, Í. (2016). Artículo 9. En A. Domínguez Luelmo (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria.* Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters E-Book.

MONET ANTÓN, F. (1962). Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal. En Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (ed.). *Centenario de la Ley del Notariado, vol. I.* Madrid: Reus.

—(1972, octubre). *Acta de las sesiones de trabajo celebradas por las Comisiones de Estudio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal. I Simposio sobre Propiedad Horizontal.* Valencia: Cámaras oficiales de la propiedad urbana.

MONSERRAT VALERO, A. (1998). *La afección y preferencia de los créditos de las comunidades de propietarios (Art. 9.5.ª LPH).* Madrid: Civitas.

MONTÉS PENADÉS, VL. (1972). La propiedad horizontal como colectividad organizada. *Anuario de Derecho Civil,* núm. 3, 853-922.

MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. de los. (1991). Aproximación a una teoría general del patrimonio. *Revista de Derecho privado,* núm. 75, 587-609.

ORTIZ NAVACERRADA, S. (1994). Apunte sobre la ejecución común dineraria frente a comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y de Propiedad Horizontal*, núm. 1, 1-15.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PÉREZ MIRALLES, J.A. (2017). Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal. *Actualidad Civil. Derechos reales e hipotecario,* núm. 1, 30-45.

PÉREZ PASCUAL, E. (1974). *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica.* Madrid: Marcial Pons.

— La Ley de Propiedad Horizontal. El nuevo papel del presidente, el vicepresidente, el secretario y el administrador. *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 36, 223-242.

PÉREZ PÉREZ, E. (1986). *El consorcio real en el derecho positivo español.* Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

— (2001). *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral.* Barcelona: Bosch.

— (1981). *Legislación y administración del agua en España: criterios para su reforma.* Murcia: Editora Regional de Murcia.

PÉREZ PUERTO, A. En qué medida son responsables los copropietarios de las deudas de la comunidad frente a terceros acreedores. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario,* núm. 97, 47-56.

PÉREZ UREÑA, A.A. (2010, octubre). El presidente de la comunidad de propietarios y el otorgamiento del poder a procuradores. Praxis judicial. *ELDERECHO. COM* https://elderecho.com/el-presidente-de-la-comunidad-de-propietarios-y-el-otorgamiento-del-poder-a-procuradores-praxis-judicial.

POVEDA DÍAZ, J. (1982). *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense.

PRATS ALBENTOSA, L. (1991). *Lecciones de Propiedad Horizontal y Derecho Inmobiliario Registral.* Valencia: Tirant lo Blanch.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (2003). *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español* [Tesis doctoral, Universidad de Málaga]. Disponible en http://www.biblioteca.uma.es.

QUICIOS MOLINA, M.S. (2004). Artículo 156. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.* Madrid: Tecnos.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (1993). Comunidad de propietarios formada para construir un edificio. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 32, 639-651.

RICA ARENAL, R. de la (1945). *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria.* Madrid: Aguilar.

SAPENA TOMÁS, J. (1971). Naturaleza y disposición de pisos y locales proindiviso en la propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 482, 75-120.

SAVIGNY, F.K. von. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*, *Tomo II*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores [En línea], disponible en: https://archive.org.

SEOANE SMITH, E. (2019). Nuestros amigos las personas jurídicas. *Diari de Tarragona.*

SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2017). Comunidades de bienes: regulación positiva, situaciones dudosas y pactos convencionales. En V.M. Garrido de Palma (dir.). *Instituciones de Derecho Privado, Tomo II. Reales. Volumen I.* Pamplona: Aranzadi.

SEVILLA CÁCERES, F. (2019). Responsabilidad del presidente de la Comunidad. *Mundo Jurídico.* https://www.mundojuridico.info/responsabilidad-del-presidente-de-la-comunidad/.

SIERRA PÉREZ, I. (2016). Artículo 396. Elementos comunes de diferentes propiedades. En A. Cañizares Laso et al. (dir.). *Código Civil Comentado.* Volumen I. Pamplona: Aranzadi.

SOTO NIETO, F. (1976). El título constitutivo de la propiedad horizontal. En Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (ed.). *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre.* Volumen II. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

TORRES MALDONADO, M.A. (2012). ¿Derechos sin sujeto? A propósito de la herencia yacente: Análisis en torno a su administración como parte subjetiva en la relación jurídica procesal y el conflicto de legitimidades entre Curados vs. Albacea. *Derecho y cambio social,* núm. 30, 1-22.

VÁZQUEZ BARROS, S. (2002). *La Ley de Propiedad Horizontal comentada. Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril: comentario de cada artículo.* Madrid: Tecnos E-Book.

VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ, A. (1992). *Derecho de propiedad horizontal: pisos y locales ante la Ley 49, de 21 de julio de 1960. Antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia y comentarios a la legislación vigente.* Barcelona: Bosch.

VERDA BEAMONTE, J.R. de. (2015). La comunidad de bienes. En JR. de Verda Beamonte y A. Serra Rodríguez (coord.). *Derecho Civil III. Derechos Reales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

ZANÓN MASDEU, L. (1964). *La propiedad de casas por pisos.* Barcelona: Ariel.

ZURILLA CARIÑANA, M.A. (2014). Artículo 9. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi.

NOTAS

[1] En este sentido, el preámbulo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal recogía lo que sigue: «Hay un hecho social básico que en los tiempos modernos ha influido sobre manera en la ordenación de la propiedad urbana. Se manifiesta a través de un factor constante, cual es la insuprimible necesidad de las edificaciones, tanto para la vida de la persona y la familia como para el desarrollo de fundamentales actividades, constituidas por el comercio, la industria y, en general, el ejercicio de las profesiones».

[2] CASTÁN TOBEÑAS, 1987, 414: «En los últimos años una rica literatura, en la que figuran monografías y estudios brillantes procedentes de los campos científicos más diversos, ha luchado denodadamente para dar forma y sistematización definitiva a la teoría de las personas jurídicas. Pero, en gran parte, esa abrumadora bibliografía ha contribuido a oscurecer y hacer más intrincado de lo que ya en sí lo fuera el problema de la personalidad moral». En el mismo sentido, FERRARA, 1929, 1: «Acaso no habrá, en toda la doctrina del Derecho civil, asunto que reclame más la atención de los jurisconsultos que el de las personas jurídicas».

[3] No obstante, BRINZ negó la existencia de la personalidad jurídica al centrar su concepción y teoría en el estricto patrimonio afecto a un fin, llegando a existir patrimonios sin un propietario *apud* MOZOS DE LOS MOZOS, 1991, 592.

[4] POVEDA DÍAZ discrepa y considera que son suficientes el «carácter corporativo, un fin propio distinto de las personas naturales que componen la persona jurídica y la existencia de unos bienes que integran el patrimonio de tal persona jurídica» en POVEDA DÍAZ, 1982, 183.

[5] No obstante, como excepción, en nuestro derecho existen ciertas personas jurídicas en que el reconocimiento se hace *ad hoc* por el Estado al haber sido creadas tales entidades por él: ALBALADEJO GARCÍA, 1972, 171.

[6] A mayor abundamiento sobre las diferencias: SERRANO DE NICOLÁS, 2017.

[7] No obstante, ciertos autores consideran que entre la comunidad de bienes y la copropiedad hay una relación de género-especie: COBAS COBIELLA, 2014, 86-89.

[8] No obstante, la solución no resulta tan clara cuando se trata de diferenciar entre personalidad jurídica y comunidad de bienes en mano común o germánica. En este tipo de copropiedad se da la situación de que cada comunero posee el conjunto patrimonial, no determinados bienes o cuotas concretas, pero, ante la imposibilidad de poder disponer de los bienes, se termina creando un patrimonio separado del de sus miembros afecto a un determinado fin común. La doctrina mayoritaria sostiene que en el caso de las comunidades en mano común los bienes son propiedad de los copropietarios y no de la comunidad, diferenciándolo así de las personas jurídicas que sí que poseen los bienes directamente. En: ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016.

[9] También: GRIMALDOS GARCÍA,2013.

En contra de dicho criterio diferenciador, DE VERDA BEAMONTE sostiene que no puede ser aceptado ya que la comunidad de bienes puede constituirse voluntaria y pretendidamente. En: DE VERDA BEAMONTE, 2015, 163.

[10] En el mismo sentido, STS de 13 de noviembre de 1995: «La comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute, aprovechando de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales».

[11] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma que en la medianería el derecho de propiedad sobre la medianería tiene carácter anejo al derecho de propiedad del bien colindante y que se trata de una comunidad especial puesto que los colindantes pueden disfrutar, con ciertas limitaciones, de los elementos comunes a ellos. En: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 257.

[12] Según parte de la doctrina el nombre es incorrecto: «Con el nombre sin duda equívoco y bastante poco práctico […] [se conoce] lo que quizás con mayor exactitud se debiera conocer como "propiedad de casas por pisos". En: DÍEZ-PICAZO PONCE

DE LEÓN, 2012, 95. En el mismo sentido, NAVARRO AZPEITIA consideraba que la denominación más correcta sería la de «parcelación cúbica» al entender que «quizás sea la denominación más exacta, porque indudablemente la división de un inmueble en pisos o apartamentos es una parcelación, y la delimitación de estos en el espacio es algo cúbico» *apud* FUENTES LOJO, 1990, 14.

[13] En el mismo sentido, PRATS ALBENTOSA la definió como «una propiedad especial que, constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble». En: PRATS ALBENTOSA, 1991, 14.

[14] BATLLE VÁZQUEZ considera que en la Edad Media ya estaba extendida en las grandes ciudades esta institución debido a que el espacio en el interior de la muralla era reducido; En: BATLLE VÁZQUEZ,1980, 17.

[15] Afirma GARCÍA GARCÍA haciendo referencia a la RDGRN de 4 de noviembre de 1925 que «Por estos motivos el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, inspirada en el principio «una cosa, un solo derecho de propiedad», ordena que se inscriba bajo un solo número toda finca urbana y todo edificio, aunque pertenezca en porciones señaladas, habitaciones o pisos a diferentes dueños». En: GARCÍA GARCÍA, 2017.

[16] FUENTES LOJO resume las diversas tesis de la doctrina española: servidumbres, sociedad, universidad, derecho de superficie, cuasi contrato, acéfala, comunidad social, colectividad, comunidad, copropiedad con indivisión, mancomunidad solidaria, etc. En: FUENTES LOJO, 1990, 61-69 *passim*.

[17] Dicha resolución es una *rara avis* entre las resoluciones de la DGRN y DGSJFP.

[18] No obstante, critica las tesis dualistas al considerar que «cada titular tiene un derecho de propiedad único, aunque existan dentro de él dos objetos distintos: el piso o local y su participación en los elementos comunes».

[19] Se han criticado las tesis monistas en tanto en cuanto en la propiedad horizontal no se dan las características de una «comunidad» como es, entre otras, la acción de división.

[20] Sostiene GARCÍA GARCÍA que «El argumento fundamental para negar el carácter de persona jurídica a la Comunidad de propietarios deriva de los dispuesto en el artículo 35 del Código Civil, que exige que exista una Ley que expresamente atribuya la condición de persona jurídica a un ente». En: GARCÍA GARCÍA, 2017.

[21] Además, de modo expreso, el artículo 544 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC— las incluye dentro de las entidades sin personalidad jurídica.

[22] Afirma la STS citada que «La LPH, en aras de una tutela judicial efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, instauró la figura del presidente a quien, a pesar de no ser la comunidad persona jurídica, le atribuye representación y defensa de intereses comunes. Al presidente, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha extendido sus facultades a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen».

[23] En el mismo sentido, la STS de 3 de marzo de 1995: «[E]stá investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la Comunidad, no solo en cuanto a lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular».

[24] Aunque la gran mayoría de la doctrina ha considerado la representación del presidente no es un mandato, sí que entienden que su representación tiene notas de este y, por lo tanto, su regulación le es, también, de aplicación. También la STS de 1 de marzo de 1984 sostuvo que «ya que el presidente de la Comunidad si bien *ad extra* es un órgano (de representación) […], pero *ad intra* no es sino mandatario de los propietarios singulares que forman el régimen de la Propiedad Horizontal».

[25] En el mismo sentido, aunque con matices, MONTÉS PENADÉS entendió que tal representación podía ser legal si, exclusivamente, se entendía que el presidente representaba a todos y cada uno de los propietarios y no a la comunidad en sí. En: MONTÉS PENADÉS, 1972, 908 y sigs.

[26] MONTÉS PENADÉS, 1972, 914 y 915: «Podemos concluir que estamos ante un caso semejante a lo que se ha llamado «representación orgánica» y si para ello es necesario recurrir al concepto de persona jurídica, podemos indicar que una cierta capacidad, limitada ha sido atribuida por la Ley a la comunidad, al menos en la medida en que pueda definirse la capacidad como actitud para ser titular de derechos y obligaciones […] Podemos decir que el representado es la comunidad».

[27] En virtud de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

[28] En este sentido, el artículo 7.6 LEC recoge que «Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades», siendo un reconocimiento claro de su capacidad para ser parte en el proceso, tanto activa como pasivamente.

[29] Afirma la STC de 14 de junio de 1999 que «actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada «representación orgánica» que le reconoce el actual artículo 13.3. LPH […] los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de Propietarios que ostenta *ex lege* la representación de dichos propietarios en asuntos que afectan a la Comunidad».

[30] SSTS de 20 de diciembre de 1996 o de 31 de diciembre de 1996: «El presidente actúa como representante, que la doctrina y la jurisprudencia califica de orgánico, pues ni es representante legal (aunque su designación la hace la ley), porque no suple la capacidad de nadie, ni voluntario porque la representación no se la confieren los copropietarios». En el mismo sentido, STS de 27 de marzo de 2012: «el presidente, en la representación orgánica correspondiente a lo dispuesto en dicho precepto, está facultado para litigar contra […]».

[31] Artículo 21: «1. Las obligaciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 9 [contribuir a los gastos generales y contribuir a la dotación del fondo de reserva] deberán cumplirse por el propietario de la vivienda o local en el tiempo y forma determinados por la Junta. En caso contrario, el presidente o el administrador, si así lo acordase la junta, podrá exigirlo judicialmente a través del proceso monitorio». En el mismo sentido, el artículo 7.2, en sede de la acción de cesación, recoge que «Si el infractor persistiere en su conducta el presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto podrá entablar contra él acción de cesación».

[32] STS de 5 de noviembre de 2015: «No resulta razonable sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos importantes para la comunidad […] Es pacífica la doctrina jurisprudencial de esta Sala que declara la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario».

No obstante, hay jurisprudencia de ciertas Audiencias Provinciales que consideran que el presidente de la comunidad puede representarla en juicio e interponer las acciones judiciales en beneficio de esta, sin el previo acuerdo de la Junta de Propietarios salvo que la LPH disponga lo contrario o que hubiere una oposición expresa del órgano: SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005.

[33] Afirma la STS citada que «La LPH otorga al presidente de la Comunidad la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él, pero esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente».

[34] STS de 29 de abril de 1985: «Cuando el presidente emite su voluntad no lo hace en nombre propio como representante del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de este, […] que se había manifestado en Junta General».

[35] STS de 10 de octubre de 2011: «Se declara como doctrina jurisprudencial la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales».

[36] El presidente de la comunidad responde de sus actuaciones *ex.* artículos 1101 y 1902 del Código Civil, pudiendo ser responsable penalmente de sus actos para con la comunidad de propietarios *ex*. artículo 253 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Incluso parte de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que son aplicables los artículos 1714 y 1726 del Código Civil, aunque se encuentren dentro de la regulación del mandato.

[37] Asunto distinto sería que el daño derivase de la ejecución de un acuerdo de la junta, en cuyo caso sería responsable la propia comunidad. SEVILLA CÁCERES, 2019. Como recuerda la STS de 12 de diciembre de 2000, «debiendo el presidente actuar de conformidad con los acuerdos de la Junta, válidamente adoptados, de los que es mero ejecutor».

[38] Por todas, SAP de Zamora de 13 de septiembre de 2012 y SSTS de 24 de junio de 2016 y 5 de noviembre de 2015.

[39] STS de 10 de octubre de 2010: «Otra cosa distinta es que en casos de necesidad urgente pueda velar unilateralmente por intereses de la comunidad, lo cual no debe prohibirse debido a la misma urgencia y necesidad».

[40] No hay que perder de vista que las comunidades de propietarios también tienen obligaciones en otros ámbitos del Derecho como en materia fiscal tal y como recoge el Real Decreto 828/2013, de 25 de octubre, respecto del IVA o las obligaciones de declarar las operaciones con terceros.

[41] «Las comunidades no pueden ser sujetos de la relación jurídica y procesal […] ya que la comunidad de propietarios no es una persona jurídica de las admitidas en el artículo 35 del Código Civil, porque ninguna Ley les concede personalidad propia e independiente de la de cada uno de los dueños que la forma».

[42] SSTS de 3 de marzo de 1986 y de 8 de julio de 2003.

[43] También, STS de 14 de mayo de 1992: «lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entelequia y aunque doctrinalmente […] se asemeja a los actos de conjunto […] hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia».

[44] *Verbi gratia*, SAP de La Coruña de 29 de junio de 2006 sobre un contrato de obras; o, STS de 11 de noviembre de 2005 sobre una reparación de ascensores.

[45] Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

[46] Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

[47] 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.

[48] Real Decreto Ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

[49] Aunque referido a la Ley 8/2013 se entiende igualmente al Real Decreto Legislativo 7/2015: PÉREZ MIRALLES, 2017, 7.

[50] *Vid* FUENTES-LOJO RIUS, 2022. En el artículo, ninguno de los autores que intervienen consideran que la legislación permita entender que las comunidades tienen personalidad jurídica. No obstante, MAGRO SERVET entiende que sería conveniente dotarles de tal cualidad, frente a la postura de CARRASCO PERERA, ECHEVARRÍA SUMMERS y SALAS CARCELLER que entienden que el reconocimiento de la personalidad jurídica no tendría ningún efecto práctico.

[51] Entre otras razones debido a los altos índices de morosidad que hay en las comunidades de propietarios en España: CLEMENTE MEORO, 2013, 214: «La morosidad

es el principal problema de las comunidades de propietarios. Se calcula que en 2012 el impago de cuotas y derramas en las comunidades de propietarios fue de 1.600 millones de euros; y para 2013 se estima que pueda ascender a 1.900 millones».

[52] Es necesario poner en relación el artículo 9.1.e) con el artículo 3.b) que establece que «A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad».

[53] SAP Navarra de 27 de mayo de 2003: «por otra parte unánimemente se califica esta obligación como *propter rem* de modo que va ligada en cada momento a quien sea titular del piso o local». En el mismo sentido, SAP de Barcelona de 27 de junio de 2017.

[54] En el mismo sentido, GARRIDO GARCÍA, 2006, 1615: «Aunque no esté calificado expresamente como hipoteca legal tácita, el privilegio establecido a favor de la comunidad de propietarios en la LPH [art. 9.1 e) LPH] es asimilable en su estructura y efectos a una hipoteca legal tácita. El privilegio recae sobre el inmueble del copropietario que no contribuya al pago de las cuotas correspondientes a la última anualidad, y la parte vencida de la corriente que se refieran a los gastos generales para el sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

[55] Entre otros: QUICIOS MOLINA, 2004, 1701-1702: «Otro supuesto que merece la pena tratar aquí es el de garantía de los créditos por gastos comunes en edificios en régimen de propiedad horizontal, correspondientes a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, reconocida en el artículo 9.1.e) II LPH. Aun cuando se mantuviera la preferencia de tales créditos en el concurso, la DGRN viene exigiendo tales requisitos de oponibilidad frente a acreedores de dicha afección que la desproveen de su carácter tácito. Eso sí, una vez constituida mediante la pertinente constancia registral (ha de anotarse la demanda o el embargo decretado en proceso contra el deudor, debiendo demandarse a los acreedores anteriormente inscritos)».

CORDERO LOBATO, 2004, 1061: «La garantía de los créditos por gastos comunes en edificios en régimen de propiedad horizontal [artículo 9.2.e) LPH] ha sido desprovista de su carácter de hipoteca legal por obra de la DGRN, quien, entre otros requisitos, ha supeditado la eficacia que esta garantía pudiera tener frente a otros acreedores a la previa constancia registral de la demanda o del embargo entablado u obtenido frente al propietario moroso; todo ello sin perjuicio de que una vez cumplido este requisito la garantía sea oponible incluso frente a los acreedores anteriormente inscritos».

[56] Esta opción deviene, actualmente, de difícil encuadre, en tanto en cuando, no hay ningún precepto que establezca que los créditos de la comunidad de propietarios en estos supuestos tengan tal condición *ex* RDGRN de 23 de junio de 2014: «en la enumeración de las hipotecas legales del artículo 168 de la Ley Hipotecaria no aparece ninguna hipoteca legal por razón de créditos preferentes de la comunidad de propietarios».

[57] Cuestión distinta es la forma en la que se articulará dicha preferencia en relación con las demás cargas y gravámenes existentes en el Registro de la Propiedad. *Vid*. CLEMENTE MEORO, 2013, 14-21 *passim*.

[58] También, SAP Barcelona de 5 de mayo de 2004: «Responsabilidad que entendemos ha de ser declarada con carácter mancomunado y limitada a la cuota de participación de cada uno de ellos […] vienen obligados a contribuir con arreglo a su cuota de participación a las responsabilidades de la misma y su condena no puede extenderse a toda la indemnización».

[59] Entre otras, STC de 4 de julio de 2005: «En la actualidad, […] es preciso que los propietarios sean llamados al proceso para que el acreedor pueda actuar subsidiariamente contra ellos en los términos legalmente previstos frente a las deudas contraídas por la Comunidad».

[60] Aunque se refería a la anterior regulación, es perfectamente válida su consideración: ORTIZ NAVACERRADA, 1994, 8-15.

[61] En este sentido, la RDGRN de 5 de febrero de 1992 permitió tan solo el embargo del dinero y los fondos y no de los elementos comunes del edificio.

[62] Al respecto, cabe hacer una somera mención a los elementos procomunales. La mayoría de la doctrina los ha considerado como elementos comunes —aunque ciertos sectores los consideran privativos—, por lo tanto, la posibilidad de que sean embargados será idéntica a los demás elementos comunes. No obstante, ciertos autores, aun considerándolos elementos comunes, han afirmado que pueden desafectarse sin necesidad de unanimidad cuando se den determinados requisitos. A favor de la unanimidad: POVEDA DÍAZ, 1982, 309-311. En contra: SAPENA TOMÁS,1971, 115 y sigs.

[63] Aspecto que es criticado por parte de la doctrina: DÍAZ MARTÍNEZ, 2014.

[64] Complementando la antigua redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria: «Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: […] Cuarta. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción».

[65] Un argumento débil tal y como ha apuntado la doctrina: CABANAS TREJO, 1999, 18.

[66] Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

[67] Esta práctica se llevó a cabo con posterioridad en la RDGRN de 6 de febrero de 2014. No obstante, la RDGRN de 25 de mayo de 2005 había negado directamente la posibilidad de que la comunidad de propietarios pueda adquirir un bien.

[68] No obstante, a esta resolución no le es aplicable la Ley 13/2015 ya que el decreto de adjudicación del juzgado es de fecha anterior. Pero, lo cierto es que aun no siendo aplicable sirvió para abrir el camino a posteriores inscripciones.

(Trabajo recibido el 14 de junio de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre de 2022)

La regulación de la adopción nacional: interpretación jurisprudencial y doctrinal de algunos de sus aspectos más conflictivos

The regulation of national adoption: jurisprudential and doctrinal interpretation of some or its most conflicting aspects

por

LIDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

Prof.ª contratada Doctora de Derecho civil de la Universidad de Vigo

RESUMEN: El legislador ha abordado la última reforma de la regulación de la adopción nacional mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, introduciendo ciertos cambios que habían sido reclamados desde distintos estamentos. El objetivo de este trabajo no es el estudio exhaustivo de la regulación actual de la adopción, por exceder de los límites de esta memoria, sino el análisis, a la luz de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales emitidas desde la promulgación de la nueva normativa, de algunas de las cuestiones más

controvertidas que la aplicación práctica ha puesto de manifiesto e intentar poner de relieve la implementación de esta institución. De esta forma, nos ha sido posible observar los aciertos legislativos, así como exponer las deficiencias o carencias de las que, a nuestro juicio, adolece esta regulación. Esta circunstancia nos ha permitido, en su caso, realizar propuestas de *lege ferenda* para la mejor consecución de su fin último: la integración de los menores que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad en un núcleo familiar de forma estable, creando un estado de filiación entre ellos y los adoptantes.

ABSTRACT: The passage of several years since the reform of the regulation of adoption operated by Law 26/2015, of July 28, of 28 July Amending the system for the protection of children and adolescents and Law 15/2015, of 2 July, on Voluntary Jurisdiction, introducing certain changes that had been demanded from different levels. The objective of this work is not the exhaustive study of the current regulation of adoption, because it exceeds the limits of this report, but the analysis, in the light of the doctrinal and jurisprudential interpretations issued since the promulgation of the new regulations, of some of the most controversial issues that practical application has revealed and try to highlight the implementation of this institution. In this way, it has been possible for us to observe the legislative successes, as well as to expose the deficiencies or shortcomings of which, in our opinion, this regulation suffers. This circumstance has allowed us, where appropriate, make lege ferenda proposals for the best achievement of its ultimate goal: the integration of minors who are in a particularly vulnerable situation in a stable family nucleus, creating a state of filiation between them and the adopters.

PALABRAS CLAVE: Adopción. Adoptante. Adoptado. Idoneidad. Consentimiento. Asentimiento. Audiencia.

KEY WORDS: Adoption. Adopter. Adopted. Suitability. Consent. Assent. Hearing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTUALIZACIÓN.—III. LOS ELEMENTOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN: 1. Los adoptantes o el adoptante. 2. El adoptando.—IV. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN: 1. Edad mínima exigida al adoptante. 2. Diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando.—V. PROHIBICIONES: 1. Prohibiciones absolutas: *A) Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o par-*

cialmente, de los derechos de guarda y protección: a) Privación de la patria potestad. b) Suspensión de la patria potestad. *B) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. C) A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. D) Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. E) Aquellos que tengan conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.* 2. PROHIBICIONES RELATIVAS: *A) No se puede adoptar a un descendiente. B) No se puede adoptar a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. C) No se puede adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. D) Los que hayan sido excluidos por los progenitores del tutelado.*—VI. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN: 1. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD. 2. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN. 3. LA PROPUESTA PREVIA DE LA ENTIDAD PÚBLICA. 4. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN: *A) Consentimientos. B) Asentimientos:* a) Asentimiento del cónyuge o pareja de hecho. b) Asentimiento de los progenitores: a´) Progenitores privados de la patria potestad. b´) Progenitores incursos en causa de privación de la patria potestad. c´) Progenitores suspendidos de la patria potestad por declaración de desamparo. c) Asentimiento de la madre. *C) El trámite de audiencia.* a) Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. b) El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores. c) El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la adopción ha sido objeto de numerosas reformas desde la promulgación del Código Civil que han ido configurando el contenido de esta institución. Así, se aprobaron la Ley 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de 4 de julio de 1979, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción. Sin embargo, la norma que instauró el régimen actual fue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (en adelante, Ley 21/1987). Estableció los principios rectores imperantes hasta la actualidad como la intervención administrativa en el proceso adoptivo para evitar el tráfico de menores. De esta forma, como regla general, la entidad pública competente debe presentar la propuesta de adopción al juez, que será quien determine,

o no, su constitución. Asimismo, equiparó a todos los efectos la filiación adoptiva a la biológica. Con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor (en adelante, Ley Orgánica1/1996) estableció el requisito de la idoneidad de los adoptantes que debe valorar la entidad pública. Por otro lado, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2005), permitió la adopción por los matrimonios homosexuales. En otro orden, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante, Ley 54/2007) reguló el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. La reciente 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 (en adelante, Ley 8/2021) reformó la tutela que, como se expondrá, afectó a las prohibiciones para poder adoptar.

En relación al procedimiento formal, debemos señalar que han sido numerosas las normas que han incidido, en mayor o menor grado, en su regulación. Entre otras, cabe mencionar la Ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que modificó el asentimiento que deben presentar algunos sujetos regulado con anterioridad en la LEC de 1881. En otro orden, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, (en adelante, Ley 13/2009), reformó el artículo 781 LEC que configuró su redacción vigente (ya había sido objeto de reforma por la citada Ley 54/2007). Por último, debemos destacar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, Ley 15/2015) que, nuevamente, procedió a la modificación del sistema procesal de la adopción, recogido en sus artículos 33-42.

Esta amalgama de normas estatales que han ido reformando parcialmente distintos preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a veces sin una perspectiva integral sobre la institución, ha dado lugar a incoherencias y contradicciones en la regulación del régimen adoptivo que se ponen de manifiesto en su aplicación práctica. A este hecho, se debe añadir la promulgación de la legislación autonómica en virtud de la competencia en asistencia social asumida por las comunidades autónomas conforme al artículo 148.1.20.ª de la Constitución española (en adelante, CE) que, básicamente, regula los aspectos administrativos de la actuación de los órganos públicos competentes en esta materia. Tampoco se puede olvidar aquellos territorios históricos con Derecho Civil especial o foral (País Vasco, Comunidad Foral de Navarra, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares), que cuentan con legislación reguladora propia en lo concerniente a la adopción. Este contexto jurídico ha propiciado que, actualmente, exista un significativo desbarajuste normativo, así como importantes diferencias entre las regulaciones territoriales lo que ha provocado, entre otras consecuencias, que

los criterios sobre aspectos fundamentales de la adopción varíen de forma sustancial. Precisamente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015) nació con vocación uniformadora como se proclama en su preámbulo *«la presente ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás».*

En orden al instituto adoptivo, se puede afirmar que, sin producir una reforma completa del mismo, sí ha introducido modificaciones de relieve, creando nuevas figuras y reformando, con distinto grado de profundidad, otras ya existentes. Entre las novedades se pueden mencionar, la fijación, como regla general, de una edad máxima para adoptar (45 años), así como el incremento de la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando (de 14 a 16 años). Se procede también, expresamente, a la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho a efectos de adopción y se permite la adopción conjunta, cumpliendo ciertos requisitos, cuando exista separación, divorcio o ruptura de la relación *more uxorio*. Por otro lado, se ha desarrollado la declaración de idoneidad y debido a la reforma de la tutela por la Ley 8/2021, se ha modificado el sistema de prohibiciones para adoptar. Como figuras de nuevo cuño, se deben señalar la adopción abierta y la guarda con fines de adopción que, en esencia, sustituye al anterior acogimiento familiar preadoptivo. Por último, se han introducido modificaciones en el procedimiento para la constitución de la adopción, fundamentalmente, en relación a los consentimientos, asentimientos y audiencias requeridos. Tras la promulgación de esta norma, la regulación en vigor sobre esta institución se contiene en la sección segunda del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, en concreto, en los artículos 175 al 180.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

En primer lugar, nos parece necesario definir esta institución jurídica porque el silencio del legislador al respecto ha obligado a la doctrina a su conceptualización. Se considera que es «un acto judicial, por el cual se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien no lo es por naturaleza»[1]. De esta definición se detrae que es necesario en todo caso una resolución judicial para la constitución de la adopción, cuyos efectos son[2] «integrar en una familia a alguien que no

pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando pues un estado familiar, o, mejor, una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción, y por el cual se confiere a una persona un determinado estado civil de filiación».

En el mismo sentido, otro sector doctrinal[3] expresa que el instituto adoptivo es un recurso que permite solucionar bien el problema de niños en situación de abandono, o de aquellos que carecen de padres ni de ninguna persona que pueda asumir su guarda. En la mayoría de los casos, estos menores se encuentran en ingresados en centros asistenciales por lo que al ser adoptados pueden abandonar el instituto y formar parte de una familia, creándose una nueva filiación equiparada en su totalidad a la de naturaleza.

Por último, se ha indicado que la adopción es «una institución de derecho del niño y adolescente de integración familiar, de orden público e interés social que se constituye en un proceso jurídico judicial o administrativo, por el cual, mediante la sentencia judicial o resolución administrativa, se creará el vínculo de filiación adoptiva»[4].

III. LOS ELEMENTOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN

Nos centraremos en este punto en los sujetos intervinientes en el proceso adoptivo. Aunque pueden intervenir varias personas, únicamente son imprescindibles los adoptantes (o el adoptante) y el adoptado.

1. Los adoptantes o el adoptante

La adopción puede realizarse por una sola persona o por dos, siempre que sean cónyuges o estén unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal[5] como dispone el artículo 175.1 del Código Civil. La primera modificación operada es que se permite adoptar a las parejas de hecho, homosexuales y heterosexuales. Con anterioridad, el citado precepto solo mencionaba a los que estaban unidos por vínculo matrimonial, si bien es cierto que la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, declaraba que *«al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal la capacidad para adoptar simultáneamente a un menor».* A tenor de la literalidad del precepto, quedaban excluidas las parejas del mismo género[6] y a las de distinto sexo solo se les permitía la adopción simultánea, no la sucesiva. Actualmente no hay ninguna duda que la adopción puede realizarse por un matrimonio[7] o bien por una pareja de hecho heterosexual u homosexual. Asimismo, la adopción puede producirse de forma conjunta o sucesiva. Este segundo caso tendrá

lugar cuando constante el matrimonio o la pareja, solo uno de ellos adopta y en un momento posterior, puede adoptar el otro, conforme a lo establecido en los artículos 177.2.1.º y 178.2. c) del Código Civil. O bien, cuando la adopción se lleve a cabo por una persona soltera, que después contrae matrimonio o se constituye en pareja de hecho; el artículo 175.4 del Código Civil permite que el cónyuge adopte a los hijos de su consorte o pareja[8]. En todos estos casos, no será necesario que el órgano administrativo competente eleve la propuesta de adopción, como indica el artículo 176.2.2.º del Código Civil y que analizaremos en el epígrafe correspondiente.

Respecto a las parejas de hecho, se ha planteado si es necesario que la unión esté o no inscrita en el correspondiente Registro. No se pronuncia sobre esta cuestión el artículo 175.4 del Código Civil[9] por lo que se ha considerado que lo procedente es acudir a la normativa de las distintas comunidades autónomas[10], aunque en nuestra opinión, significa ahondar en las diferencias reglamentarias entre los distintos ámbitos territoriales de nuestro país.

Por otro lado, una cuestión importante resuelta por la Ley 26/2015 es la relativa a la posibilidad de que en tanto se tramita el proceso adoptivo, la pareja o el matrimonio se separe o divorcie. Así se contempla en el apartado 5 del mencionado precepto: *«en caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción»*. Como se observa, su aplicación se limita a los supuestos en que exista un acogimiento permanente o guarda con fines de adopción durante dos años previos a la propuesta, provocando la incertidumbre en otros casos, por ejemplo, si se ha constituido una tutela. En nuestra opinión, sería adecuado, en interés del menor, la aplicación analógica del precepto a situaciones similares.

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia. Así, la SAP de Cádiz de 22 de enero de 2021 estima el recurso de apelación presentado por la Junta de Andalucía contra el fallo de primera instancia que desestimaba la solicitud de adopción del menor presentada por el citado ente, al declarar que no había lugar a la misma por los padres adoptantes seleccionados por la entidad en virtud del artículo 175.5 del Código Civil. Como se manifiesta en los fundamentos de derecho, la Sala considera que no concurren los presupuestos legales para la aplicación del citado precepto porque la resolución administrativa de formalización de

guarda con fines de adopción es de fecha 23 de agosto de 2017, y la propuesta de adopción se efectúa con fecha 12 de septiembre de 2017, «sin que en dicha fecha constara la separación de los acogedores, porque en toda la documentación obrante en el expediente y también en la propia resolución recurrida, consta dicha separación de hecho en febrero de 2018». Como indica el Tribunal, para aplicar el requisito de la convivencia del adoptado con los dos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción, se requiere que el adoptando se halle en situación de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción y que la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción, circunstancia que no se ha producido en este caso porque la crisis matrimonial fue posterior a la presentación de la misma, por lo que resulta improcedente acudir al mencionado artículo.

Además, como se relata, el interés superior del menor exige la constitución de esta filiación por cuanto el acogimiento se produjo cuando el menor apenas tenía cinco meses de edad no esperando ni siquiera la entidad pública el transcurso de dos años para solicitar la adopción. En la toma de esta decisión se han tenido en cuenta, asimismo, los vínculos afectivos del adoptando con los acogedores y sus hijos, siendo la única familia que ha conocido, y valorando el informe final de propuesta de adopción favorable a su constitución, incluso tras haberse conocido la separación de los acogedores, «presentando el menor un vínculo de apego seguro hacia sus cuidadores, encontrándose feliz y sano en todos los ámbitos de la vida»[11].

Por último, debemos hacer referencia a un supuesto particular ya recogido en la Ley 21/1987 y reformado por la Ley 26/2015, relativo a la constitución de la adopción cuando el adoptante haya fallecido. Esta posibilidad queda limitada a ciertos casos recogidos en el artículo 176.4 del Código Civil, en concreto, cuando se cumplan las circunstancias establecidas en los apartados 1.ª, 2.ª y 3.ª, excluyéndose el 4.ª del punto 2.º del citado precepto. Se exige que el adoptante hubiese presentado el consentimiento ante el juez o que lo hubiese otorgado mediante documento público o testamento, siendo esta última posibilidad la novedad introducida por la citada norma. A nuestro entender, ha sido un acierto del legislador porque articula un procedimiento que permite continuar el proceso adoptivo aun cuando no se haya presentado el consentimiento ante la autoridad judicial; pensemos en los casos en los que la vida del adoptante peligre o se le haya diagnosticado una enfermedad grave y no se encuentre en condiciones de realizar este trámite. Como dispone el artículo, los efectos se retrotraen a la fecha en la que se haya emitido dicho consentimiento[12].

2. El adoptando

Como regla general, el artículo 175.2 del Código Civil establece que solo podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados. La emancipación se regula actualmente, tras la aprobación de la Ley 8/2021, en los artículos 239-248 del Código Civil. El contenido sustantivo no ha sufrido apenas modificaciones respecto a la regulación anterior, por lo que solo se podrán emancipar aquellos menores que hayan cumplido dieciséis años bien por concesión de los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial, siempre que cumplan determinados requisitos recogidos en los citados preceptos. De forma excepcional, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor de edad, si antes de la emancipación hubiese una convivencia o acogimiento estable como mínimo de un año. Se modifica así la regulación precedente que exigía que el acogimiento o convivencia debían existir ininterrumpidamente desde que el adoptando hubiese cumplido los catorce años. Dos son los aspectos modificados; en primer lugar, el requisito de la convivencia que de exigirse que fuese ininterrumpida, actualmente solo se requiere que sea estable. En opinión de la doctrina, y cuyo planteamiento compartimos, es compatible con separaciones físicas temporales, por distintos motivos[13]. Por otro lado, el requisito de la edad en que se ha iniciado la convivencia; nos mostramos conformes con este cambio legislativo porque facilita la adopción que a estas edades se torna muy compleja y, además, la edad de los adoptandos, permite que se les presuponga madurez suficiente para ser conscientes de los efectos de la adopción y, por lo tanto, que la emisión de su consentimiento tenga plena validez[14].

En este sentido se manifiesta la SAP de La Rioja de 8 de julio de 2020 que resuelve sobre el recurso de apelación presentado a la resolución de primera instancia que deniega la adopción de dos hermanos, uno de ellos emancipado y otro mayor de edad por parte de sus tíos. En su parte dispositiva, el juez declaraba que, en virtud de las pruebas existentes en autos, en el primer caso, no se cumplía el requisito de que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiese existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año y en el segundo, la convivencia había comenzado cuando el adoptando era mayor de edad.

No obstante, la Sala considera que, aunque se puede aceptar que la adopción de un mayor de edad se prevé legislativamente como una figura excepcional, es indudable que su fin es dar una estabilidad familiar a aquellos que carecen de padres o que no puedan cumplir adecuadamente sus funciones, por lo que no debe realizarse «una interpretación restrictiva de los requisitos legales para la adopción de mayores de edad, cuando no existe ninguna oposición de todas las personas que pueden verse afectadas por la adopción pretendida y no va en contra de normas imperativas o

prohibitivas». En consecuencia, concluye que, en el caso concreto, aunque la convivencia ha sufrido múltiples incidencias, nada impide interpretar de forma extensiva el requisito de la convivencia ininterrumpida y, por tanto, declarar procedente el instituto adoptivo.

IV. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

1. Edad mínima exigida al adoptante

La Ley 26/2015 ha introducido ciertas novedades en este aspecto de la regulación. En el artículo 175.1 del Código Civil se establece que el adoptante debe ser mayor de 25 años, superando la anterior redacción del precepto introducida por la Ley 21/1987, que determinaba «*la adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años*». Aunque doctrinalmente se había asumido que podía adoptar cualquier persona mayor de dicha edad, la técnica legislativa utilizada había sido objeto de críticas[15].

Como se pone de manifiesto, no es suficiente alcanzar la mayoría de edad para poder adoptar contraviniendo, en cierta manera, lo señalado en el artículo 246 del Código Civil que permite al mayor de edad realizar todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas en el propio texto legal. Además, no se puede obviar que una persona puede tener descendencia biológica desde antes de esa edad. No obstante, la doctrina parece aceptar que la adopción requiere una madurez que es más factible alcanzar cuanto mayor sea la edad del adoptante, porque se trata de proporcionar un entorno familiar estable a un menor que, por diversas circunstancias, no ha podido vivir con sus padres biológicos y se encuentra en una situación especialmente vulnerable[16]. Por otro lado, se adecúa a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción: *«únicamente podrá ser adoptado un menor si el adoptante ha alcanzado la edad mínima prescrita por la ley a estos fines, sin que la misma pueda ser inferior a los 18 años ni exceder de los 30»*[17]. En el supuesto que la adopción se realice por una pareja[18] o un matrimonio, es suficiente que una de ellas tenga veinticinco años, mientras que el otro habrá de ser al menos uno, menor emancipado o mayor de edad[19].

2. Diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando

De nuevo, la Ley 26/2015 ha introducido modificaciones significativas en este aspecto de la adopción recogidas en el citado precepto. Por un lado, ha elevado la edad mínima que debe existir entre el adoptante y el adoptado a dieciséis años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código

Civil que analizaremos en momentos posteriores. Esto supone un cambio con respecto a la anterior redacción de este artículo porque desde la Ley 21/1987 la diferencia era de catorce años. La *ratio legis* de esta premisa parece ser la asimilación, en interés del menor, de la filiación adoptiva a la biológica, como se manifestó en su momento el Consejo General del Poder Judicial que defendía que así «las diferencias de edad entre los padres e hijos de la familia por adopción sean similares a las de la familia biológica»[20]. Asimismo, se adecúa a lo establecido en el citado Convenio europeo, aunque es verdad que en el mismo el carácter es preferente; *«deberá existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptante y el menor, y en favor del interés superior del menor esta diferencia deberá ser preferentemente de al menos dieciséis años»*[21].

No obstante, se permite que cuando sean dos los adoptantes solo uno de ellos cumpla esta diferencia máxima de edad. Asimismo, «*si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior».* Como se ha afirmado doctrinalmente, se pretende no separar a los hermanos en garantía del cumplimiento de su interés superior[22]. En este sentido se manifiesta la STS de 18 de junio de 1998 al declarar que «indudablemente, el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor». Y es que, en un principio, la adopción se concebía como una figura destinada a satisfacer las necesidades y los intereses de continuidad patrimonial y familiar de los adoptantes, siendo concebido actualmente como un sistema en el que prima el interés del adoptado sobre el de sus progenitores y adoptantes[23].

En otro orden y de forma primigenia, se fija una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado de cuarenta y cinco años; también se exonera del cumplimiento de este requisito en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil. Si bien se había discutido por la doctrina la conveniencia de establecer una edad máxima, con argumentos a favor[24] y en contra[25], hasta este momento el legislador había decidido abstenerse en su regulación, en el entendimiento de que esta circunstancia debería ser valorada en sede administrativa y aprobada, o no, por la autoridad judicial. Sin embargo, las discordancias existentes entre las distintas normativas autonómicas sobre esta cuestión, parecen haber sido uno de los motivos de su inclusión legislativa, porque se estaban produciendo efectos indeseados[26] como el cambio de residencia de una autonomía a otra de los ciudadanos para poder adoptar[27]. A nuestro juicio, consideramos positivo el establecimiento de esta edad máxima en un intento de homogeneizar los criterios

entre las legislaciones de las comunidades autónomas. No obstante, no podemos dejar de apuntar que, en algunos casos en interés del menor, podría ser beneficioso la constitución de la adopción por personas que superasen esa edad y con la reforma realizada ya no será posible, a excepción de los supuestos contemplados en el artículo 176.2 del Código Civil.

V. PROHIBICIONES

Con anterioridad a la reforma, se concentraban en el artículo 175.3 del Código Civil. Actualmente, algunas se mantienen en este apartado, habiéndose incluido también en el apartado 1.º del citado precepto. Asimismo, es preciso señalar que existen prohibiciones absolutas, aquellas que afectan a todos los individuos y las relativas, que solo se aplican a determinadas personas en función de sus circunstancias. En las líneas siguientes, expondremos ambas.

1. Prohibiciones absolutas

Se recogen en el último párrafo del artículo 175.1 del Código Civil. El tenor literal del artículo establece que no podrán adoptar quienes no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil. Tras la reciente reforma de la tutela por la Ley 8/2021, nos parece particularmente interesante exponer los supuestos en los que no se puede ejercer esta institución, que se recogen en los artículos 216 y 217 del Código Civil. Algunas de las prohibiciones ya se regulaban con anterioridad a la promulgación de la mencionada norma en los artículos 243, 244 y 245 del Código Civil y otras son de nuevo cuño. Son las siguientes:

A) Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección

Esta causa ya era contemplada en el anterior artículo 243 del Código Civil, recogiéndose en la actualidad en el artículo 216.1.º del Código Civil.

a) Privación de la patria potestad

Nos parece coherente que aquellos que estén privados de la patria potestad de sus propios hijos, no puedan adoptar a un menor, sobre todo teniendo

en cuenta que la privación, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, requiere resolución judicial *«fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».* Sin intentar abordar con profundidad en esta materia[28], debemos señalar que las causas que dan lugar a la privación son muy graves y, en esencia, suponen la falta de cumplimiento de las obligaciones de los progenitores o incluso la comisión de distintos delitos, que perjudican de forma manifiesta al menor.

El incumplimiento de los deberes de relación y prestación de alimentos a los hijos son los motivos más habituales, aunque no los únicos, en la que los Tribunales civiles se basan para decretar la privación de la patria potestad. A título ilustrativo, *vid.*, la STS de 23 de mayo de 2019[29] que desestima el recurso de casación presentado por un progenitor que se oponía a la privación de la patria potestad sobre su hijo decretada por la Audiencia Provincial. Como relata la Sala, no ha existido ningún tipo de comunicación entre el menor y su padre durante los últimos ochos años no habiendo, tampoco, abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño por lo que ha sido condenado penalmente como un autor de un delito de abandono de familia. Razona el Tribunal que «la total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. La privación de la misma, y por lo tanto la exclusión del padre en la toma de decisiones en relación con el menor, además de reducir el riesgo de conflicto entre los progenitores asegura al niño una estabilidad y seguridad que ha de redundar en su beneficio y viene a formalizar una situación que de hecho es la que ha venido sucediendo durante la mayor parte de su vida».

Respecto a los demás supuestos en los que judicialmente se acuerda esta medida, debemos señalar que no existe una doctrina jurisprudencial unificada, lo que provoca una grave inseguridad jurídica. La lectura de las distintas resoluciones judiciales permite afirmar que son causas de privación de la patria potestad, entre otras, las siguientes: la incapacidad de los progenitores para ejercer la patria potestad[30]; el abandono del menor[31]; la privación de la libertad de los padres[32]; la adicción a los estupefacientes o al alcohol de los progenitores[33]; las enfermedades mentales de los progenitores[34] y la situación de desamparo del hijo[35].

Asimismo, la privación de la patria potestad puede ser determinada en la resolución que decreta la finalización del vínculo matrimonial, cuando en el proceso se revele causa para ello, como indica el artículo 92.3 del Código Civil, tras la modificación operada en el citado precepto por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Es preciso señalar que esta causa se debe

basar en los incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad recogidos en el artículo 170 del Código Civil. Por lo tanto, se mantendrán los mismos criterios expuestos en las líneas anteriores, variándose únicamente el procedimiento para dictar la citada medida[36].

Por otro lado y en relación a las dictadas en causa criminal, se puede afirmar que el legislador no ha contemplado en ninguna de las redacciones del Código Penal, la imposición automática de la pena de privación o inhabilitación de la patria potestad, quedando a discreción de la autoridad judicial su aplicación; circunstancia que no nos parece adecuada por cuanto la gravedad de la comisión de los delitos que conllevan dicha pena como accesoria, debería implicar la adopción automática de la misma. Sin embargo, nuestros Tribunales deben determinar si el condenado está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

No obstante lo expuesto, debemos indicar que la redacción actual del artículo 39 j del Código Penal, cuyo contenido ha sido modificado por el artículo único 27 de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece como pena privativa de derechos, la privación de la patria potestad. Por otro lado, la Ley Orgánica 8/2021 ha modificado el apartado b del mencionado precepto, incluyendo como penas privativas de derechos, la inhabilitación especial entre otras, «*de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela*».

Estas penas recogidas en el Código Penal tendrán carácter de principal para los supuestos recogidos en el artículo 192.3 del Código Penal, (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), modificado por el artículo único 105 de la Ley Orgánica 1/2015 y por la disposición final 6.25 de la Ley Orgánica 8/2021, y de accesoria para los contemplados en los artículos 55 (penas superiores a 10 años) y 56 del Código Penal, (penas inferiores a 10 años). Es potestad del juez o Tribunal imponer la privación o inhabilitación absoluta o la especial para el ejercicio de la patria potestad, cuando la infracción de los derechos derivados de esta hubiera tenido relación directa con el delito cometido.

De forma esquemática, exponemos la comisión de los delitos que, en la actualidad y conforme a la doctrina jurisprudencial, pueden conllevar la privación o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales[37]; delitos de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar: la violencia doméstica[38] y de género[39]; delito de asesinato de un progenitor cometido por el otro u homicidio en grado de tentativa[40]; delito en grado de tentativa de asesinato respecto del hijo[41]; delito de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor[42]; delito de tráfico de menores[43]; delito de corrupción de menores[44]; delito de sustracción de menores[45] y el delito de abandono de menores[46].

b) Suspensión de la patria potestad

En relación a la suspensión de la patria potestad, pese a que esta figura es citada en distintos artículos del Código Civil, consideramos que únicamente se regula específicamente su régimen en los supuestos en que el menor es declarado en desamparo o se encuentre en una situación de guarda de hecho. De esta forma, el artículo 172.1 del Código Civil declara que la situación de desamparo se produce de hecho «*a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*». En estos casos, la entidad pública asumirá automáticamente la tutela *ope legis* sobre el menor, provocando la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria[47].

Asimismo, en el artículo 222 del Código Civil se reitera que la tutela de los menores en desamparo será ejercida por el órgano público competente. No obstante, si existen personas que puedan asumir su tutela, se procederá a su nombramiento conforme a las normas recogidas en el propio texto legal. Previo al nombramiento del tutor, o en la misma resolución, el juez deberá acordar la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, en su caso. Están legitimados para ejercer estas acciones el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados a ejercer la tutela.

Respecto a la guarda de hecho, la Ley 8/2021 ha introducido modificaciones importantes sobre esta institución. En concreto, se recogen en el artículo 237 del Código Civil; en primer lugar, se señala que cuando el juez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho de un menor, podrá requerirle para que le informe sobre la situación de este. De forma cautelar, se le podrán conferir facultades tutelares a los guardadores hasta la adopción de otra medida más estable. Asimismo, se contempla la posibilidad de que se formalice un acogimiento temporal, siendo los acogedores los guardadores. Por otro lado, si se considera que el menor, pese a esta circunstancia, está en situación de desamparo, se procederá a su declaración. Por último, se permite que el guardador de hecho promueva la suspensión o privación de la patria potestad, la remoción de la tutela o el nombramiento del tutor[48].

En otro orden, y en relación a esta prohibición, compartimos el posicionamiento de la doctrina[49], al considerar que el legislador ha utilizado una técnica no demasiado adecuada para su regulación, porque además de recogerla en el artículo 175.1 del Código Civil como hemos expuesto, la reproduce en el artículo 176.3 del Código Civil al determinar que no podrán ser declarados idóneos para adoptar aquellos «*que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes*

tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad pública». En puridad, dada su gravedad debería ser considerada solo una prohibición y no un criterio para declarar la idoneidad.

Por último, y en referencia a la privación o suspensión de los derechos de guarda y protección, de nuevo nos encontramos ante un problema de interpretación referente a los supuestos en los que tiene lugar. La doctrina especializada[50] se inclina a su consideración en aquellos casos en los que el menor se encuentra bajo la tutela o guarda de la Administración. Respecto al primer supuesto, nos remitimos a lo expuesto anteriormente. En relación a la segunda, se debe afirmar que el artículo 172 bis 1 del Código Civil dispone que cuando los padres o tutores, por circunstancias graves y temporales debidamente acreditadas, no puedan cuidar de sus hijos podrán solicitar a la entidad pública que asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá superar los dos años, salvo que proceda una prórroga en interés del menor. En este caso, al contrario que en la tutela *ex lege*, no se procederá a la suspensión ni de la patria potestad ni de la tutela ordinaria.

B) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior

La Ley 8/2021 ha reformado esta causa en dos sentidos, en concreto, en el artículo 216.2.º del Código Civil. En primer lugar, no solo ha incluido el hecho de haber sido removidos de una tutela, sino que ha añadido la remoción de una curatela o guarda anterior, circunstancia no contemplada en la redacción otorgada por la Ley 26/2015. Por otro lado, ha eliminado los supuestos de estar cumpliendo pena privativa de libertad, estar en quiebra o concurso para recogerlos, con alguna modificación, en los apartados 2.º y 4.º del artículo 217 del Código Civil.

El artículo 223 del Código Civil indica que las causas de remoción y excusa de la tutela, así como su procedimiento, serán los establecidos para la curatela, por lo que es necesaria la remisión al artículo 278 del Código Civil que dispone «*serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo»*. La solicitud de la remoción de la tutela podrá realizarla el menor si tiene suficiente juicio debiendo tener en cuenta, en todo caso, su opinión para la que se le dará audiencia si fuera mayor de doce años.

C) A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela

Como señalamos en líneas anteriores, esta premisa era recogida en similares términos en el precedente artículo 243.4.º del Código Civil y, en la actualidad, se contempla en el artículo 217.1.º del Código Civil. Entendemos que los delitos cometidos serán aquellos que puedan afectar al adecuado desarrollo físico y psicológico del menor. A falta de mayor claridad por parte del legislador, podríamos considerar como tales los expuestos en líneas anteriores y que, como se manifestó, puedan dar lugar a la privación de la patria potestad o inhabilitación para su ejercicio.

D) Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal

Regulado en el artículo 217.3.º del Código Civil. Este supuesto no existía en la anterior regulación y entendemos se refiere a aquella persona que siendo administradora y esté incursa en un procedimiento concursal, fuese procedente su sustitución por otra. Este apartado hace referencia a los efectos que el concurso genera sobre las facultades de disposición y administración del concursado, artículo 106 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). Conforme a ese precepto, por disposición del juez en el auto de declaración de concurso, el concursado puede ser sustituido por la administración concursal, de modo que se suspenden sus facultades de administración y disposición sobre los bienes que integran la masa activa y la administración concursal le sustituye en el ejercicio de esas facultades; o bien, el concursado puede ser intervenido, en cuyo caso conserva las facultades de administración y disposición, pero necesitará la autorización o conformidad de la administración concursal.

E) A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona

Así lo dispone el artículo 217.4.º del Código Civil. De forma análoga, esta causa era contemplada en el artículo 244.5.º del Código Civil, aunque en este artículo se hacía referencia también a los quebrados y se limitaba su prohibición hasta que no estuviesen rehabilitados. Actualmente, parece que se prohibirá a todo aquel condenado en un concurso de acreedores, con la excepción de aquellos que solo ejerzan la tutela en la esfera personal

del menor y no en la patrimonial. En este caso, debe señalarse que está directamente relacionado con aquellos sujetos que la normativa concursal considera «*personas afectadas por la calificación», vid.*, artículo 455 TRLC. En estricta técnica jurídica, en la sección de calificación del concurso no hay «condenados». A estos efectos, además, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 455.2-2.º TRLC, que recoge la posibilidad de «inhabilitar» a las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable.

2. Prohibiciones relativas

Estas prohibiciones se aplican a ciertas personas respecto a la adopción de un menor en concreto por diversas circunstancias. Este hecho, sin embargo, no les impide que puedan adoptar a otros menores. Tras la modificación de la Ley 26/2015 se recogen en los artículos 175.3 y 217 del Código Civil.

A) No se puede adoptar a un descendiente

Esta prohibición fue introducida en el Código Civil mediante la Ley 21/1987 y ha sido mantenida por la Ley 26/2015 en el artículo 175.3.1.º del Código Civil. La doctrina aduce que no es necesario por cuanto ya existe un vínculo biológico[51]; en el caso de no estar determinada la filiación, puede ser instada judicial o extrajudicialmente. Asimismo, se ha alegado que se evita así la existencia de relaciones familiares complejas, como la que se produciría si el abuelo adopta a sus nietos, que pasan a ser sus hijos y los tíos, hermanos[52]. Como se observa, el legislador sí permite la adopción de los descendientes por afinidad[53].

B) No se puede adoptar a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad

No es posible la adopción entre hermanos ni cuñados, como indica el artículo 175.3.2.º del Código Civil. Se ha criticado[54] que no se haya incluido a los hermanos adoptivos, aunque la razón pudiera ser que al equipararse la filiación adoptiva a la biológica en todos los sentidos, existiría el citado vínculo, aunque hubiera sido conveniente su inclusión para evitar equívocos.

C) No se puede adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela

La aplicación de este deber recogido en el artículo 175.3.3.º del Código Civil implica su remisión al artículo 232 del Código Civil tras su modificación por la Ley 8/2021. En el mismo, se dispone la obligación del tutor de rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de la administración del patrimonio del menor, sin perjuicio de su deber de rendir cuentas anualmente, que deberá realizarse en el plazo de tres meses prorrogable por el tiempo necesario, si concurriese justa causa.

Como se observa, la prohibición solo afecta en tanto en cuanto el tutor no rinda la citada cuenta[55], con independencia de que el resultado de la misma sea negativo. En este caso, se entiende que esta circunstancia será valorada por el juez para constituir, o no, la adopción. Es importante señalar que solo afecta a la gestión del patrimonio, no a la esfera personal. En otro orden, conforme a lo indicado en el citado artículo 232 del Código Civil, la acción para exigir la rendición de esta cuenta es de cinco años, a contar desde la finalización de la misma. Previo a su resolución, el juez dará audiencia, en su caso, al nuevo tutor y al tutelado o sus herederos.

D) Los que hayan sido excluidos por los progenitores del tutelado

Esta causa se recogía anteriormente en el artículo 245 del Código Civil, aunque su redacción actual en el artículo 217.1.º del Código Civil ha sufrido ciertas variaciones. En aquel precepto se permitía que, a pesar de que los progenitores excluyesen expresamente en testamento o en documento notarial a una persona como tutora de su hijo, el juez podía proceder, de forma motivada, a su nombramiento, si consideraba que redundaba en beneficio del menor. En nuestra opinión, ha sido un acierto legislativo por cuanto si el padre y la madre excluyen como tutor a alguien en concreto por las razones que ellos consideran pertinentes, no parece ajustado a Derecho que la autoridad judicial pueda actuar en sentido contrario a los deseos de los padres. En relación a su aplicación a la institución de la adopción, mostramos nuestra plena conformidad porque esta figura crea una nueva filiación, superando ampliamente las funciones del tutor.

E) Aquellos que tengan conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela

La equivalencia del apartado 5.º del artículo 217 del Código Civil se corresponde con el antiguo artículo 244.2.º del Código Civil, aunque el

término utilizado era de *«enemistad manifiesta»*. Parece razonable excluir a toda persona que tenga cualquier problema con el menor por cuanto no será la más idónea para ejercer una función de tanta significancia como su tutela y, aún si cabe menos, para ser su adoptante.

VI. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

La adopción se constituye mediante resolución judicial como indica el artículo 176.1 del Código Civil; se tendrá en cuenta el interés del menor y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. En nuestro ordenamiento jurídico, la intervención de la Administración en el proceso adoptivo es significativa por cuanto el apartado segundo del citado precepto, establece que el inicio del mismo requerirá la propuesta previa del ente público competente a favor del adoptante o adoptantes y que previamente hayan sido declarados idóneos. Su actuación se regula por la legislación autonómica, provocando la existencia de una amalgama de normas sectoriales que ha contribuido al desbarajuste normativo sobre esta materia.

En las líneas siguientes expondremos las cuestiones más controvertidas del procedimiento regulado para constituir la adopción. En aras a su mayor clarificación, nos parece conveniente señalar en este punto, de forma abreviada, cómo se produce este proceso. En primer lugar, la entidad pública procede a la declaración de la idoneidad de los adoptantes, siendo seleccionados para la adopción de un menor o menores en concreto, pudiendo formalizar una guarda con fines de adopción. Posteriormente debe elevar la propuesta ante el juez, quien requerirá los consentimientos, asentimientos y los trámites de audiencia pertinentes y procederá si, en interés del menor y en virtud de la idoneidad de los adoptantes lo considera conveniente, a emitir la declaración constitutiva.

1. La declaración de idoneidad

Una de las novedades introducidas por la Ley 26/2015 se concreta en el nuevo apartado tercero del artículo 176 del Código Civil que incluye una definición de la declaración de idoneidad. Si bien es cierto que antes de la reforma se exigía que los adoptantes o el adoptante fuesen idóneos para el ejercicio de la patria potestad, el desarrollo reglamentario efectuado por parte de las administraciones autonómicas provocó, como señalamos, la existencia de una diversidad de normas de distinto rango, en las que se podía apreciar una disparidad de criterios en aspectos fundamentales. Esta

circunstancia propició la reclamación por ciertos sectores doctrinales[56] de su conceptualización en aras a una homogenización de la misma que ha sido atendida por el legislador.

En concreto, se define como *«la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción».* Se debe señalar que la redacción es idéntica a la contenida en el artículo 10.1 de la Ley 54/2007. Como se ha indicado[57], parece que la pretensión legal ha sido permitir que la declaración de idoneidad sea válida tanto para la adopción nacional como la internacional, circunstancia que nos parece muy positiva para evitar una duplicidad innecesaria sobre este aspecto de la institución.

En relación a la conceptualización, consideramos que los términos capacidad y aptitud deben ser entendidos en el sentido que los adoptantes tienen que cumplir los requisitos exigidos legalmente, expuestos con anterioridad y, además, no estar incursos en alguna de las prohibiciones reguladas. Por otro lado, se requiere una motivación adecuada para la adopción, porque no se puede obviar que es una situación que requiere unas cualidades específicas para atender las necesidades del menor y comprender sus circunstancias, así como su historia personal y familiar[58].

Una cuestión que se ha planteado la doctrina desde la Ley 21/1987 y que tampoco ha quedado clara tras la promulgación de la Ley 26/2015 es la relativa a si la aptitud y motivación deben ser referidas en general a los menores en situación de ser adoptados o a un menor en particular, como parece determinar el artículo 176.3 del Código Civil[59]. En nuestra opinión, como indicamos en líneas anteriores, el procedimiento que se sigue es la declaración de idoneidad de los adoptantes y, con posterioridad, la entidad pública eleva la propuesta de adopción de un menor con aquellos que considere más adecuados para él, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil *«la declaración de idoneidad será previa a la propuesta».* En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Guipúzcoa de 17 de marzo de 2017 al concretar que las condiciones, por este orden, que deben cumplir los solicitantes de una adopción para ser finalmente adoptantes son: ser considerados capaces, ser declarados idóneos y ser elegidos. En virtud de lo expuesto, consideramos que ciertamente sería conveniente mejorar la técnica legislativa para evitar las incoherencias entre ambos preceptos e interpretaciones contradictorias[60].

Por último, se han incluido de forma novedosa en el segundo párrafo del artículo 176.3 del Código Civil, los criterios que han de cumplir los adoptantes para ser considerados idóneos para la adopción. Se indica que se deberá realizar *«una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para*

establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singularidades». Entendemos que, en la línea de lo expuesto con interioridad, la intención ha sido establecer unos criterios comunes en aras a la homogenización en el procedimiento de la declaración de idoneidad regulado en el ámbito autonómico. No obstante, se debe señalar que son en exceso generalistas para la consecución de tal fin[61].

La lectura de las distintas resoluciones judiciales emitidas sobre la declaración de idoneidad, nos permiten afirmar que los requisitos fundamentales que deben cumplir los adoptantes son de diferente naturaleza. Como señala la SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2015, es necesario que las expectativas de los solicitantes de la adopción sean serias y realistas, que tengan capacidad para atender a las necesidades educativas y emocionales del menor y que el horario laboral y los ingresos económicos sean adecuados para hacer frente a la filiación. Añade la SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2020 que se debe tener un patrón de personalidad funcional y adaptativo y presentar suficientes habilidades y recursos para proporcionar al menor en adopción un cuidado responsable y afectivo. Respecto a este último aspecto se debe concretar, según la SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2019, en la capacidad de dar cariño y amor a los adoptados. Por último, la comprensión de las posibles dificultades de adaptación que puede presentar el menor es valorada positivamente por la SAP de Badajoz de 1 de junio de 2016.

2. La guarda con fines de adopción

Respecto a esta figura, se debe señalar que su regulación en el Código Civil ha sido una de las novedades más significativas introducidas por la Ley 26/2015. Mediante esta reforma, el legislador ha optado por suprimir la modalidad del acogimiento familiar preadoptivo[62]; aquel que podía formalizar la entidad pública en dos supuestos: en el momento de elevar la propuesta de adopción del menor en tanto no recayese resolución judicial o previa a la presentación de la misma, si se consideraba conveniente establecer un período de adaptación del menor con la familia, y su sustitución por la citada medida que ha pasado a ser regulada en sede de adopción.

Así, en la actualidad, el artículo 176 bis 1 del Código Civil permite a la entidad pública la constitución de la mencionada medida respecto de un menor declarado en desamparo a favor de las personas que cumplan los requisitos para adoptar, que hayan sido declaradas idóneas y asignadas para su adopción. La dicción literal del precepto indica que el órgano

administrativo formalizará esta medida con anterioridad a la solicitud de la adopción y hasta que recaiga resolución judicial[63], que puede estimarla o desestimarla. Exige, asimismo, que dicha solicitud se realice en el plazo más breve posible, en todo caso, antes de que transcurran tres meses. No obstante, permite la prórroga temporal hasta un año si el ente territorial competente considera necesario, por la edad o circunstancias del menor, un periodo de adaptación entre él y la familia.

En nuestra opinión, nos parece un acierto legislativo la supresión del antiguo acogimiento preadoptivo porque, en realidad, su finalidad era la constitución de una adopción, y el acogimiento familiar es, por definición, una medida de protección temporal para el menor que, por diversas circunstancias, no puede estar con su familia de origen. Si bien la nueva denominación nos parece más adecuada, así como su actual ubicación[64], no se debe olvidar que todavía no se ha formalizado la adopción, es más, puede no llegar a constituirse si el juez no la considera conveniente para el interés del menor. Es, por tanto, una figura híbrida porque, por un lado, la convivencia es preadoptiva, por lo que los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos que los acogedores como indica el precepto. No obstante, su objetivo es que el menor sea adoptado por los que ostentan su guarda como se colige, además de lo indicado en las líneas precedentes, porque el artículo 176 bis.2 del Código Civil dispone expresamente que se suprimirá el régimen de visitas del menor con su familia de origen desde la formalización de la medida, a excepción de los supuestos recogidos en el artículo 178.4 del Código Civil.

De la lectura de las distintas resoluciones judiciales emitidas sobre la formalización de la guarda con fines de adopción, nos llama la atención que, en solo una de ellas, en concreto en la SAP de Córdoba de 17 de julio de 2018, se proceda a su constitución como fase previa a la solicitud de la adopción. En la citada resolución, se resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la progenitora de un menor declarado en desamparo. Como se expone, debido a la situación constatada de grave riesgo de la integridad física y de salud y bienestar general del niño de pocos meses de vida, se decretó su acogimiento de urgencia y tras agotar el plazo de duración, se procedió a su acogida de forma temporal. Transcurridos nueve meses de la misma, se propuso y formalizó la medida de guarda con fines de adopción, en conformidad con los resultados de los seguimientos anteriores y del informe del Equipo Técnico de Menores, con la familia considerada idónea por la Administración. Las impresiones favorables del estado del menor sirven de base para la propuesta de adopción contando el niño cinco años de edad, por lo que la Sala desestima el citado recurso.

Por el contrario, en las restantes sentencias encontradas parece que los Tribunales conciben esta medida como un modo de proporcionar un núcleo

familiar estable a los menores en situación de desprotección porque no es posible el retorno a su familia de origen, lo que nos hace pensar que se considera esta figura más como un acogimiento familiar que como una fase previa de la adopción lo que, a nuestro juicio, desvirtúa su esencia. En este sentido se manifiesta la SAP de Jaén de 17 de diciembre de 2020[65], que también desestima el recurso de apelación presentado por la madre contra la decisión de la entidad pública de formalizar la guarda con fines de adopción de su hijo en fecha de 7 de septiembre de 2017. Como se expone en sus fundamentos jurídicos, «la decisión administrativa de guarda con fines de adopción atiende al interés del menor, de doce años de edad, que precisa de un entorno familiar estable y normalizado para su desarrollo íntegro, bienestar psíquico y equilibrio emocional. La prueba que se ha practicado no garantiza un cambio estable en su progenitora, en quien persiste su inestabilidad personal, carencia de ingresos (pues debe procurárselos ella, no la pareja con la que comporta su vida, dado que ese tipo de situaciones son las generadoras de dependencia y sumisión) falta de una residencia habitable, y de un empleo estable. La vida laboral presentada refleja que ha trabajado 4 meses y 17 días, y consta que no se encuentra trabajando, ni percibiendo ningún subsidio ni prestación por desempleo, habiendo finalizado su último empleo en fecha 13 de septiembre de 2019».

En ningún momento en la resolución se hace referencia a la posible presentación de la propuesta de adopción del menor por parte del ente público —quizá no había lugar a la misma en esta resolución—. En cualquier caso, este hecho nos sorprende porque el menor lleva desde el año 2017 en esta situación y contraviene, a nuestro entender, lo dispuesto en el artículo 176 bis.2 referente a la obligación del ente público de presentarla en el plazo más breve posible, en todo caso, antes de los tres meses, salvo que considere necesario un periodo de adaptación que permitiría su prórroga hasta un año, circunstancia a la que tampoco se hace alusión. Es más, incluso el Tribunal considera que «si realmente [la madre] cambiase tendría oportunidad de recuperar a sus hijos, pero está dañada por su historia vital y no posee voluntad de cambios en su vida, por lo que no goza de estabilidad emocional, económica, social y laboral en estos momentos», aunque también aclara que si se estimase la pretensión de la actora el menor no se reintegraría con ella, porque es firme la declaración de desamparo, lo que llevaría «al absurdo de volver al acogimiento residencial». A nuestro entender, conforme al artículo 176.1.3.ª, sería posible que fuesen los propios guardadores quienes solicitasen al Juez la constitución de la adopción, tras el transcurso del primer año, porque es uno de los supuestos en los que no se requiere propuesta del ente público, como expondremos en las líneas siguientes.

3. La propuesta previa de la entidad pública

Como hemos indicado, conforme a lo dispuesto por el artículo 176.2 del Código Civil el inicio del procedimiento de adopción de un menor requiere la propuesta previa del órgano público competente a favor de los adoptantes declarados idóneos.

No obstante, no se requerirá tal propuesta en los supuestos expresamente recogidos en el 176.2 del Código Civil en su segundo párrafo. En estos supuestos, serán los adoptantes los que presenten la solicitud de adopción a la autoridad judicial. No debemos olvidar que cuando concurran las circunstancias contempladas, tampoco se exigirá la diferencia de edad recogida en el artículo 175.1 del Código Civil por lo que se puede afirmar que el legislador parece apostar por la constitución de la adopción cuando se dé alguna de las situaciones siguientes que, en todo caso, requerirán concurra resolución judicial favorable en interés del adoptando:

«1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo[66].

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado».

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al contenido del segundo apartado, no habiendo encontrado ninguna resolución sobre los demás casos. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tudela (Provincia de Navarra) de 2020[67] en su auto de 18 de junio acuerda la constitución de la adopción de los menores a favor del cónyuge de la madre biológica (el progenitor había fallecido). En su parte dispositiva, la resolución considera que es conveniente al interés de aquellos y, además, el solicitante es idóneo para el ejercicio de la patria potestad. De esta forma, se procede a la extinción de los vínculos legales con la familia paterna y los niños adquieren los apellidos del adoptante.

4. El procedimiento judicial de la adopción

Conforme a lo señalado, presentada ante la autoridad judicial la propuesta de la entidad pública, se inicia el procedimiento para proceder, o no, a su constitución. Conforme a lo dispuesto por el artículo 177 del Código Civil, existen tres tipos de declaraciones de voluntad diferenciados en virtud

de si los sujetos implicados son parte o no del proceso: consentimientos, asentimientos y audiencia. Expondremos, a continuación, sus aspectos más importantes y la posible problemática que puedan generar.

A) Consentimientos

En primer lugar, el apartado primero del citado precepto, determina que deben consentir a la adopción el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años[68], a los que el legislador considera partes de la misma porque se va a crear una relación de filiación entre ellos, no determinada biológicamente, sino por una resolución judicial y por la voluntad de las personas[69]. Estos consentimientos son imprescindibles para que se pueda formalizar la adopción; sin embargo, no son vinculantes para el juez porque, aunque no puede constituirla sin los mismos, puede denegarla si no la considera conveniente para el interés del menor o, si a su juicio, los adoptantes no son idóneos para el ejercicio de la patria potestad[70], como declara el artículo 176.1 del Código Civil.

Por otro lado, es preciso añadir que el consentimiento se debe realizar ante la autoridad judicial competente, no pudiendo ser suplido su otorgamiento por cualquier otro medio[71]. En este sentido se manifiesta la SAP de Castellón de 4 de octubre de 2012 que indica que no es posible prescindir del consentimiento prestado por los adoptantes personalmente ante el juez en el procedimiento de constitución de la adopción. Asimismo, determina que no puede ser suplido por el hecho de que los pretendidos adoptantes se hubieran hecho cargo del apelante como si se tratara de su hijo, ni de la circunstancia de que en el testamento notarial abierto le instituyeran heredero universal, refiriéndose a él como hijo adoptivo.

Por último, respecto del consentimiento del adoptando se ha optado legislativamente por el criterio objetivo de establecer una edad, superior a doce años, para que su emisión sea válida. Se presupone, por tanto, que a partir de esa edad tiene la capacidad y el raciocinio suficiente para emitir un consentimiento válido, ajustándose a lo establecido en el artículo 5.1.b) del Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008, en el que se exige *«el consentimiento del menor, siempre que la ley considere que tiene el suficiente discernimiento para ello; se considerará que un menor posee suficiente discernimiento cuando hubiere alcanzado la edad prevista por la ley, que no deberá exceder de 14 años»*. En este sentido, debemos señalar que la Ley 26/2015 sí permite que la entidad pública valore si el menor de doce años tiene el discernimiento necesario para prestar su consentimiento para la formalización del acogimiento, como se recoge en el artículo 173 del Código Civil. Sin embargo, en sede de adopción nos parece ajustada a

Derecho la decisión del legislador porque los efectos de la adopción y su carácter irrevocable, requieren la máxima seguridad jurídica y evitar, en lo posible, dudas sobre su validez que podrían presentarse si la resolución se basa en apreciaciones subjetivas. Además, para salvar el rigor derivado de la aplicación de la norma, el apartado 3.º del citado precepto, establece que los menores de esa edad con madurez suficiente deberán ser escuchados por el juez.

B) Asentimientos

Desde la promulgación de la Ley 21/1987 se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de prestar el asentimiento a la adopción por aquellas personas que no son parte activa de la misma (adoptante/s y adoptado), pero que su constitución les afecta de alguna forma. En relación a su definición, la SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2017, indica que «no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola»[72].

Tradicionalmente, se ha planteado si la exigencia del asentimiento es un requisito fundamental para la constitución de la adopción y si este debe ser favorable. Si bien han existido minoritarios posicionamientos doctrinales[73] y jurisprudenciales[74] (haciendo referencia la mayoría de ellos al asentimiento de los progenitores por ser el más habitual en la práctica) que negaban este carácter vinculante, actualmente existe un amplio consenso que aboga por la superación de esta concepción[75]. El legislador es claro al respecto cuando indica, en el artículo 177.2.º del Código Civil que «*deberán asentir*». No obstante, debemos añadir que en el segundo párrafo del citado precepto flexibiliza este criterio cuando permite que los sujetos obligados no asientan si se encuentran imposibilitados para tal efecto, debiendo el juez motivar en la resolución judicial esta imposibilidad. Asimismo, se debe mencionar que esta ausencia de asentimiento no se establece como presupuesto para la extinción de la adopción, como sí lo es la petición de los progenitores que no hayan asentido si no intervinieron en el expediente sin culpa suya, conforme a lo dispuesto en el artículo 180.2.º del Código Civil.

En nuestra opinión, en el análisis de los supuestos en los que el legislador exige esta declaración de voluntad, está la solución. Con independencia de su examen más detallado, debemos señalar que se requiere cuando existe matrimonio o relación marital entre el adoptante y su cónyuge o pareja y, de otro lado, el de los padres que no están privados de la patria potestad, incursos en causa de privación o suspendidos de sus facultades por haber

sido su hijo declarado en desamparo y hubiesen transcurridos dos años sin oposición o, en caso de haber presentado recurso, hubiese sido desestimado[76]. La propia lógica parece considerar que, en el primer supuesto, no parece viable que se pueda constituir una adopción sin la aquiescencia de la persona que va a convivir con el menor. Respecto al segundo, es claro que el Código Civil solo exige el asentimiento de los progenitores que no hayan incumplido en sus funciones parentales, de forma voluntaria o involuntaria. En estos casos, no parece ajustado a Derecho presuponer que se pueda extinguir la relación de filiación con su hijo y constituir una nueva con los adoptantes sin tener en cuenta su voluntad[77]. Así pues, mostramos nuestra conformidad con el posicionamiento doctrinal que considera que «puede haber adopción válida sin esa voluntad, pero no contra esa voluntad»[78].

a) Asentimiento del cónyuge o pareja de hecho

Respecto a este supuesto, la Ley 26/2015 ha introducido varias modificaciones otorgándole su redacción actual[79]. La primera de ellas, es la relativa a la inclusión de las parejas de hecho que, como hemos indicado, es un acierto legislativo porque equipara las relaciones *more uxorio* al matrimonio. Sin embargo, respecto a la expresión *«separación o divorcio legal»* debemos realizar las siguientes consideraciones. Por un lado, consideramos innecesaria la inclusión del divorcio porque este provoca la disolución del vínculo matrimonial, convirtiéndose en excónyuges[80]. Además, el término legal es redundante por cuanto todo divorcio lo es. Entendemos que con el mismo se ha querido hacer referencia únicamente a la separación legal, para diferenciarla de la de hecho sobre la que no existe constancia documental. Actualmente, tras la promulgación de la Ley 15/2015, la denominada separación legal incluye tanto la judicial como la notarial, pero a efectos de adopción no ha habido una modificación formal por cuanto antes de la reforma sí se exigía que la separación de hecho de mutuo acuerdo debía constar fehacientemente[81]. En otro orden y, en coherencia, no será necesario el asentimiento cuando exista ruptura de la relación no marital que conste de forma fehaciente. No se aclaran los requisitos exigidos que acrediten la finalización de la misma, lo que implica que deban ser especificados por las distintas normas autonómicas, con la consecuente disparidad de criterios que este hecho puede provocar.

En relación a la *ratio legis* de la exigencia del asentimiento a estas personas, como hemos señalado, la doctrina ha puesto de manifiesto que, aunque la relación de filiación no se establezca respecto del cónyuge o pareja del adoptante, es indudable que el éxito de la misma repercutirá en virtud de su aceptación[82]. Por último, como se indica no se precisará el asentimiento

cuando la adopción sea conjunta debido a que, como se ha afirmado[83], en este caso se aplica el artículo 177 del Código Civil porque ambos deben consentir dado que los dos son adoptantes.

b) Asentimiento de los progenitores

En relación a este caso, no se ha producido a una reforma en profundidad, aunque sí se ha procedido a la modificación de ciertos aspectos de su regulación. Se debe señalar que es una de las cuestiones más controvertidas durante la tramitación judicial de la adopción y que más demandas judiciales provoca. Por otro lado, es preciso señalar que el adoptando no debe estar emancipado porque, en este caso, no será necesario que los progenitores asientan a su adopción.

a´) Progenitores privados de la patria potestad

En primer lugar, se debe señalar que se mantiene la exclusión del asentimiento de los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad. Respecto a esta situación, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe correspondiente. Es importante señalar que la declaración ha de ser firme, por lo que si los padres recuperan sus potestades[84], como permite el artículo 170 del Código Civil, deberán asentir a la adopción. No obstante, debemos añadir que son muy escasos los supuestos en que este hecho tiene lugar[85].

b´) Progenitores incursos en causa de privación de la patria potestad

Este supuesto es, quizá, el que más controversias ha generado por su indeterminación legal que ha requerido su interpretación. En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2001 indicó que «la expresión «incursos en causa legal» no ha de ser interpretada en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado y en el que se esté ejercitando la acción para privarles de la patria potestad, sino en términos meramente materiales, es decir, como constatación de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la ley sea causa para privarles de la patria potestad». Como se ha señalado, el artículo 170 del Código Civil no establece las causas concretas para decretar la privación de la patria potestad, pero los postulados doctrinales y jurisprudenciales han ido concretando dichos motivos que, básicamente, se fundamentan en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad[86].

La lectura de las numerosas resoluciones judiciales emitidas sobre esta cuestión nos permite afirmar que nuestros Tribunales consideran que los progenitores están en esta situación si sus hijos han sido declarados en desamparo, precisamente por no haber cumplido de forma adecuada sus facultades parentales[87]. En esta línea se manifiesta la STS de 29 de noviembre de 2012 en la que se relata que de las relaciones entre una pareja nació un niño, del que no se inscribió la filiación paterna. La madre declaró su voluntad de entregar la tutela del menor a la entidad pública para su posterior adopción. El órgano público declaró el desamparo y asumió su tutela *ope legis*. El progenitor fue condenado por un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, contra la progenitora, al conocer el embarazo. Tras el nacimiento del niño, interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que se resolvió de forma positiva. A pesar de todo ello, no llegó a tener contacto con el menor. La Administración formalizó un acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El padre solicitó la suspensión del procedimiento y prestar su asentimiento conforme al artículo 177.2 del Código Civil. El ente público se opuso alegando que estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no podía prestar tal asentimiento.

El Alto Tribunal considera que «desde su nacimiento hasta el momento de la determinación de la filiación paterna, el niño se encontró en una completa situación de desamparo, porque sus progenitores no cumplieron con las obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que estaban incursos en causa de privación. El padre podría haber reconocido al niño inmediatamente del nacimiento, por otros medios más rápidos que la acción judicial, por lo que este retraso produjo que el actor no estuviese en condiciones de cumplir los deberes de la patria potestad durante al menos un año y en concreto, en el momento en que tuvo lugar la declaración de desamparo del menor». Por otro lado, aclara que la doctrina del Tribunal Supremo es unánime cuando considera que el momento en que debe estimarse si los progenitores están o no incursos en causa de privación de la patria potestad, es el de la declaración de desamparo.

La jurisprudencia menor ha seguido esta doctrina consolidada equiparando, a efectos de la exigencia del asentimiento de los progenitores para la adopción, la declaración de desamparo a estar incursos en causa de privación. En este sentido se manifiesta, entre otras muchas, la SAP de Asturias de 9 de marzo de 2015, cuando declara que la madre biológica se encuentra incursa en causa de privación de la patria potestad, por lo que se acuerda la continuación del expediente de adopción de la menor, bastando la audiencia de la progenitora. Como consta en autos, la menor fue declarada en desamparo[88] desde el momento de su nacimiento, hallándose desde entonces separada de su madre bilógica, con la que no ha convivido nunca.

En otro orden, y atendiendo a la dicción del precepto, que iguala los efectos de la sentencia firme de privación de la patria potestad con estar en causa de privación de la misma, se ha razonado que, en estos últimos casos, se podría considerar que se vulneran los derechos de los progenitores[89]. Precisamente, para salvaguardar los mismos, que nunca deben ser superiores a los del menor, el legislador establece que *«esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil»,* introduciendo una ligera modificación respecto a la redacción anterior, en la que se hacía referencia expresa al artículo 1827 de la LEC. Actualmente, se debe acudir al artículo 781 LEC.

c´) Progenitores suspendidos de la patria potestad por declaración de desamparo

Otra de las novedades más significativas es la relativa a que desde la reforma operada por la Ley 26/2015, se puede prescindir del asentimiento de los padres cuando sus hijos hayan sido declarados en desamparo y no hayan recurrido en el plazo de dos años tal decisión o, de haberlo hecho, su petición haya sido desestimada.

La conceptualización del desamparo se recoge en el artículo 172.1 del Código Civil, que no difiere de la establecida con anterioridad a la reforma *«(…) la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».* De esta premisa se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo, cuestión que ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996[90].

Asimismo, indica el artículo 172.1 del Código Civil que la declaración de desamparo implica la automática asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública, suspendiendo la patria potestad o tutela siendo solo válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores y tutores si redundan en beneficio del menor[91]. La reforma añade, en el citado artículo, que el órgano público o el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria. La inclusión de esta premisa nos parece acertada, dado que cuando los incumplimientos de los progenitores o tutores en sus funciones de guarda son muy graves, se debe instar la privación de la patria potestad o tutela y no la declaración de desamparo.

Como novedad, en el apartado 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 se declara también que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la declaración de desamparo[92]; asimismo, sigue disponiendo el citado precepto que, en ningún caso, se procederá a la separación del menor de sus progenitores por causa de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos[93]. Además, añade, en el mismo sentido que lo dispuesto respecto a la declaración de riesgo, que se considerará un indicador de desamparo el que un hermano esté en esta situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente[94]. Respecto a las situaciones indicadoras de una situación de riesgo se ha debido esperar a la aprobación de la citada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para que hayan sido incluidas en el ordenamiento jurídico, hecho que nos merece un juicio positivo. Por el contrario, la Ley 26/2015 en el apartado 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, estableció, de forma primigenia en una normativa de rango estatal, las circunstancias que determinan la declaración de desamparo, siendo considerado una de las mayores novedades de la citada reforma[95] y dando respuesta a una de las observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño/a a España[96].

Tras la notificación de la resolución administrativa, los progenitores o tutores que continúen ostentando la patria potestad o tutela, pero se encuentren suspendidos en sus funciones, en el plazo de dos años «*podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela*» y, además, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, como señala el artículo 172 del Código Civil. Transcurrido este plazo, los progenitores o tutores ya no podrán solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de situación de desamparo, pero sí facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo, únicamente este último, pasados los dos años, estará legitimado en exclusiva para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Asimismo, el nuevo apartado 5 del artículo 172 del Código Civil permite a la entidad pública que durante estos dos años «*ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen*».

En nuestra opinión, en la aplicación práctica se observa una incoherencia entre estos dos últimos supuestos del artículo 177.2 del Código Civil. Como

hemos puesto de manifiesto en líneas anteriores, la consideración de estar en causa de privación de la patria potestad se ha equiparado jurisprudencialmente a la declaración de desamparo. Por lo tanto, si la entidad pública eleva la propuesta de adopción de un menor en situación de desamparo, será suficiente que la autoridad judicial considere a los progenitores en causa de privación de patria potestad para que no sea necesario su asentimiento. Este hecho colisiona con lo dispuesto en el párrafo segundo del citado precepto; cuando el menor es declarado en desamparo, los progenitores tienen un plazo de dos años para recurrir dicha decisión. Solo en el caso de que fuese denegada o no presentasen el recurso pertinente en el plazo señalado, se prescindiría de su asentimiento.

Así que nos preguntamos, ¿la declaración del desamparo del menor es causa suficiente para obviar el trámite del asentimiento de los progenitores, o deben transcurrir dos años desde la misma o que su petición de revocación sea desestimada? La respuesta no está clara porque, como hemos observado, existe una doctrina judicial consolidada que aboga por la equiparación entre ambas figuras con las consecuencias expuestas. Así, si el menor está en desamparo simplemente es necesario que judicialmente se declare a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad. Sin embargo, una aplicación rigurosa de la norma exige que, tras la declaración de desamparo, se respeten los requisitos establecidos para prescindir del citado trámite. La jurisprudencia, aunque de forma minoritaria, ha tenido en cuenta esta circunstancia y ha declarado la falta de legitimidad de los progenitores para asentir a la adopción de su hijo, por haber transcurrido dos años sin ejercitar las acciones de revocación de la declaración de desamparo[97]. Es indudable que esta situación genera una grave inseguridad jurídica que requeriría una solución legislativa para evitar que, ante la declaración de desamparo del menor, los efectos sobre la posibilidad de asentir por parte de los padres o tutores a la adopción, o no, a la adopción sean diametralmente diferentes, pudiendo provocar una vulneración de sus derechos.

c) Asentimiento de la madre

Particular interés tiene el asentimiento de la progenitora por lo que ha sido objeto de atención del legislador desde la Ley 21/1987 en coherencia con los distintos Convenios Internacionales aprobados sobre esta materia. La Ley 26/2015 ha procedido a ampliar el plazo en el que la madre debe asentir a la adopción de los treinta días desde el parto a las seis semanas. Este cambio normativo nos parece acertado porque es necesario que la progenitora se encuentre en las mejores condiciones físicas y psicológicas para meditar sobre la decisión a tomar, dados los efectos irreversibles de la adopción[98].

En aplicación de este precepto, la SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016 declara la reintegración de una menor a su familia biológica por no estar los padres incursos en causa de privación de la patria potestad. Como se señala, la Administración separó a la niña de su madre el mismo día del parto, debido a su minoría de edad. Entiende el Tribunal que ha faltado una labor preventiva por parte del ente público que debió establecer las medidas oportunas para la superación de las circunstancias adversas y no iniciar el proceso de adopción tras el nacimiento de la menor. En el mismo sentido, se pronuncia la SAP de Teruel de 22 de octubre de 2020 al estimar el recurso presentado por los padres del adoptando al considerar que el asentimiento de la progenitora pudo ser fruto de su estado de ánimo porque como, consta en autos, estaba en tratamiento psicológico debido a una posible depresión postparto. Asimismo, señala que no había transcurrido el plazo del artículo 177.2 del Código Civil, por lo que el proceso de adopción queda sin efecto.

C) El trámite de audiencia

Por último, dispone el apartado 3.º del artículo 177 del Código Civil que el juez deberá oír a determinadas personas que no deben consentir ni asentir a la adopción. Tradicionalmente, se ha entendido que su opinión ofrecerá al juez los elementos necesarios para adoptar la decisión más adecuada en interés del menor. Como ha resaltado la doctrina[99], su declaración no será vinculante ni en sentido positivo ni negativo. Es decir, que la autoridad judicial podrá constituir la adopción aún en contra de su criterio o, por el contrario, podrá no proceder a su formalización, aunque su valoración sea favorable. La reforma ha introducido ciertas variaciones en su contenido. En primer lugar, ha querido enfatizar la importancia de este trámite al suprimir el término *«simplemente»,* vigente desde la Ley 21/1987*,* de la oración *«deberán ser oídos por el Juez»*. Así pues, actualmente no existe ninguna duda sobre la preceptividad de este trámite. Los sujetos que deben ser oídos son los siguientes:

a) Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción

Los supuestos en los que los padres no deben asentir a la adopción, son los expuestos en el epígrafe anterior al que nos remitimos: si el adoptante se halla emancipado, si los progenitores están incursos en causa de privación de la patria potestad o si el menor ha sido declarado en desamparo y han

transcurrido dos años desde su notificación sin oposición por su parte o, en su caso, ha sido desestimada. En relación a este supuesto, se pronuncia la SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015, cuando considera improcedente la audiencia al padre de la menor por ser ignorado su paradero, que se presume en otro Estado. El Tribunal alega desconocer si mantiene la patria potestad sobre su hija, pero si fuese el caso, estaría incurso en causa de privación de la misma por ser un maltratador de su pareja e hijas, con las que no ha mantenido contacto alguno desde hace siete años.

b) El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores

En este apartado se ha incluido a la familia de acogida, lo que nos parece oportuno porque son personas que, en tanto se mantenga el acogimiento, ostentan de facto las funciones inherentes a la patria potestad, aunque limitadas al ámbito personal.

c) El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez

Así como el mayor de dicha edad debe consentir a la adopción, el legislador ha considerado oportuno que el menor de doce años sea escuchado. Antes de la reforma, el artículo 177.3.3.º del Código Civil establecía que solo era posible la audiencia si aquel *«tuviere suficiente juicio».* Con la nueva redacción, *«el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez»,* el legislador ha optado por un criterio mixto, en el que se debe tener en cuenta tanto la edad biológica como el grado de discernimiento.

La tendencia legislativa imperante en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado, se basa en la concesión a los menores de edad de una cada vez mayor autonomía en la toma de decisiones que conciernen a su vida[100]. En concreto, se recoge en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que desarrolla con mayor detalle esta facultad, incluyendo no solo el ámbito familiar, sino cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte. En síntesis, sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, siempre que tenga suficiente juicio. Eso no significa que deban ser vinculantes para el juez u órgano que tenga que adoptar cualquier medida en su interés, pero sí que su criterio deberá ser valorado. Este derecho tiene, asimismo, sustantividad en diversos preceptos del Código Civil, tanto en los procesos judiciales como en los extrajudiciales[101].

Para finalizar, se debe mencionar que se ha eliminado la audiencia a la entidad pública sí recogida en la norma anterior[102]. En concreto, el artículo 177.3.4.º del Código Civil disponía que debía ser simplemente oída *«la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel».* La finalidad de este trámite era valorar la opinión del órgano público porque en estos casos no era necesaria su intervención. La introducción de la guarda con fines de adopción en la regulación actual, que exige su formalización con aquellas personas que hayan sido declaradas idóneas para la adopción por parte de la Administración, hace innecesario su mantenimiento. Además, se debe tener en cuenta que en los casos en los no es necesaria la propuesta de la entidad pública, recogidos en el artículo 176.2 del Código Civil que incluye, como se expuso, *«llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo»*, el legislador parece querer facilitar la adopción por lo que este hecho podría causar dilaciones excesivas en el proceso.

VII. CONCLUSIONES

I. Las modificaciones introducidas en los requisitos exigidos para ser adoptantes nos merecen, en líneas generales, un juicio positivo. Particularmente, la referida a la total equiparación a efectos de adopción entre las parejas de hecho y los matrimonios. En relación al nuevo límite de edad máxima para adoptar exigido, si bien estamos de acuerdo con la necesidad de asimilar las filiaciones adoptivas a las biológicas y homogenizar los criterios administrativos entre las diferentes legislaciones autonómicas, puede provocar que ciertos casos no se pueda formalizar esta filiación pese a ser conveniente para el interés del menor. Hubiera sido conveniente que el legislador hubiese permitido a los entes públicos su valoración en cada circunstancia concreta.

II. La declaración de idoneidad es un procedimiento administrativo que en virtud de la distribución competencial recogida en el artículo 148.1.20.ª CE es regulado por las distintas normativas de las comunidades autónomas. Es adecuado, a nuestro entender, que el legislador estatal haya incluido unos criterios básicos en una norma estatal, pero nos parecen claramente insuficientes. En nuestra opinión, se debería proceder al desarrollo reglamentario de este aspecto de la institución para que sirviese como marco de referencia para las distintas normas territoriales.

III. Nos parece un acierto legislativo la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la guarda con fines de adopción, tanto por la denominación utilizada (sustituyendo al anterior acogimiento familiar preadoptivo)

como por su ubicación actual en el Código Civil. La finalidad sigue siendo la misma que la citada medida de protección; es un recurso utilizado por la Administración para evitar el ingreso de aquellos menores que van a ser adoptados en tanto se tramita el procedimiento judicial de constitución de la adopción. Asimismo, estamos de acuerdo con que se hayan establecido plazos máximos para elevar la propuesta al juez; tres meses como norma general o un año en caso de que sea necesaria una convivencia preadoptiva. Sería necesario revisar el tratamiento que se está haciendo de esta institución tanto por los órganos administrativos como por los judiciales, porque parecen considerarla más una medida para proporcionar un núcleo familiar estable a los menores en situación de desprotección por no ser posible el retorno a su familia de origen, que una fase previa de la adopción, lo que desvirtúa su esencia.

IV. En la aplicación práctica se observa una incoherencia entre los dos últimos apartados del artículo 177.2 del Código Civil. Se ha equiparado jurisprudencialmente la declaración de desamparo del menor a que los progenitores estén en causa de privación de la patria potestad. Según este posicionamiento judicial, si los menores están en aquella situación los progenitores no deberán asentir a la adopción. No obstante, este hecho colisiona con lo dispuesto en el segundo párrafo del citado precepto; cuando el menor es declarado en desamparo, los progenitores tienen un plazo de dos años para recurrir dicha decisión. Solo en el caso de que fuese denegada o no presentasen el recurso pertinente en el plazo señalado, se prescindiría de su asentimiento. Esta circunstancia genera una grave inseguridad jurídica que, a nuestro entender, requeriría un cambio jurisprudencial para evitar que, ante la declaración de desamparo del menor, los efectos sobre la posibilidad de asentir por parte de los padres o tutores se vea restringida o suprimida, lo que puede provocar una vulneración de sus derechos.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 1 de octubre de 2019.
- STS de 23 de mayo de 2019.
- STS de 23 de abril de 2018.
- STS de 13 de enero de 2017.
- STS de 25 de noviembre de 2016.
- STS de 9 de noviembre de 2015.
- STS de 13 de febrero de 2015.
- STS de 19 de enero de 2015.
- STS de 27 de octubre de 2014.
- STS de 6 de junio de 2014.

- STS de 20 de noviembre de 2013.
- STS de 29 de noviembre de 2012.
- STS de 14 de noviembre de 2011.
- STS de 31 de julio de 2009.
- STS de 13 de julio de 2006.
- STS de 23 de mayo de 2005.
- STS de 2 de octubre de 2003.
- STS de 7 de noviembre de 2001.
- STS de 9 de abril de 2001.
- STS de 7 de junio de 2000.
- STS de 24 de abril de 2000.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 23 febrero de 1999.
- STS de 26 de enero de 1999.
- STS de 6 de octubre de 1998.
- STS de 1 de abril de 1997.
- STS de 4 de febrero de 1997.
- STS de 31 de diciembre de 1996.
- STS de 20 de diciembre de 1993.
- STS de 20 de enero de 1993.

- SAN de 23 de octubre de 2008.

- STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2021.

- SAP de Cádiz de 22 de enero de 2021.
- SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2021.
- SAP de Cádiz de 18 de enero de 2021.
- SAP de Jaén de 17 de diciembre de 2020.
- SAP de Jaén de 26 de noviembre de 2020.
- SAP de Granada de 22 de noviembre de 2020.
- SAP de Granada de 6 de noviembre de 2020.
- SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2020.
- SAP de Teruel de 22 de octubre de 2020.
- SAP de León de 8 de octubre de 2020.
- SAP de Granada de 24 de julio de 2020.
- SAP de La Rioja de 8 de julio de 2020.
- SAP de Granada de 26 de junio de 2020.
- SAP de Granada de 29 de mayo de 2020.
- SAP de Málaga de 23 de abril de 2020.
- SAP de La Coruña de 3 de marzo de 2020.
- SAP de Soria de 25 de febrero de 2020.

- SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020.
- SAP de Málaga de 31 de enero de 2020.
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2020.
- SAP de Málaga de 7 de octubre de 2019.
- SAP de León de 13 de septiembre de 2019.
- SAP de Vizcaya de 30 de julio de 2019.
- SAP de Jaén de 3 de julio de 2019.
- SAP de Cádiz de 17 de junio de 2019.
- SAP de Granada de 14 de junio de 2019.
- SAP de Jaén de 13 de junio de 2019.
- SAP de Burgos de 18 de mayo de 2019.
- SAP de Vizcaya de 7 de mayo de 2019.
- SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2019.
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2019.
- SAP de Granada de 7 de marzo de 2019.
- SAP de Burgos de 19 de febrero de 2019.
- SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2018.
- SAP de Lugo de 10 de octubre de 2018.
- SAP de Pontevedra de 19 de septiembre de 2018.
- SAP de Córdoba de 17 de julio de 2018.
- SAP de Córdoba de 5 de abril de 2018.
- SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2017.
- SAP de León de 10 de noviembre de 2017.
- SAP de Soria de 26 de octubre de 2017.
- SAP de León de 21 de junio de 2017.
- SAP de Jaén de 22 de mayo de 2017.
- SAP de Guipúzcoa de 17 de marzo de 2017.
- SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017.
- SAP de Palencia de 19 de diciembre de 2016.
- SAP de Burgos de 13 de diciembre de 2016.
- SAP de Granada de 27 de noviembre de 2016.
- SAP de Ourense de 25 de noviembre de 2016.
- SAP de Córdoba de 14 de noviembre de 2016.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2016.
- SAP de Badajoz de 1 de junio de 2016.
- SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016.
- SAP de La Coruña de 9 de marzo de 2016.
- SAP de Cádiz de 26 de enero de 2016.
- SAP de Castellón de 19 de enero de 2016.
- SAP de Jaén de 8 de enero de 2016.
- SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015.
- SAP de Elche de 22 de diciembre de 2015.

- SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015.
- SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2015.
- SAP de Lérida de 2 de diciembre de 2015.
- SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015.
- SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015.
- SAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015.
- SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2015.
- SAP de Jaén de 1 de julio de 2015.
- SAP de Lugo de 9 de junio de 2015.
- SAP de Lérida de 18 de mayo de 2015.
- SAP de Cádiz de 11 de mayo de 2015.
- SAP de Toledo de 21 de abril de 2015.
- SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2015.
- SAP de Asturias de 9 de marzo de 2015.
- SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de febrero de 2015.
- SAP de Pontevedra de 29 de enero de 2015.
- SAP de Murcia de 16 de octubre de 2014.
- SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2014.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2014.
- SAP de Málaga de 7 de abril de 2014.
- SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2014.
- SAP de Almería de 29 de enero de 2014.
- SAP de Cantabria de 18 de abril de 2013.
- SAP de Vizcaya de 27 de febrero de 2013.
- SAP de Murcia de 22 de noviembre de 2012.
- SAP de Valencia de 31 de octubre de 2012.
- SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012.
- SAP de Vizcaya de 17 de octubre de 2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2012.
- SAP de Castellón de 4 de octubre de 2012.
- SAP de Valencia de 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Pontevedra de 24 de julio de 2012.
- SAP de Murcia de 17 de mayo de 2012.
- SAP de Murcia de 4 de mayo de 2012.
- SAP de Murcia de 23 de febrero de 2012.
- SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011.
- SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2011.
- SAP de Vizcaya de 20 de septiembre de 2011.
- SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Málaga de 6 de abril de 2011.

- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2011.
- SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia de 3 de marzo de 2011.
- SAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010.
- SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010.
- SAP de Castellón de 23 de septiembre de 2010.
- SAP de Alicante de 21 de septiembre 2010.
- SAP de Salamanca de 14 de julio de 2010.
- SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010.
- SAP de Barcelona de 20 de enero de 2009.
- SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008.
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2008.
- SAP de Guipúzcoa de 4 de octubre de 2008.
- SAP de Barcelona de 9 de julio de 2008.
- SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.
- SAP de La Rioja de 2 de julio de 2007.
- SAP de Vizcaya de 27 de junio de 2007.
- SAP de Navarra de 2 abril de 2007.
- SAP de Murcia de 19 de diciembre de 2006.
- SAP de Lugo de 16 de abril de 2006.
- SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2006.
- SAP de Burgos de 15 de julio de 2005.
- SAP de Madrid de 12 de julio de 2005.
- SAP de Asturias de 9 de junio de 2005.
- SAP de Valencia de 13 de abril de 2005.
- SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005.
- SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005.
- SAP de Almería de 24 de febrero de 2005.
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005.
- SAP de Álava de 29 de diciembre de 2004.
- SAP de Teruel de 20 de julio de 2004.
- SAP de Lugo de 24 de septiembre de 2003.
- SAP de Murcia de 12 de junio de 2003.
- SAP de Málaga de 28 de abril de 2003.
- SAP de Guadalajara de 8 de marzo de 2003.
- SAP de Badajoz de 31 de diciembre de 2002.
- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2002.
- SAP de Málaga de 2 octubre de 2002.
- SAP de Cantabria de 27 de junio de 2002.
- SAP de Cádiz de 10 de junio de 2002.
- SAP de Sevilla de 15 de abril de 2002.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002.

- SAP de Alicante de 26 de febrero de 2002.
- SAP de Vizcaya de 11 de enero de 2002.
- SAP de Almería de 4 enero de 2002.
- SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 2001.
- SAP de Palencia de 18 de junio de 2001.
- SAP de Cantabria de 30 de mayo de 2001.
- SAP de Jaén de 16 de mayo de 2001.
- SAP de Asturias de 9 de abril de 2001.
- SAP de Córdoba 2 de marzo de 2001.
- SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2001.
- SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 1999.
- SAP de Sevilla de 2 de octubre de 1998.
- SAP de Palencia de 6 de julio de 1998.
- SAP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997.
- SAP de Soria de 2 de septiembre de 1996.
- SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996.
- SAP de Guadalajara de 7 de marzo de 1996.
- SAP de León de 29 de noviembre de 1995.
- SAP de Granada de 30 de abril de 1993.
- SAP de Pamplona de 22 de junio de 1992.

- AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998.
- AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996.

- AJPI de Tudela (Provincia de Navarra) de 7 de enero de 2021.
- AJPI de Tudela (Provincia de Navarra) de 18 de junio de 2020.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 949-1004.

ALBACAR, J.L.; MARTÍN GRANIZO, M. (1995). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia.* Madrid: Trivium.

ALONSO CRESPO, E. (2004). *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos).* Madrid: Dykinson.

ALVÁREZ OLALLA, P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 37-91.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J. (1987). El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, noviembre, 743-784.

ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 12, 53-75.

BARBER CÁRCAMO, R. (2011). La filiación adoptiva. En: M.Yzquierdo Tolsada, M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia.* Pamplona: Aranzadi, 509-562.

BENAVENTE MOREDA, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI)*,* 15-62.

BO JANÉ, M.; CABALLERO RIBERA, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?, *La Ley,* núm. 6, 1485-1498.

CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras. En: V. Cabedo Mallol, I. Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 49-86.

CALAZA LÓPEZ, S. (2015). Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 1-40.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015). Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 207-228.

— (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 29-70.

CARRASCO PERERA, A. (2003). Desamparados, *Actualidad Jurídica. Aranzadi,* núm. 583 (Tribuna), 25-60.

CARRIÓN OLMOS, S. (2016). La adopción en el Derecho Español tras las reformas de 2015, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IBIDE), núm. 5, 52-75.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. Madrid: La Ley.

CASTÓN BOYER, P.; OCÓN DOMINGO, J. (2002). Historia y sociología de la adopción en España, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, núm. 33, 173-209.

CORTADO CORTIJO, N. (1999). La adopción: presupuestos y requisitos legales. En: S. Espiau Espiau, A. Vaquer Aloy (coords.). *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Barcelona: Marcial Pons, 147-178.

DE LA IGLESIA MONJE, I. (2005). Privación de la patria potestad. Incumplimiento de los deberes familiares (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004), *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690, 1433-1439.

DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M. (2006). La idoneidad de la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, 287-291.

DE PAÚL OCHOTERRENA, J.; ARRUABARRENA MADARIAGA, M.I. (2005). *Manual de Protección Infantil.* Barcelona: Masson.

DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 177 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios al Código Civil,* t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1898-1907.

— (2004). *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores.* Madrid: Ministerio de Trabajo.

FELIÚ REY, M.I. (1989). *Comentarios a la Ley de Adopción*. Madrid: Tecnos.

GARCÍA CANTERO, G. (1971). El nuevo régimen de la adopción, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 789-861.

GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 55-86.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2017). El trámite judicial de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*. Pamplona: Aranzadi, 351-364.

GESTO ALONSO, B. (2013). *El procedimiento de la adopción*. Pamplona: Aranzadi.

GRANDE SEARA, P. (2020). El asentimiento de los progenitores en el expediente de adopción. Problemática sustantiva y procesal. En: E. Pillado González (dir.), L. Noriega Rodríguez (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*. Madrid: Bosch, 231-255.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000). *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes.* Pamplona: Aranzadi.

GUZMÁN PECES, M. (2016). Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, 155-182.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons.

LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Personas que pueden adoptar y ser adoptadas, *Actualidad civil,* núm. 1, 75-90.

LLEBARÍA SAMPER, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, de 11 de noviembre. Barcelona: Bosch.

LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 1-89.

LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 647-672.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015.* Pamplona: Aranzadi, 321-350.

MARTÍN HERNÁNDEZ, J. (2005) *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección.* Madrid: Psicología Pirámide.

MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español.* Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentarios a los artículos 169 a 71 del Código Civil. En VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 2.º. Madrid: Tecnos, 1128-1146.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (2021). *El régimen jurídico de la privación de la patria potestad.* Pamplona: Aranzadi.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*. Madrid: Civitas.

— (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado*. Madrid: Civitas, 910-942.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 64-81.

PÉREZ MARTÍN, A.J. (1998). *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores.* Valladolid: Lex Nova.

QUESADA PÁEZ, A. (2018). Las reformas introducidas por la Ley 26/2015, del 28 de Julio, en materia de adopción en el Código Civil español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, 395-410.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier.

RUIZ RICO-RUIZ, J.M. (1989). *Acogimiento y delegación de la patria potestad.* Granada: Comares.

SALAZAR BLANCO, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño, *Revista Foro Jurídico*, núm. 3, 234-243.

SAN LUIS LÓPEZ, R.; BASTANTE GRANELL, V. (2019). *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*. Granada: Comares.

SERRANO GARCÍA, I. (1997). La adopción según las leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero. En: I. Serrano García (dir.), *La protección jurídica del menor*. Salamanca: Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 77-101.

VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico.* Granada: Comares.

NOTAS

[1] CARRIÓN OLMOS, S. (2016). La adopción en el Derecho Español tras las reformas de 2015, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (IBIDE)*, núm. 5, 53-54.

[2] *Ibidem*, 62.

[3] CASTÓN BOYER, P.; OCÓN DOMINGO, J. (2002). Historia y sociología de la adopción en España, *Revista Internacional de Sociología* (RIS), núm. 33, 174.

[4] SALAZAR BLANCO, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño, *Revista Foro Jurídico*, núm. 3, 239.

[5] La doctrina las ha clasificado como adopción unipersonal y adopción dual. Véase, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*. Madrid: Civitas, 159 y 168; MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 29.

[6] En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. (2011). La filiación adoptiva. En: M.Yzquierdo Tolsada, M. Cuena Casas, *Tratado de Derecho de Familia.* Pamplona: Aranzadi, 541. Defendía la posición contraria, ALVÁREZ OLALLA, P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 37.

[7] La promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que, entre otros, reformó el artículo 44 del Código Civil, igualando los requisitos y efectos del matrimonio para los contrayentes del mismo o diferente sexo, lo que posibilitó la adopción por matrimonios homosexuales.

[8] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 31.

[9] En este sentido, debemos mencionar que el Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores, en su artículo 7. 1 a. ii) determina que los matrimonios y parejas deberán estar registrados, en el segundo párrafo del citado precepto establece que *«igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable».*

[10] PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 67.

[11] Por el contrario, en la SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2018 se desestima el recurso de apelación presentado por la demandante sobre la petición de adopción. Como se expone, la solicitante contrajo matrimonio con el demandado el 25 de junio de 2016 y mediante un procedimiento de gestación subrogada realizado en Ucrania, a iniciativa de ambos cónyuges, nacieron en Kiev el 20 de septiembre de 2017 dos niños que fueron inscritos como hijos del demandado —como padre biológico— y de la gestante. Los menores fueron empadronados en Oviedo, donde estaba empadronada la recurrente, aunque el domicilio conyugal se había establecido en Alemania. El 31 de octubre de 2017 el progenitor, mediante escritura pública, prestó anticipadamente y con carácter irrevocable su asentimiento y consentimiento para que sus hijos fuesen adoptados por su esposa.

Presentada la solicitud de adopción el 20 de noviembre de 2017, el día 30 de ese mismo mes el padre abandonó el domicilio familiar en Alemania acompañado por sus hijos, cesando a partir de entonces la convivencia matrimonial que no se ha vuelto a reanudar y no habiendo tenido desde entonces la actora relación con los niños, al no habérselo permitido su padre, quien ha declarado su intención de instar los trámites de divorcio para continuar la relación sentimental que, afirma, viene manteniendo con otra pareja desde hace más de dos años.

Tanto en Primera Instancia y como posteriormente confirmó la Audiencia, se desestimó la petición de la demandante porque existía oposición del progenitor a la adopción y por la crisis matrimonial y la interrupción de la convivencia desde la fecha indicada.

Como se señala, la adopción que no requiere propuesta previa de la entidad pública ni declaración de idoneidad, «es la consolidación legal de una unidad familiar que existe en la práctica o que, como mínimo, ha existido durante un lapso de tiempo importante y cualitativo». En este caso, este hecho no se produce porque los escasos seis meses de convivencia desde el nacimiento, «no permite considerar que se hayan establecido esos lazos afectivos y esos vínculos familiares que pudieran llevar a considerar la adopción solicitada como beneficiosa para los menores y favorecedora de su futuro desarrollo persona».

[12] En este sentido se manifiesta la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2020, que decreta la adopción del menor por la solicitante que falleció durante el procedimiento, con la que había convivido catorce años y había ejercido de madre. La Sala concluye que, en interés del menor en el ámbito de su bienestar psíquico y por interés económico, la acción debe perdurar «en favor del único adoptante vivo en beneficio del menor adoptando, extendiéndose su legitimación a reclamar los efectos de la adopción en relación con la madre de intención ya fallecida».

[13] PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

[14] Sin embargo, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.,* 117, critica este hecho por considerar que supone una flexibilización en los requisitos para adoptar a un mayor o menor emancipado, al exigir solo un año de convivencia, eludiendo «los controles que el legislador de 1987 quiso instaurar y, como ya se ha indicado, debilita, en cierto modo, a la adopción como institución de protección de menores».

[15] ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J. (1987). El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, noviembre, 766.

[16] *Vid*., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 56; CORTADO CORTIJO, N. (1999). La adopción: presupuestos y requisitos legales. En: S. Espiau Espiau, A. Vaquer Aloy (coords.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Barcelona: Marcial Pons, 155.

[17] CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015). Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 215-216.

[18] La anterior redacción del artículo 175.1 del Código Civil hacía referencia solo a los cónyuges. El nuevo contenido permite su aplicación a los miembros de las relaciones *more uxorio.*

[19] PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018).«El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

[20] Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, p. 78.

[21] QUESADA PÁEZ, A. (2018). Las reformas introducidas por la Ley 26/2015, del 28 de Julio, en materia de adopción en el Código Civil español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, 399.

[22] PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

[23] SAN LUIS LÓPEZ, R.; BASTANTE GRANELL, V. (2019). *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*. Granada: Comares, 307.

[24] GARCÍA CANTERO, G. (1971). El nuevo régimen de la adopción, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 827.

[25] LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Personas que pueden adoptar y ser adoptadas, *Actualidad civil,* núm. 1, 79.

[26] GUZMÁN PECES, M. (2016). Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, 158.

[27] ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 954 y sigs.

[28] Sobre esta cuestión, *vid*., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. Madrid: La Ley; NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (2021). *El régimen jurídico de la privación de la patria potestad*. Pamplona: Aranzadi.

[29] En el mismo sentido se manifiestan las STSS de 1 de octubre de 2019; de 9 de noviembre de 2015; de 24 de abril de 2000; de 23 de febrero de 1999 y de 31 de diciembre de 1996.

[30] SAP de Vizcaya de 30 de julio de 2019; SAP de Murcia de 16 de octubre de 2014; SAP de Vizcaya de 20 de septiembre de 2011; SAP de Murcia de 3 de marzo de 2011 y la SAP de Salamanca de 14 de julio de 2010.

[31] STS de 23 de febrero de 1999; SAP de Murcia de 17 de mayo de 2012; SAP de Madrid de 12 de julio de 2005; SAP de Soria de 2 de septiembre de 1996; SAP de Guadalajara de 7 de marzo de 1996 y la SAP de León de 29 de noviembre de 1995.

[32] Es preciso indicar que son minoritarias las resoluciones que decretan la privación en este supuesto. Se pronuncian en este sentido, SAP de Cádiz de 17 de junio de 2019; SAP de Álava de 29 de diciembre de 2004 y la SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.

[33] A tenor de las resoluciones judiciales analizadas, parece que nuestros Tribunales no parecen considerar la drogodependencia o alcoholismo por sí solas como causa de privación de la patria potestad, sino que solo se adopta esta medida cuando estas situaciones afectan gravemente el cumplimiento de los deberes parentales. Se descartan, pues, aquellos supuestos de embriaguez esporádicos o pasajeros siendo, por el contrario, relevantes los supuestos en que estas adicciones se cronifican en el tiempo y no existe atisbo alguno de recuperación. En este sentido se manifiestan la SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2019; SAP de La Coruña de 9 de marzo de 2016; SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2015; SAP de Guipúzcoa de 4 de octubre de 2008; SAP de Málaga de 7 de abril de 2014; SAP de Lugo de 16 de abril de 2006; SAP de Asturias de 9 de junio de 2005 y la SAP de Sevilla de 2 de octubre de 1998.

[34] En estos casos, no solo es preciso que se acredite de forma fehaciente la enfermedad mental grave de los progenitores, sino que la misma les impida atender adecuadamente a sus hijos. Cuando se produce esta situación, los Tribunales adoptan de forma unánime la privación de la patria potestad. Véase, la SAP de Lérida de 2 de diciembre de 2015; SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2014; SAP de Vizcaya de 27 de febrero de 2013; SAP de Murcia de 23 de febrero de 2012; SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008; SAP de Burgos de 15 de julio de 2005; SAP de Palencia de 6 de julio de 1998; SAP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997 y SAP de Granada de 30 de abril de 1993.

[35] STS de 6 de junio de 2014; STS de 23 de mayo de 2005; SAP de Castellón de 19 de enero de 2016; SAP de Burgos de 13 de diciembre de 2016; SAP de Palencia de 19 de diciembre de 2016; SAP de Cantabria de 18 de abril de 2013; SAP de Vizcaya de 17 de octubre de 2012 y la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2008.

[36] CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, *ob. cit.,* 257-258.

[37] STS de 13 de enero de 2017; STS de 7 de junio de 2000; STS de 7 de noviembre de 2001; STS de 9 de abril de 2001; STS de 26 de enero de 1999; STS de 6 de octubre de 1998; STS de 1 de abril de 1997; STS de 4 de febrero de 1997; SAP de Pontevedra de 19 de septiembre de 2018; SAP de Barcelona de 20 de enero de 2009 y la SAP de La Rioja de 2 de julio de 2007.

[38] STS de 21 de noviembre de 2005; SAP de Córdoba de 5 de abril de 2018; SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2015; SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2014; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2014; SAP de Murcia de 22 de noviembre de 2012 y la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2006.

[39] SAP de Murcia de 4 de mayo de 2012; SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2011; SAP de Almería de 24 de febrero de 2005.

[40] STS de 25 de noviembre de 2016; STS de 2 de octubre de 2003; STS de 31 de diciembre de 1996; STS de 20 de enero de 1993; SAP de Lugo de 9 de junio de 2015; SAP de Valencia de 31 de octubre de 2012; SAP de Valencia de 18 de septiembre de 2012; SAP de Vizcaya de 27 de junio de 2007; SAP de Teruel de 20 de julio de 2004; SAP de Guadalajara de 8 de marzo de 2003 y la SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 1999.

[41] STS de 20 de diciembre de 1993; STS de 13 de julio de 2006; SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 2001.

[42] A *sensu* contrario, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2012.

[43] SAN de 23 de octubre de 2008; SAP de Elche de 22 de diciembre de 2015; SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2011.

[44] SAP de Lérida de 18 de mayo de 2015.

[45] STS de 19 de enero de 2015; SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020; SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020; SAP de Granada de 7 de marzo de 2019.

[46] STS de 23 de abril de 2018; SAP de Málaga de 7 de octubre de 2019; SAP de Cádiz de 26 de enero de 2016.

[47] A título ilustrativo, traemos a colación la STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2021. Como se expone, ante la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los titulares de la patria potestad, la administración encargada de la protección de los menores tiene dos posibilidades, bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, adoptando medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés, o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración.

En la resolución se pone de manifestó que ambos padres han desarrollado de forma incorrecta sus funciones, teniendo la familia expediente abierto en los servicios sociales desde el año 2008, estando incluidos desde el año 2014 en el Programa de Educación Familiar del Ayuntamiento. En el año 2018, se interrumpe dicha intervención por falta de colaboración familiar, además, la familia había ocultado información a los servicios sociales. La madre es inestable emocionalmente y el padre, superado por las circunstancias, presenta una problemática encubierta de consumo de alcohol. Existe, asimismo, conflictividad crónica entre los padres del menor, habiéndose presentado denuncias en materia de violencia de género y doméstica. Por otro lado, el menor ha sido testigo de episodios violentos; el padre intentó agredir a la madre con un cuchillo, siguiendo una tentativa de agresión de la madre a la hija, hermana del menor, quien relata que su madre la intentó asfixiar a los once años, dañándola con un tenedor en la mano. El último de los incidentes fue protagonizado por la progenitora que intentó autolesionarse con un cuchillo y que impidió el propio hijo. En este contexto, la Sala no duda en calificar la situación de insoportable y peligrosa por lo que existe una evidente situación de desprotección, no existiendo otra alternativa que separar al niño de su grupo familiar.

[48] Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma, era habitual que nuestros tribunales otorgasen en estas situaciones, la guarda y custodia del menor a su guardador de hecho. Así, la STS de 14 de septiembre de 2018 procede a su concesión a la tía paterna de una menor, con quien lleva conviviendo de hecho y de forma continuada desde el fallecimiento de su madre desestimando la petición del padre de decretar el fin de la misma para pasar a asumirla él. Como se expone la menor ha tenido y sigue teniendo un entorno estable y seguro con su tía lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre. Asimismo, se pone de manifestó la falta de capacidad del progenitor para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, su trabajo y demás cargas familiares. Considera la Sala que los derechos del padre están debidamente protegidos con el régimen de visitas establecido judicialmente, cuya finalidad es conseguir la plena adaptación de la hija al entorno paterno y, acordar, en su caso, el posible reintegro bajo la custodia del padre. En el mismo sentido, se pronuncian la STSS de 13 de febrero de 2015; de 27 de octubre de 2014 y de 20 de noviembre de 2013.

[49] En concreto, se pronuncia en este sentido, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 88.

[50] *Ibidem*, 90.

[51] PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*, *ob. cit.*, 166.

[52] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 78.

[53] Así lo considera VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares, 181 y sigs.

[54] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 80.

[55] Sobre esta cuestión, véase PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 67.

[56] ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *ob. cit.*, 962-963.

[57] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 124; ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *ob. cit.*, 960.

[58] Como crítica al procedimiento de idoneidad llevado a cabo por las entidades públicas, véase el interesante estudio de DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M. (2006). La idoneidad de la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, 287-291.

[59] Así lo considera PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado*. Madrid: Civitas, 924. En sentido opuesto, se manifiesta LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 659.

[60] Como ha puesto de manifiesto, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 10.

[61] Compartimos el posicionamiento de MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español, ob. cit.*, 129; si la finalidad «era establecer unos mínimos comunes, quizás hubiera sido más apropiado hacerlo fuera del Código Civil: en la LOPJM».

[62] Como indica la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015 *«…todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil».*

[63] Conforme a lo dispuesto en el preámbulo de la Ley 26/2015, la finalidad de esta medida es evitar que el menor tenga que permanecer en un centro de protección o con otra familia durante la tramitación judicial de la adopción.

[64] Se muestra conforme con dicho cambio, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 61. MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español, ob. cit.,* 143, considera que no se ha logrado evitar la confusión que provocaba el acogimiento familiar preadoptivo. Tampoco parece verlo claro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (coord.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015.* Pamplona: Aranzadi, 338. Por último, se muestra disconforme CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de

reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras. En: V. Cabedo Mallol, I. Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 69.

[65] El mismo posicionamiento mantienen la SAP de Cádiz de 18 de enero de 2021; SAP de Granada de 24 de julio de 2020; SAP de Jaén de 26 de noviembre de 2020.

[66] Como señalamos en el epígrafe anterior, la inclusión de este apartado nos parece particularmente interesante porque permite solventar la inacción de la Administración cuando, transcurrido el tiempo de duración de la medida establecido legalmente que en todo caso no puede superar el año, no haya elevado la propuesta de adopción al juez.

[67] Los mismos argumentos son esgrimidos por el citado Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Tudela (Provincia de Navarra) en su auto de 7 de enero de 2021, para formalizar la adopción a favor del marido del padre biológico de su hija.

[68] Se debe señalar que hasta la promulgación de la Ley 21/1987, no se exigía para la formalización de la adopción el consentimiento, sino que como indica ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 12, 62, «el expediente de adopción únicamente podía comenzar a iniciativa del adoptante, no era preciso señalar la necesidad de consentimiento: el adoptante lo daba con el escrito de solicitud que promovía».

[69] Son definidos por VARGAS CABRERAS, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico, ob. cit.,* 220, como «declaraciones de voluntad de las partes entre las que se va a constituir el vínculo adoptivo y en virtud de las cuales asumen libre y conscientemente el contenido de la relación jurídica adoptiva con determinada persona».

[70] CALAZA LÓPEZ, S. (2015). Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 15.

[71] Véase, entre otros, ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *ob. cit.*, 59; DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 177 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios al Código Civil,* t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1905; FELIU REY, M.I. (1989). *Comentarios a la Ley de Adopción*. Madrid: Tecnos, 148.

[72] En similar sentido se manifiestan, la SAP de Pamplona de 22 de junio de 1992, «el asentimiento es definido como aquella declaración unilateral recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico en el que quien la expresa no ha tomado parte en el concepto constituyente, pues es prestado por una persona ajena a la relación obligacional, pero que la completa o le da fuerza operativa, pero nunca constituyéndola» y el AAP de Barcelona de 5 de junio de 1991.

La doctrina también se ha posicionado en la misma línea. Así, PÉREZ MARTÍN, A.J. (1998). *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid: Lex Nova, 602; ALONSO CRESPO. E. (2004). *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos)*. Madrid: Dykinson, 160 y 161; SERRANO GARCÍA, I. (1997). La adopción según las leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero. En: I. Serrano García (coord.), *La protección jurídica del menor*. Salamanca: Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 80.

[73] GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000). *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes.* Pamplona: Aranzadi, 150 y sigs.; GESTO ALONSO, B. (2013). *El procedimiento de la adopción*. Pamplona: Aranzadi, 72 y sigs.

[74] A título ilustrativo, *vid.,* SAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010; SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996; AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996; AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998; SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005.

[75] PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción, ob. cit.*, 190-191; VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico, ob. cit.*, 227-228; GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 55; GESTO ALONSO,

B. (2013). *El procedimiento de la adopción*, *ob. cit.,* 72; GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2017). El trámite judicial de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*. Pamplona: Aranzadi, 358-359.

Igualmente, en el ámbito judicial. Véase, entre, otras, SAP de Córdoba 2 de marzo de 2001; SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005; SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010; SAP de Málaga de 28 de abril de 2003; SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2002; SAP de Málaga de 2 de octubre de 2002; SAP de Cádiz de 10 de junio de 2002; SAP de Sevilla de 15 de abril de 2002; SAP de Almería de 4 de enero de 2002; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002; SAP de Lugo de 24 de septiembre de 2003; SAP de Jaén de 16 de mayo de 2001; SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010; SAP de Valencia de 30 de marzo de 2011; SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005; SAP de Murcia de 12 de junio de 2003; SAP de Badajoz de 31 de diciembre de 2002; SAP de Cantabria de 30 de mayo de 2001; SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2001; SAP de Pontevedra de 24 de julio de 2012; SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011; SAP de Málaga de 6 de abril de 2011; SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011; SAP de Castellón de 23 de septiembre de 2010; SAP de Alicante de 21 de septiembre 2010.

[76] «*1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.*

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

[77] GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, *ob. cit.*, 61.

[78] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid, 475.

[79] Se debe señalar que la disposición final primera, apartado 34 LJV, reformó el contenido del citado precepto establecido por la Ley 1/1996, equiparando a las parejas no casadas con los matrimonios, requiriendo la necesidad de que asintiese la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, «siempre que no sea adoptante, salvo que medie separación legal». Además, respecto al cónyuge del adoptante, se exceptuó únicamente en los supuestos en que existiese separación legal, eliminando la excepción de la separación de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente. Sin embargo, la vigencia de esta reforma fue muy breve, del 23 de julio hasta el 17 de agosto de 2015, en el que entró el texto definitivo conferido por la citada Ley 26/2015.

[80] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, *ob. cit.*, 342; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», *ob. cit.* 15.

Sin embargo, antes de la reforma de 2015, abogaban por la inclusión del divorcio, ALBACAR, J.L.; MARTÍN GRANIZO, M. (1995). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia.* Madrid: Trivium, 1716 y ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *ob. cit.*, 64.

[81] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español, ob. cit.,* 225.

[82] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español, ob. cit.,* 213; GRANDE SEARA, P. (2020). El asentimiento de los progenitores en el expediente de adopción. Problemática sustantiva y procesal. En: E. Pillado González (dir.), L. Noriega Rodríguez (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*. Madrid: Bosch, 233.

[83] LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015, ob. cit.,* 679. Sin embargo, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», *ob. cit.*, 15, considera que la citada excepción se refiere al supuesto del artículo 175.5 del Código Civil porque «en la anterior redacción, que no comprendía a la pareja de hecho del adoptante pero sí a su cónyuge, no se recogía esta excepción por ser obvia, pues del párrafo 1 del artículo 177 se deriva con total claridad que deben consentir los adoptantes cuando la adopción es conjunta. Por ello, consideramos que no parece adecuado entender que la introducción de este nuevo inciso aclare algo sobre una cuestión que no plantea ninguna duda, y que el legislador de 2015 no pretende reformar.

[84] Véase, DE LA IGLESIA MONJE, I. (2005). Privación de la patria potestad. Incumplimiento de los deberes familiares (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004), *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690, 1437-1439; MONTÉS PENEDÉS, V.L. (1984). Comentarios a los artículos 169 a 71 del Código Civil. En VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol.2.º. Madrid: Tecnos, 1138.

[85] Así se detrae de la lectura de las distintas resoluciones judiciales. En concreto, la SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2008, la Audiencia resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la progenitora. Como se relata en la sentencia, el menor fue abandonado por su madre tras su alumbramiento, pudiendo salvar su vida gracias la intervención de unos viandantes. Desde ese momento, fue tutelado por la Administración, encontrándose actualmente en situación de acogimiento familiar. La madre fue condenada a cuatro años de prisión y privación por dicho tiempo de la patria potestad, además de tenerla suspendida por la asunción por parte del ente público de la tutela *ex lege* de su hijo. Tras la liquidación de su condena, pretende la actora la recuperación de la patria potestad, habiendo sido desestimado en Primera Instancia en base a la práctica del informe psicosocial elaborado por los profesionales en la materia adscritos a los Juzgados, que concluyen claramente en contra del retorno del menor a su familia de origen, decisión ratificada por la Audiencia. En similar sentido se manifiestan, entre otras, la SAP de Barcelona de 9 de julio de 2008; SAP de Palencia de 18 de junio de 2001; SAP de Navarra de 2 abril de 2007, SAP de Vizcaya de 11 de enero de 2002; SAP de Alicante de 26 de febrero de 2002; SAP de Cantabria de 27 de junio de 2002; SAP de Valencia de 13 de abril de 2005; SAP de Murcia de 19 de diciembre de 2006.

Uno de los escasos supuestos en los que se procede a la recuperación de la patria potestad, se recoge en la SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008. Como se expone, el progenitor fue privado de la patria potestad por padecer su hijo síndrome de alienación parental (SAP), en su modalidad más grave. Quedó acreditado que la conducta del padre había sido de constante y reiterada manipulación de su hijo, predisponiéndolo en contra de la madre y del resto de la familia materna. Asimismo, se afirmó que el menor había sido víctima de malos tratos psíquicos por su padre. Estos hechos, así como la existencia de otros comportamientos alienadores o manipuladores que el Tribunal consideró que pudieron haber sido calificados como posiblemente merecedores de un hipotético reproche penal, determinaron que se declarase la incompatibilidad de esas conductas del progenitor con el mantenimiento de la patria potestad sobre su hijo. No obstante, la Sala reconoce que, tras el seguimiento por parte del padre de la terapia de referencia, se encuentra recuperado de su trastorno, por lo que procede dejar sin efecto la medida de privación de la patria potestad y la recuperación de la misma, porque ya no responde a los fundamentos en los que se sustentaba.

[86] *Vid.*, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La regulación de la adopción nacional., ob. cit.*, 236. Aunque también, considera la SAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015, que los padres están incursos en causa de privación de la patria potestad porque han

transcurrido más de dos años desde la adopción, sin que hayan hecho uso del derecho a que se reconociera su derecho a consentir o no la adopción.

[87] Como declara la SAP de Granada de 27 de noviembre de 2016, «cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue».

[88] En la misma línea, véase SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2016; SAP de Jaén de 1 de julio de 2015; SAP de Cádiz de 11 de mayo de 2015; SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015; SAP de Pontevedra de 29 de enero de 2015; SAP de Málaga de 31 de enero de 2020; SAP de Jaén de 13 de junio de 2019; SAP de León de 10 de noviembre de 2017; SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017; SAP de Ourense de 25 de noviembre de 2016; SAP de Córdoba de 14 de noviembre de 2016; SAP de Soria de 26 de octubre de 2017; SAP de León de 21 de junio de 2017; SAP de Jaén de 22 de mayo de 2017; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de febrero de 2015; SAP de Granada de 6 de noviembre de 2020; SAP de León de 8 de octubre de 2020; SAP de Granada de 22 de noviembre de 2020; SAP de León de 13 de septiembre de 2019; SAP de Jaén de 3 de julio de 2019; SAP de Burgos de 18 de mayo de 2019; SAP de Vizcaya de 7 de mayo de 2019; SAP de Jaén de 8 de enero de 2016; SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015; SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015; SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015; SAP de Granada de 29 de mayo de 2020; SAP de Málaga de 23 de abril de 2020; SAP de La Coruña de 3 de marzo de 2020; SAP de Soria de 25 de febrero 2020; SAP de Lugo de 10 de octubre de 2018.

[89] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 236.

[90] En este sentido se manifiesta la STS de 27 de octubre de 2014, al señalar que la existencia de un guardador de hecho que realice las funciones inherentes a los progenitores en la guarda del menor, determina que no sea procedente su declaración de desamparo. Asimismo, entre otras, la SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012 y la SAP de Almería de 29 de enero de 2014.

Entre otras, véase, STS de 27 de octubre de 2014; SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012; SAP de Almería de 29 de enero de 2014.

[91] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons, 375 y sigs., destaca que «(…) la tutela automática se encuentra regulada en el número 1 del artículo 172, pasaje normativo bastante extenso del que conviene destacar que se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente (…)». Añade que la consecuencia fundamental de la denominada tutela automática «(…) es determinar la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria que en su caso se hubiere constituido, vista la desatención de que es objeto el menor en cuestión y la situación de desamparo en que se encuentra (…)», postulado que sigue teniendo plena vigencia. En el mismo sentido, LLEBARIA SAMPER, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, de 11 de noviembre. Barcelona: Bosch, 102.

[92] Con anterioridad a la reforma, los pronunciamientos jurisprudenciales eran contradictorios sobre esta cuestión. Por un lado, en algunas resoluciones judiciales no se consideraba la única circunstancia para proceder a dicha declaración; así, entre otras, la SAP de Toledo de 21 de abril de 2015. Por el contrario, otras resoluciones judiciales sí entendían como factores que imposibilitaban la reunificación familiar, la inexistencia de recursos económicos suficientes, como se recoge en la SAP de Asturias de 9 de abril de 2001.

Como crítica a este último criterio jurisprudencial, *vid.* el interesante estudio de CARRASCO PERERA, A. (2003). Desamparados, *Actualidad Jurídica*. *Aranzadi,* núm. 583 (Tribuna), 48, cuando considera que «(…) el supremo interés del niño eleva cada día

más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esa exigencia. Como tampoco hay un mercado de niños (¡y con qué frivolidad se maldice a la mujer hindú que vendió a su hija por unas piastras!), estos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas. Defendámonos de esta dictadura de la buena conciencia social. Dejad a los pobres en su pobreza; dejad a los niños con sus padres. ¡O dejad al menos que sean ellos quien los vendan! (…)».

[93] En este sentido, ya se había manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de noviembre de 2011.

[94] Esta circunstancia había sido contemplada en la importante STS de 31 de julio de 2009 que estableció los criterios que deben regir para decidir sobre el retorno del menor a su familia de origen cuando está en acogimiento familiar, y que fueron reproducidos por el legislador del año 2015 en las mencionadas normas.

[95] Como se establece en el preámbulo de la Ley 26/2015, se pretende así la clarificación y unificación de criterios para su declaración. Sobre esta cuestión, véase el estudio de BENAVENTE MOREDA, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI)*,* 15-62.

[96] Se requería que el Estado español adoptase todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las regulaciones administrativas en todas las comunidades autónomas fuesen completamente acordes con los principios y disposiciones de la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos.

[97] SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2021; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015; SAP de Granada de 14 de junio de 2019; SAP de Burgos de 19 de febrero de 2019; SAP de Granada de 26 de junio de 2020.

[98] Así lo ha manifestado la STS de 21 de septiembre de 1999: las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia de la madre biológica, para que pueda calibrar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño.

[99] MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 266; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción, ob. cit.,* 196.

[100] DÍEZ GARCÍA, H. (2004). *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores.* Madrid: Ministerio de Trabajo, 413; RUÍZ RICO-RUÍZ, J.M. (1989). *Acogimiento y delegación de la patria potestad.* Granada: Comares, 168.

[101] BO JANÉ, M.; CABALLERO RIBERA, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?, *La Ley,* núm. 6, 1490.

[102] En concreto, el artículo 177.3. 4.º disponía que deberá ser simplemente oída «*la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel*».

(Trabajo recibido el 30 de junio de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre de 2022)

La conformidad subjetiva en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España*

Subjective conformity in the context of the sale of goods and the supply of digital content and services following the transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771 in Spain

por

FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ**
Profesora contratada doctor
Universidad de Salamanca

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un estudio de Derecho comparado en torno a la regulación de los requisitos subjetivos de conformidad

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos (PID2019-107195RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 financiado por MCIN).

en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España. Tras resaltar las diferentes vías por las que han optado el legislador estatal y el catalán, se analizan detenidamente las novedades que se introducen y se trata de dar respuesta a los diferentes interrogantes que, a la vista de la nueva regulación, se suscitan.

ABSTRACT: This paper offers a comparative law study on the regulation of subjective conformity requirements in the context of the sale of goods and the supply of digital content and services following the transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771 in Spain. After highlighting the different paths chosen by the Spanish and Catalan legislators, the new features introduced are analysed in detail and an attempt is made to answer the different questions that arise in view of the new regulation.

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Contrato de compraventa de bienes. Bienes. Bienes con elementos digitales. Contrato de suministro. Contenido digital. Servicio digital. Requisitos para la conformidad.

KEY WORDS: Consumer. Contracts for the sale of goods. Goods with digital elements. Supply contract. Digital content. Digital service. Requirements for conformity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD: 1. Necesidad de que se ajuste a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y posea la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características previstas en el contrato. 2. Necesidad de que se entreguen o suministren junto con todos los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales y necesidad de que los bienes se suministren con actualizaciones y los contenidos o servicios digitales se actualicen, según se haya establecido en el contrato: *A) Puntualizaciones relativas a los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario. B) Puntualizaciones en torno a las «actualizaciones»:* a) ¿En qué momento han de facilitarse las actualizaciones? ¿Durante cuánto tiempo? b) ¿Qué sucede si el consumidor no instala las actualizaciones? c) Incidencia

---

** Miembro del GIR. Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables, cuyo Investigador responsable es el Prof. D. José Antonio MARTÍN PÉREZ, reconocido el 18 de octubre de 2018.

de las actualizaciones en la durabilidad de los bienes 3. Servir al fin específico para el que los necesita el consumidor siempre que el empresario haya aceptado que el bien o el contenido o servicio digital sirve para tal fin. 4. ¿Posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos de conformidad? 5. El incumplimiento de los requisitos establecidos en el RGPD como falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos de conformidad.—III. PRIMACÍA DE LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD.—IV. MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES PARA MANTENER LA CONFORMIDAD.—V. UNA CUESTIÓN NUEVA: VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR EN LA CAPACIDAD DEL EMPRESARIO DE PONER EN CONFORMIDAD EL BIEN.—VI. LA CARGA DE LA PRUEBA: 1. Contrato de compraventa de bienes (incluidos los bienes con elementos digitales). 2. Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*: A) Suministro en un único acto o en una serie de actos individuales. B) Suministro continuado. C) La excepción que confirma la regla y la obligación de cooperación del consumidor o usuario.*—VII CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 1999/44/CE, recurriendo a la fórmula de una presunción legal[1], contemplaba únicamente un listado con cuatro criterios de conformidad; la nueva Directiva (UE) 2019/771 —aplicable también a la venta de bienes muebles con elementos digitales[2]—, tras señalar, en su artículo 5, que «*el vendedor suministrará al consumidor bienes que cumplan los requisitos de los artículos 6, 7 y 8, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9»,* prevé, en cambio, cuatro requisitos subjetivos de conformidad (art. 6), cuatro requisitos objetivos de conformidad (art. 7), y, finalmente, el supuesto específico de falta de conformidad por incorrecta instalación del bien (art. 8); ello ha llevado a algunos autores a afirmar que los criterios de conformidad aparecen ahora «técnicamente mejor descritos», que se acogen «a una perspectiva mucho más rigurosa y completa»[3]. La estructura dogmática general es la misma; la auténtica razón de ser del nuevo instrumento normativo (de armonización máxima *ex* artículo 4) reside en la necesidad de adaptar el régimen de la compraventa de bienes a la Estrategia para un Mercado Único Digital, lo que implica, entre otras cosas, como veremos enseguida, su actualización y adecuación a los contratos que incluyen bienes con elementos digitales[4].

Con un tenor similar, el artículo 6 de la Directiva 2019/770 determina que *«Los empresarios suministrarán a los consumidores contenidos o servicios*

digitales que cumplan los requisitos establecidos en los artículos 7, 8 y 9, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10»[5].

De los referidos preceptos, se infiere con claridad que el bien —o los contenidos o servicios digitales— deben reunir cada uno de los requisitos que se enumeran *«cuando sea de aplicación»* [art. 5, artículo 6 (primer inciso) y artículo 7.1b) y c) Directiva (UE) 2019/771; y artículo 6, artículo 7 (primer inciso) y artículo 8.1a) Directiva (UE) 2019/770]; es decir, no es necesario que se reúnan todos los requisitos a la vez, pero, entre los que resulten de aplicación, —como señala MARÍN LÓPEZ refiriéndose a la Directiva (UE) 2019/771— «esta aplicación es cumulativa»; cabe «la aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida en que todos ellos constituyen mecanismos de determinación e integración del contenido del contrato»[6]. Por otra parte, hay que resaltar que, a la vista del considerando núm. 35 de la Directiva (UE) 2019/771, la conformidad ha de aplicarse no solo a los vicios materiales (componente físico del bien) sino también a los jurídicos (componente digital del bien). El considerando núm. 54 de la Directiva (UE) 2019/770, por su parte, puntualiza que «los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual».

Dado que ambas Directivas buscan armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras no solo a garantizar un alto nivel de protección de las personas consumidoras sino también a lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, y encuentran justificación en el hecho de que la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos, no es de extrañar que el legislador español (estatal) haya optado por efectuar una trasposición conjunta de ambas disposiciones comunitarias. No en vano ambas Directivas contienen previsiones coincidentes, diferenciadas únicamente cuando la naturaleza del servicio o contenido digital así lo requiere. La trasposición conjunta permite evitar reiteraciones e incrementar la seguridad jurídica en su aplicación, al mantener los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán indistintamente a todas las situaciones que no requieran esa diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada. Como explica el legislador español en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (en adelante, Real

Decreto Ley 7/2021), *«este enfoque facilita que los supuestos mixtos, cada vez más frecuentes, en los que el bien y el servicio o contenido digital formen un conjunto funcionalmente inseparable, tengan una regulación clara y unificada, sin pasar de una disposición a otra según el modo en que se ofrezcan en el mercado»*[7]. Aunando los textos de ambas Directivas, el nuevo artículo 115 RDLegislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), bajo la rúbrica «Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales», determina: *«Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117».*

El legislador catalán, por su parte, al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.8.ª Constitución española y 129 Estatuto de Autonomía de Cataluña y del reconocimiento de la constitucionalidad de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos (en adelante, CCCat), por la STC 132/2019, ha traspuesto estas dos Directivas mediante el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código Civil de Cataluña. A fin de integrar ambas disposiciones comunitarias, ha hecho más precisas las normas relativas a los criterios de conformidad —entre otras— en el marco de la compraventa de bienes (aunque los regula en diferentes apartados del artículo 621-20 CCCat, no los califica como subjetivos y objetivos[8]; simplemente se refiere a los primeros como «*acordados», «pactados», «estipulados en el contrato»),* remitiendo a esa regulación en la medida en que sea compatible en lo relativo al suministro de contenidos y servicios digitales, como sucede con la fijación de los criterios de conformidad[9].

Distinta es la fórmula seguida en otros países; así por ejemplo, en Portugal, ambas Directivas han sido objeto de trasposición por el *Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770;* el legislador portugués ha optado por adoptar unas reglas generales con vistas a plasmar el objetivo de la norma, ofrecer una serie de definiciones, y precisar el ámbito de aplicación, con expresión de los contratos que quedan al margen de la misma, para diferenciar claramente, a continuación, el régimen que resulta aplicable a la compraventa de bienes (arts. 5 a 25) —ámbito en el que regula también la falta de conformidad en el

marco de los bienes inmuebles (arts. 22 a 25)— y el régimen aplicable al suministro de contenidos y servicios digitales (arts. 26 a 39), prosiguiendo con unas disposiciones comunes relativas a la responsabilidad del productor, ejercicio de la acción de regreso o la garantía comercial, particularmente. En Francia, ambas Directivas han sido traspuestas mediante la *Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques,* que viene a modificar el Código de consumo francés, regulando de manera independiente la conformidad en los contratos de compraventa de bienes (arts. L217-1 a L217-32) y los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (arts. L224-25-1 a L224-25-32; a la garantía legal de conformidad, se refieren concretamente los artículos L224-25-12 a L224-25-26); nótese que el legislador francés, si bien incluye los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en preceptos distintos, elude su calificación como subjetivos u objetivos; cuando se refiere a los subjetivos habla de conformidad con el contrato («*Le bien est conforme au contrat s'il répond notamment, le cas échéant, aux critères suivants:…*».

Sea como sea, lo cierto es que ambas Directivas son normas de armonización plena; en consecuencia, los Estados miembros no pueden mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de lo en ellas establecido, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de las personas consumidoras, salvo que se disponga de otro modo en la normativa comunitaria aplicable[10].

Dicho esto, centrémonos en el análisis de los requisitos subjetivos de conformidad que se contemplan en las nuevas Directivas y su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD

A diferencia de los criterios objetivos de conformidad —que se sustentan en la naturaleza de los bienes y de los contenidos y servicios digitales en sentido lato y en las declaraciones públicas del empresario—, los criterios subjetivos de conformidad son los especificados por las partes[11].

Según el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/771, los requisitos subjetivos que deben cumplir los bienes para ser conformes son: a) ser acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación; c) entregarse junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según

disponga el contrato; y d) suministrarse con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa. De todos ellos, en la Directiva 1999/44/CE solo estaba presente el b) y la referencia a la descripción que encontramos en el a)[12]. Estos requisitos subjetivos —particularmente los expresados bajo las letras a), c) y d)— tienen en común el hecho de que nacen del propio contrato, lo que —como resalta AVILÉS GARCÍA— «refuerza la autonomía de la voluntad a fin de determinar la conformidad contractual de cada compraventa»[13]; en buena lógica, entiende el legislador comunitario que el primer elemento que hay que tener en cuenta para decidir sobre la conformidad del bien es el contrato de compraventa, o —dicho con otras palabras— los pactos expresos entre vendedor y consumidor en relación al bien; así pues, si el bien no reúne las características expresadas en el contrato, no será conforme.

Según el artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/770, los requisitos subjetivos para la conformidad en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales son: a) ser acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) suministrarse junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato; y d) actualizarse en función de lo que se haya dispuesto en el contrato.

Como puede verse, apenas se aprecian tres diferencias entre ambos preceptos, que obedecen lógicamente a la diferencia entre compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales: 1) la referencia al «tipo» de bienes que encontramos en el artículo 6 a) de la Directiva (UE) 2019/771 no aparece en el artículo 7 a) de la 2019/770; 2) la referencia a la «asistencia al consumidor» en el artículo 7 c) de la Directiva 2019/770 que no figura en el artículo 6 c) de la 2019/771; y 3) la referencia al vendedor en la Directiva (UE) 2019/771 se sustituye por la referencia al empresario en la Directiva (UE) 2019/770. Así las cosas, el nuevo artículo 115 bis TRLGDCU, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2021, refunde los preceptos de ambas Directivas y configura los requisitos subjetivos para la conformidad en los términos que siguen:

«Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación.

c) Ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.

d) Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos».

Más simple en su redacción, por cuanto se refiere únicamente a la conformidad en la compraventa de bienes, es el nuevo artículo 621-20.1 CCCat, según el cual: «*El bien es conforme al contrato si cumple los requisitos siguientes:*

a) Ser entregado en la cantidad, ser del tipo y presentar la calidad, las prestaciones, la funcionalidad, la compatibilidad, la interoperabilidad y cualquier otra característica prevista en el contrato.

b) Ser entregado con la empaquetadura o envasado acordados.

c) Ser suministrado con los accesorios, las instrucciones y otros documentos estipulados en el contrato.

d) Ser suministrado con las actualizaciones pactadas».

El artículo 621-20.5 CCCat, por su parte, añade: «*Si el bien no es apto para los fines específicos manifestados por el comprador al vendedor, hay falta de conformidad solo si el vendedor aceptó la idoneidad del bien para aquellos fines, antes o en el momento de la conclusión del contrato».* Dichos criterios, sin embargo, operan también en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, a tenor de la remisión efectuada por el artículo 621-71 CCCat.

Antes de estudiar cada criterio conviene llamar la atención sobre el recordatorio —presente en ambos instrumentos comunitarios— relativo a que los requisitos del contrato —ya sea el de compraventa ya sea el de suministro de contenidos y servicios digitales— deben incluir aquellos que resultan de la información precontractual, que de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato[14]. Dichos requisitos han sido objeto de actualización por parte de la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, que modifica la Directiva 2011/83/UE, a fin de modernizar la normativa destinada a la protección de los consumidores, incorporando las nociones de bienes con elementos digitales, contenidos y servicios digitales. En otras palabras, antes de analizar los criterios subjetivos de conformidad, es preciso recordar el papel que juega la publicidad como parte integrante del contrato[15]; así las cosas, si la publicidad, por ejemplo, de un televisor inteligente indica que incluye

una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formará parte del propio contrato de compraventa, y los criterios de conformidad resultarán aplicables independientemente de que el contenido o servicio digital esté preinstalado en el propio bien o tenga que descargarse posteriormente en otro dispositivo y tan solo esté interconectado con el bien vendido[16]. Como pone de relieve AVILÉS GARCÍA, se aplicarán también en el caso de que el contenido o servicio digital incorporado o interconectado no sea suministrado por el propio vendedor del producto, sino por un tercero en virtud del contrato de compraventa. Además, en el caso de la venta de bienes con elementos digitales, «la determinación de una relación contractual bilateral entre el vendedor y el comprador consumidor, de la que forme parte el suministro del contenido o servicio digital incorporado o interconectado, no puede verse afectada por el mero hecho de que el comprador deba dar su aprobación a un acuerdo de licencia con un tercero para poder acceder al contenido o servicio digital»[17].

Dicho esto, analicemos los requisitos subjetivos de conformidad.

1. Necesidad de que se ajuste a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y posea la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características previstas en el contrato

El requisito más elemental es el comprendido en el artículo 115bis a) TRLGDCU, según el cual, como acabamos de decir, los bienes entregados han de «*ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características*» previstas en el contrato, y en el artículo 621-20 a) CCCat.

El tenor de estos preceptos obliga a hacer, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas. De entrada, solo se aprecia una diferencia entre ellos: mientras el TRLGDCU habla de «descripción», el CCCat habla de «prestaciones», un término más concreto que incide especialmente en los servicios o comodidades que ofrece el bien. Mas, ¿qué hay que entender por funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad? El legislador comunitario lo aclaraba en los artículos 2.8, 2.9 y 2.10 Directiva (UE) 2019/771 y artículos 2.10, 2.11 y 2.12 Directiva (UE) 2019/770, ofreciendo unas definiciones que han sido incorporadas al nuevo artículo 59 bis c), l) y ñ) TRLGDCU en los siguientes términos: a) la funcionalidad del bien es *«la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad»*[18]*;* b) la compatibilidad es *«la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (hardware) o programas (software) así como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software)*

con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales»[19]*;* y c) la interoperabilidad es *«la capacidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes o los contenidos o servicios digitales del mismo tipo»*[20]. El legislador catalán, por su parte, define estos tres requisitos en el artículo 621-20.3 CCCat, aludiendo únicamente a la capacidad de los contenidos o servicios digitales[21]. Estos tres requisitos (funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad) constituyen características esenciales de los bienes con elementos digitales. Como señala AVILÉS GARCÍA, «*el buen funcionamiento de un bien* («conformidad digital») puede incluir, por ejemplo, la comprobación de la capacidad de los bienes para intercambiar información con esos otros programas (*software*) o aparatos (*hardware*), y utilizar la información intercambiada, noción que está detrás del concepto de interoperabilidad del bien»[22].

En segundo lugar, nos lleva a puntualizar que, para determinar si el bien o el contenido o servicio digital es conforme o no, no hay que atender únicamente a los siete parámetros —seis en el caso de los contenidos o servicios digitales— que recoge de forma expresa sino a todas las características que se hayan pactado sobre el mismo[23]; si el bien o el contenido o servicio digital no presentara alguna de las características, cualidades o prestaciones pactadas, habrá falta de conformidad, y el consumidor podrá dirigirse contra el empresario[24]. Dentro de esas otras características podría entenderse comprendido, por ejemplo, el pacto relativo a la versión en que habrán de suministrarse los contenidos o servicios digitales[25], la entrega de accesorios e instrucciones del bien, ya se refieran a su instalación ya se refieran a su mantenimiento, como sucede en el caso de los bienes digitalizados en que se ha pactado el suministro de actualizaciones; solo verificando que se han producido tales entregas, podrá entenderse que existe conformidad.

Tales características nos conducen a los requisitos de conformidad derivados del contrato que se enuncian en el artículo 115 bis c) y d) TRLGDCU y en el artículo 621-20.1 b), c) y d) CCCat que pasamos a comentar.

2. Necesidad de que se entreguen o suministren junto con todos los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales y necesidad de que los bienes se suministren con actualizaciones y los contenidos o servicios digitales se actualicen, según se haya establecido en el contrato

Habiéndose pactado en el contrato que el bien se entregaría o que el contenido o servicio digital se suministraría con los accesorios y las ins-

trucciones (las de instalación o integración, por ej., pero también quedarían comprendidas otras como las de mantenimiento), así como con la asistencia al consumidor, en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, o habiéndose pactado, en el caso de los bienes con elementos digitales, que se suministrarían actualizaciones y, en el caso de los contenidos o servicios digitales, que serán actualizados, dichos elementos deberán ser entregados por el empresario [art. 115 bis c) y d) TRLGDCU][26]; de no ser así, el consumidor podrá exigir al empresario la puesta en conformidad del bien.

Analizando con un poco más de detenimiento estos dos requisitos, cabe realizar las siguientes puntualizaciones:

A) Puntualizaciones relativas a los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario

Cuatro son las apreciaciones que cabe realizar en este ámbito:

1. la exigencia de la entrega o suministro de los «accesorios»[27] no constituye una novedad en nuestro ordenamiento, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil, *«La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados»*[28]*;*

2. en caso de que no se haya pactado nada en el contrato en relación con la entrega de los accesorios —particularmente el embalaje— y las instrucciones, resultaría de aplicación el criterio objetivo consagrado en el artículo 115 ter 1.c) TRLGDCU: *«Cuando sea de aplicación, entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir»;* en este punto, cabe llamar la atención sobre el hecho de que el legislador catalán haya querido configurar como criterios separados en su artículo 621-20.1 b) y c) CCCat, por una parte, que sean entregados con la empaquetadura o envasado acordados y, por otra, que se suministren con los accesorios, las instrucciones[29] y otros documentos estipulados en el contrato*;*

3. existe una relación muy estrecha entre la exigencia de la entrega de las «instrucciones» y la posibilidad —contemplada en el artículo 115 quater TRLGDCU y en los artículos 621-21.1 y 621-72 CCCat— de apreciar la existencia de una falta de conformidad por instalación incorrecta de los bienes o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales como consecuencia de una deficiencia en las mismas (las instrucciones)[30];

4. el alcance del criterio comprendido en el artículo 115 bis c) TRLGDCU y en el 621-20.1 c) CCCat es bastante más amplio que el del comprendido en el artículo 115 bis d) TRLGDCU y en el artículo 621-20.1 d): mientras las

actualizaciones a que alude el apartado d) se refieren más bien a los bienes con elementos digitales y al suministro de contenidos y servicios digitales, los elementos comprendidos en la letra c) se predican de todo tipo de bienes, así como de los contenidos o servicios digitales; «cualquier bien mueble tangible, aunque no incorpore elementos digitales, puede precisar instrucciones de instalación, montaje y/o mantenimiento y la entrega de objetos accesorios para sus diversos usos»[31].

B) Puntualizaciones en torno a las «actualizaciones»

En primer lugar, hay que señalar que la falta de conformidad puede deberse a la falta de suministro de las mismas o al suministro de actualizaciones defectuosas o incompletas[32], siendo especialmente relevante la que deriva de la vulneración de derechos de terceros —particularmente derechos de la propiedad intelectual o industrial— de forma que no permita al consumidor utilizar los bienes adquiridos conforme a los criterios subjetivos y objetivos establecidos[33].

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, tal y como se pone de relieve en el considerando núm. 30 de la Directiva (UE) 2019/771, no solo deben facilitarse las actualizaciones acordadas en el contrato; el empresario ha de facilitar también actualizaciones, particularmente actualizaciones de seguridad, con el fin de garantizar que los bienes con elementos digitales sigan siendo conformes[34]. Esta obligación se limita a las actualizaciones que sean necesarias para que esos bienes mantengan su conformidad con los requisitos de conformidad objetivos y subjetivos establecidos en las Directivas. Así pues, a menos que las partes hayan acordado otra cosa en el contrato, el empresario no está obligado a proporcionar versiones mejoradas de los contenidos o servicios digitales de los bienes ni a mejorar o ampliar sus funcionalidades más allá de los requisitos de conformidad.

En tercer lugar, es preciso tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 115 ter 2 y 3 TRLGDCU y sus paralelos en el CCCat, a cuyo estudio procedemos en los subepígrafes que siguen.

a) ¿En qué momento han de facilitarse las actualizaciones? ¿Durante cuánto tiempo?

Tanto las Directivas como las normas de trasposición en España diferencian dos supuestos en función de que la prestación del empresario (vendedor, en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales) deba realizarse, bien en un «único acto de suministro» (el mismo momento de la entrega del

bien) o varios «actos de suministro separados» o bien de manera continuada durante un período de tiempo ulterior (mediante un «suministro continuo») [art. 7.3, apartados a) y b) Directiva 2019/771, artículo 8.2 a) y b) Directiva 2019/770]. En ambos supuestos, la obligación de conformidad se traduce en la obligación específica del empresario de velar por que se «*comuniquen y suministren*» al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean *necesarias para mantener dichos bienes en conformidad…*». En este sentido, dice textualmente el artículo 115 ter 2 TRLGDCU:

«En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad, durante cualquiera de los siguientes períodos:

a) Aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, en su caso.

b) Aquel en el que deba suministrarse el contenido o servicio digital con arreglo al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales o al contrato de suministro, cuando este prevea un plazo de suministro continuo durante un período de tiempo. No obstante, cuando el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien».

Tenor parecido tiene en Cataluña el nuevo artículo 621-20.6 CCCat; no obstante, cabe apreciar algunas diferencias; de entrada, el precepto catalán se refiere únicamente a la compraventa de bienes con elementos digitales. Según el referido precepto:

«*En el caso de bienes con elementos digitales, el vendedor tiene que velar para que se comuniquen y se suministren al comprador las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener los bienes en conformidad, durante uno de los dos períodos siguientes:*

a) Si el contrato establece un único acto de suministro del elemento digital, el período es el que el comprador puede razonablemente esperar teniendo en cuenta el tipo y finalidad de los bienes y los elementos digitales y la naturaleza del contrato; o

b) Si el contrato prevé el suministro continuado de los elementos digitales durante un período, este es el señalado por el artículo 621-23.1, cuando la

duración del contrato es inferior a tres años, o el señalado por el artículo 621-23.2 si es superior»[35].

La segunda diferencia se aprecia en el apartado a), pues, donde el TRLGDCU hace referencia a las *«circunstancias»* del contrato, la norma catalana se refiere al *«tipo y finalidad de los bienes y los elementos digitales».*

En el primero de los supuestos descritos, es decir, aquel en el que en el contrato se prevé un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, la nueva conformidad recaerá sobre cualesquiera actualizaciones «*que el consumidor pueda razonablemente esperar»,* para lo que será preciso tener en cuenta tanto «*el tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales»* adquiridos (criterio objetivo) como «las circunstancias» y «la naturaleza del contrato», siempre que el contrato establezca un único acto de suministro del contenido o servicio digital o —incluso, tratándose del suministro de contenidos y servicios digitales— una serie de actos de suministro separados (criterio subjetivo)[36]. Dicho en otras palabras, la nueva conformidad de los bienes con elementos digitales y de los contenidos o servicios digitales con sus eventuales actualizaciones ha de exigirse por el consumidor en el momento de su entrega/suministro, pero también en un momento posterior —esto es, durante un plazo complementario, atendiendo a un criterio objetivo de conformidad —el tipo y finalidad de los bienes— o a uno subjetivo —las circunstancias y la naturaleza del contrato—[37]. Mas, ¿durante cuánto tiempo? Parece lógico pensar que el plazo de conformidad sobre tales bienes, con sus previsibles actualizaciones, no podrá superar, en todo caso, el plazo legal de garantía. Dicho plazo, en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales, es de tres años contados a partir del momento de la entrega de los mismos; y en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, de dos años. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 120 TRLGDCU, que bajo la rúbrica *«Plazo para la manifestación de la falta de conformidad»,* determina que «*En el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega en el caso de bienes o de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b)».* Tratándose de bienes de segunda mano, empresario y consumidor o usuario pueden pactar un plazo menor, pero en ningún caso inferior a un año desde la entrega. Como puede verse, nuestro legislador estatal ha hecho uso de la facultad que le concedía el artículo 10.3 Directiva (UE) 2019/771 y ha adoptado un plazo más largo del que se fijaba en los apartados 1 y 2 para la compraventa de bienes[38]; no lo ha hecho en el ámbito del sumi-

nistro de contenidos y servicios digitales pues tal posibilidad no aparecía contemplada en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/770.

Idénticos plazos contempla el legislador catalán en los artículos 621-23 y 621-73 CCCat. Las diferencias se centran en la referencia expresa a la completa instalación que realiza el legislador autonómico cuando se refiere a los plazos de conformidad en el caso de los bienes de consumo y al momento en que empieza a computarse el plazo cuando la falta de conformidad deriva de una instalación incorrecta realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales[39]; y en la determinación de que el suministrador responde también cuando la falta de conformidad se debe a que no ha facilitado las actualizaciones correspondientes, cuando regula el plazo de responsabilidad en el suministro de contenidos y servicios digitales y al momento desde el que se computa el plazo en el caso de integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales[40].

Ahora bien, a la vista de las reflexiones del legislador comunitario al final del considerando núm. 31 de la Directiva (UE) 2019/771[41] y al inicio del considerando núm. 47 de la Directiva (UE) 2019/770[42], parece que en algunos casos —ej. cuando se trate de actualizaciones de seguridad o supuestos análogos—, la conformidad podrá exigirse más allá de los tres años de garantía legal que actualmente prevé el TRLGDCU en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales o de los dos años de garantía legal en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales; y ello —insistimos—, al amparo de las expectativas razonables del consumidor, habida cuenta del tipo y finalidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de que se trate (criterio objetivo), o de la naturaleza y circunstancias del contrato (criterio subjetivo).

En el segundo de los supuestos, el suministro se produce de forma continua, cobrando especial relevancia el elemento temporal. El empresario será responsable en este caso de cualquier falta de conformidad sobre los bienes con elementos digitales o sobre los contenidos o servicios digitales que se produzcan o manifiesten en ese período establecido, incluidas las propias actualizaciones. Y este período no es solo el plazo de tres años previstos a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales o dos en el caso del suministro de los contenidos o servicios digitales, sino durante el plazo hipotético superior a esos tres años en que se hubiera pactado un suministro específico dentro del contrato de compraventa o dos, si se trata de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales[43]. Así se infiere, en el ámbito estatal, de lo previsto en el nuevo artículo 120.2 TRLGDCU: *«En el caso de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo de-*

terminado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato»; en el caso de que el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales estableciese *«el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega».* En Cataluña, el artículo 621-23.2 CCCat señala también que *«En el caso de compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un período superior a los tres años, el vendedor responde por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el período»;* nada especifica el precepto catalán, en cambio, sobre el supuesto de que se haya pactado un suministro continuo durante un plazo inferior a tres años; a nuestro modo de ver, la regla a seguir en estos casos debe ser la general —esto es, aplicar un plazo de responsabilidad de tres años—, pues esa es la idea de la norma objeto de trasposición[44]. No se aprecian diferencias en la trasposición de la norma en el marco del suministro de contenidos y servicios digitales (art. 621-74.1 CCCat[45]).

Tratándose del suministro de contenidos y servicios digitales que se suministran a los consumidores de forma continua a lo largo de un período de tiempo, como pone de relieve el considerando núm. 57 de la Directiva (UE) 2019/770, debe tenerse en cuenta que dicho suministro continuo comprende los supuestos en *«que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o un período indefinido, como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido».* Lo que diferencia a esta categoría *«es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido».* Ello justifica que, en tales casos, *«el empresario solo tenga que ser responsable de la falta de conformidad que aparezca durante ese período de tiempo»,* que no necesariamente ha de ser un período de tiempo largo. El legislador comunitario ofrece algunos ejemplos de supuestos en los que cabe hablar de suministro continuo durante un período de tiempo: la retransmisión en línea de un videoclip (y ello con independencia de la duración real que tenga el archivo audiovisual), supuestos en los que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales están disponibles periódicamente o en varias ocasiones durante el período determinado del contrato o durante el tiempo en que el contrato indefinido esté en vigor, si el contrato estipula *«que una copia de un programa (software) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período, o que el empresario facilitará actualizaciones*

cada vez que nuevas características de un juego digital se hagan accesibles, y los contenidos o servicios digitales solo estarán disponibles o accesibles para los consumidores durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido».

Llegados a este punto podemos preguntarnos cuándo se consideran entregados los bienes con elementos digitales y cuándo se entienden suministrados los contenidos o servicios digitales.

A la primera cuestión, responden los considerandos núm. 39 y núm. 40 de la Directiva (UE) 2019/771; de acuerdo con el primero de ellos, se considera que «*los bienes con elementos digitales han sido entregados al consumidor cuando se haya entregado el componente físico de los bienes y además se haya producido el acto único de suministro de los contenidos o servicios digitales o bien haya comenzado el suministro continuo durante un período de tiempo de contenidos o servicios digitales».* Así pues, el vendedor ha de poner a disposición del consumidor los contenidos o servicios digitales, facilitándole el acceso a los mismos por cualquier medio adecuado (ej. un enlace o una opción de descarga) sin que sea necesario que el vendedor realice ninguna otra acción para que el consumidor pueda utilizarlos con arreglo al contrato. En los casos en los que el componente físico haya sido entregado con anterioridad, *«el momento pertinente para establecer la conformidad debe ser aquel en que se suministren los contenidos o servicios digitales».* El legislador comunitario lo justifica diciendo que, de esta forma, «se garantiza la uniformidad del punto de partida del período de responsabilidad correspondiente al componente físico, por una parte, y al elemento digital, por otra»; pero no solo eso; la solución propuesta es la más acertada por cuanto muchas veces *«el consumidor no puede detectar un vicio del componente físico hasta que se le suministren los contenidos o servicios digitales».* Cuando los bienes precisan la instalación por parte del vendedor, nos encontramos con que en no pocas ocasiones el consumidor no puede utilizarlos o detectar un defecto en ellos mientras no se complete la instalación. Por eso, señala el considerando núm. 40 que, *«cuando con arreglo al contrato de compraventa los bienes deban ser instalados por el vendedor o bajo su responsabilidad, debe considerarse que han sido entregados al consumidor en el momento en que se complete la instalación».*

A la segunda, el considerando núm. 41 de la Directiva (UE) 2019/770: tras señalar que existen diversas fórmulas para que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales al consumidor, poniendo los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor o facilitándole el acceso a ellos, afirma que se considera *«que los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles para el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto*

del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato». En algunas ocasiones, la instalación física o virtual depende de un tercero (ej. una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube, que el consumidor elija para recibir o almacenar los contenidos o servicios digitales), siendo suficiente que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales a dicho tercero; en cambio, cuando la instalación física o virtual se encuentra sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o el consumidor haya seleccionado dicha instalación física o virtual para recibir los contenidos o servicios digitales siendo esa la única opción ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital, no podrá considerarse que el consumidor ha elegido la instalación física o virtual y no se considerará cumplida la obligación del empresario de suministrar el contenido digital o el servicio digital *«si el contenido digital o el servicio digital se suministra a la instalación física o virtual, pero el consumidor no puede recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital de conformidad con la presente Directiva»;* procederán, por tanto, las mismas medidas correctoras que si el empresario no hubiera suministrado el contenido digital o el servicio digital. Por lo que se refiere al momento del suministro, atendiendo a las prácticas del mercado y las posibilidades técnicas, y a fin de proporcionar cierto grado de flexibilidad, el legislador comunitario entiende que *«los contenidos o servicios digitales deben suministrarse sin demora indebida, salvo que las partes lo acuerden de otro modo para tener en cuenta otros modelos de suministro».* En esta línea discurren el artículo 66 bis 1 TRLGDCU[46] y el artículo 621-69 CCCat[47].

b) ¿Qué sucede si el consumidor no instala las actualizaciones?

Los considerandos núm. 30 de la Directiva (UE) 2019/771 y núm. 47 de la Directiva (UE) 2019/770 son claros a este respecto. El consumidor debe seguir siendo libre de elegir si instala las actualizaciones facilitadas o no. Eso sí, si no las instala, no debe esperar que los bienes con elementos digitales o que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. En este sentido, ambas disposiciones insisten en la necesidad de que el vendedor, en el primer caso, y el empresario, en el segundo, debe informar al consumidor de que la decisión de este último de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales, en el primer caso, y de los contenidos y servicios digitales, en el segundo, incluidas las actualizaciones de seguridad, repercutirá en la responsabilidad del vendedor o del empresario por la conformidad de aquellas características de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios

digitales cuya conformidad deben mantener las correspondientes actualizaciones. Sobre esta base, el nuevo artículo 115 ter 3 TRLGDCU determina: *«En caso de que el consumidor o usuario no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

a) El empresario hubiese informado al consumidor o usuario acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación; y

b) El hecho de que el consumidor o usuario no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas».

Términos similares emplea el legislador catalán en el artículo 621-21.2 CCCat, si bien se refiere únicamente a la compraventa: «*Si el comprador no instala en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de acuerdo con lo que establece el artículo 621-20.6, el vendedor no es responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la falta de actualización siempre que:*

a) Hubiera informado al comprador de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de no instalarla;

b) El hecho de que la falta de instalación o la instalación incorrecta no obedezca a las deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al comprador».

El legislador catalán parece haber olvidado incorporar esta regla en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales; no hay siquiera, a estos efectos, una remisión al referido artículo 621-21.2 CCCat.

c) Incidencia de las actualizaciones en la durabilidad de los bienes

Sin lugar a dudas, el tema de las actualizaciones conecta con otra noción en la que inciden ambas Directivas comunitarias: la durabilidad[48]. Como se pone de relieve en el considerando núm. 32 de la Directiva (UE) 2019/771: «*Garantizar una mayor durabilidad de los bienes es importante para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular».* Esencial es también mantener los productos no conformes fuera del mercado de la Unión reforzando la vigilancia del mercado y ofreciendo incentivos adecuados a los operadores económicos para aumentar la confianza en el funcionamiento del

mercado interior. De ahí que se introduzcan en la normativa comunitaria los requisitos de durabilidad y otros requisitos relativos a los productos en relación con tipos o grupos específicos de productos, utilizando criterios adaptados a esa finalidad. Tras justificar la inclusión de la durabilidad en la referida Directiva como criterio objetivo para la evaluación de la conformidad de los bienes, afirma que *«la durabilidad debe referirse a la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización. Para que los bienes sean conformes deben poseer la durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos, incluida la posible necesidad de un mantenimiento razonable de los bienes, como la revisión periódica o el cambio de los filtros de un vehículo, y de cualquier declaración realizada por cualquier persona que constituya una fase en la cadena de transacciones, o por cuenta de ella. La evaluación debe tener en cuenta asimismo todas las demás circunstancias pertinentes, como el precio de los bienes y la intensidad o frecuencia del uso que el consumidor haga de estos».* Ahora bien, aunque el legislador comunitario incluya la durabilidad en los criterios objetivos, ello no significa que no pueda ser parte de los subjetivos. Y es que, como termina diciendo el legislador en el referido considerando, *«en la medida en que la información específica sobre la durabilidad se indique en cualquier declaración precontractual que forme parte de los contratos de compraventa, el consumidor debe poder confiar en ella como parte de los criterios subjetivos de conformidad»*[49].

Idéntica es la situación que encontramos en nuestro ordenamiento interno. El legislador español menciona la durabilidad en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2021 como posible criterio de conformidad subjetivo, pero no lo refleja en el artículo 115 bis TRLGDCU, precepto que tampoco contempla referencia alguna al tiempo. Al igual que en la Directiva, —como pone de relieve BARBER CÁRCAMO— «la expresa referencia a la durabilidad solo aparece entre los requisitos objetivos de conformidad, que la nueva norma explicita habrán de cumplirse "todos" y "además" de los subjetivos». Ligando la durabilidad a la razonablemente esperable de bienes del mismo tipo, *«dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacción, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado»,* el artículo 115ter 1.d) TRLGDCU reproduce el tenor del artículo 7.1 d) de la Directiva (UE) 2019/771. El concepto de durabilidad queda pues «como un concepto jurídico indeterminado, dependiente de un juicio de razonabilidad sobre lo esperable, a partir de un dato objetivo como es la naturaleza de los bienes, y otro subjetivo como son las declaraciones públicas hechas por cualquiera que haya intervenido en la cadena de transacción»[50].

No se advierten grandes cambios, a estos efectos, en la regulación catalana; según el artículo 621-20.2 CCCat, *«La conformidad exige, además del cumplimiento de los requisitos establecidos por el apartado 1 y salvo que se haya pactado lo contrario o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea aplicable, que el bien: (…) b) Se entregue en la cantidad y presente las cualidades y otras características, particularmente en cuanto a la durabilidad, funcionalidad, interoperabilidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el comprador puede razonablemente esperar, vista la naturaleza del bien y las declaraciones públicas hechas por el vendedor o por terceros de acuerdo con lo que establece el artículo 621-25».*

3. Servir al fin específico para el que los necesita el consumidor siempre que el empresario haya aceptado que el bien o el contenido o servicio digital sirve para tal fin

El requisito expresado en el artículo 115 bis b) TRLGDCU —el relativo a que el bien o el contenido o servicio digital ha de servir para el fin específico para el que los necesita el consumidor, siempre que el empresario haya aceptado que el bien o el contenido o servicio sirve para dicho fin—, por su parte, ha sido dotado de una nueva redacción, pero, salvo porque ahora se predica también del suministro de contenidos y servicios digitales, su alcance es el mismo que el de su predecesor —el artículo 116.1c) TRLGDCU—[51]. Algo parecido sucede con el artículo 621-20.5 CCCat[52], respecto del anterior artículo 621-20.3. Estamos, pues, ante declaraciones realizadas por las partes en relación con las cualidades del bien que no se han plasmado en el contrato[53]. Dice el precepto que el vendedor debe haber aceptado que el bien sirve para el fin específico requerido por el consumidor, pero en ningún momento dice que esa aceptación deba revestir una forma concreta[54] y ello —como ya pusiera de relieve LASHERAS ROMERO en relación con la Directiva de 1999 y el TRLGDCU— dificulta la prueba: difícilmente podrá el comprador probar que el vendedor había aceptado que el bien servía para el fin que él quería darle si no media una declaración/aceptación escrita[55]. Y, si no puede demostrar la existencia de ese pacto, si no puede acreditar que requirió el bien, contenido o servicio digital para un fin concreto y que el empresario aceptó, resultará aplicable el criterio de carácter objetivo que se recoge, en el ámbito estatal, en el artículo 115ter 1.a) TRLGDCU —según el cual, los bienes y los contenidos o servicios digitales serán conformes si son *«aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica*

existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector»—, y en Cataluña, en el artículo 621-20.2b) CC-Cat —según el cual *«La conformidad exige, salvo que se haya pactado otra cosa o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea de aplicación, que el bien (…) sea idóneo para el uso habitual a que se destinan los bienes del mismo tipo»—.* No en vano, un uso especial es precisamente el que se aparta del habitual o normal, y es perfectamente posible que un bien o un contenido o servicio digital no responda a los requerimientos específicos del adquirente, pero resulte perfectamente útil para un uso normal[56].

Desde la doctrina se viene resaltando que no es habitual encontrar este tipo de pactos en la práctica; el ámbito en el que es más fácil que se incorporen es el de los contratos de obra mueble —esto es, aquellos en los que se encarga la fabricación de un producto—[57]; en estos contratos —afirma CASTILLLA BAREA— las especificaciones del comprador sobre las características y destino extraordinario que quiera dar al bien son prácticamente imprescindibles a fin de que la cosa se fabrique y provea a su contento[58].

4. ¿Posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos de conformidad?

Hablando de la conformidad subjetiva, no podemos dejar de preguntarnos si nuestro consumidor puede apartarse de los requisitos objetivos contemplados en la norma.

Los considerandos núm. 29 de la Directiva (UE) 2019/771 y núm. 45 de la Directiva (UE) 2019/770 parten de la idea de que han de cumplirse tanto los requisitos subjetivos como los requisitos objetivos de conformidad:

- Considerando núm. 29 Directiva (UE) 2019/771: «*Para ser conformes, los bienes deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».*
- Considerando núm. 45 Directiva (UE) 2019/770; *«Para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo en aquellos casos en que el contrato establezca cláusulas muy poco estrictas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva (…)».*

Mas, si avanzamos un poco en la lectura de ambos instrumentos, comprobamos que el legislador comunitario apuesta claramente por la posibi-

lidad de que las partes se aparten de los requisitos objetivos establecidos en materia de conformidad. Tal posibilidad queda explicitada tanto en el considerando núm. 36 de la Directiva (UE) 2019/771: *«Con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad de las normas, por ejemplo en relación con la compraventa de bienes de segunda mano, las partes deben tener la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad establecidos en la presente Directiva. Tal divergencia con dichos requisitos solo debe ser posible si el consumidor ha sido específicamente informado al respecto y lo acepta por separado de otras declaraciones o acuerdos y con un comportamiento activo e inequívoco»,* como el considerando núm. 49 de la Directiva (UE) 2019/770: «*Con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad, las partes deben tener la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad. Tal divergencia con dichos requisitos solo debe ser posible si el consumidor ha sido específicamente informado al respecto y lo acepta por separado de otras declaraciones o acuerdos y con un comportamiento activo e inequívoco. Ambas condiciones podrían cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar».*

En las normas de trasposición, el artículo 621-20.2 CCCat es muy claro a este respecto al comenzar diciendo: *«La conformidad exige, además del cumplimiento de los requisitos establecidos por el apartado 1 y salvo que se haya pactado lo contrario o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea aplicable (…)»*[59]. El TRLGDCU se mantiene fiel a las Directivas, pero se limita simplemente a admitir tal divergencia mediante la aceptación por el consumidor previa información del empresario; lo que puntualiza el artículo 115 ter 5 TRLGDCU es que *«No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia»*[60]. Tal puntualización está también presente en el artículo 621-20.4 CCCat: *«En la compraventa de consumo no hay falta de conformidad, en relación con los requisitos que establece el apartado 2, cuando el vendedor ha informado específicamente, antes de la conclusión del contrato, que una determinada característica del bien se aparta de aquellos requisitos y el comprador ha aceptado la divergencia, de forma expresa y por separado, en el momento de la conclusión del contrato»*[61].

Tal regla, sin lugar a dudas, —como apunta CÁMARA LAPUENTE— a la postre menoscaba o puede diluir el carácter objetivo de los parámetros previstos en el artículo 115 ter TRLGDCU; aunque se enuncia como excepción, podría llegar a convertirse *de facto* en regla. Todo depende de la futura

praxis contractual en el mercado. Más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, las Directivas y la transposición efectuada por los legisladores estatal y catalán «potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario y la configuración de una suerte de consentimiento reforzado («expreso y por separado», a imagen y semejanza del consentimiento «granular» y más protegido que se exige para autorizar lícitamente el tratamiento de datos personales del artículo 7.3 RGPD (…) para estos supuestos. Y de nuevo cabe entrever aquí el futuro papel del control de transparencia frente a las cláusulas predispuestas que delimitan los elementos esenciales de estos contratos *ex* artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (…) sobre cláusulas abusivas»[62].

5. El incumplimiento de los requisitos establecidos en el RGPD como falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos de conformidad

El considerando núm. 48 de la Directiva (UE) 2019/770, partiendo de la necesidad de aplicar el RGPD en relación con los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, señala que *«Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».* El legislador comunitario recurre a los siguientes ejemplos: 1) supuesto en que un empresario asume expresamente una obligación en el contrato, o el contrato puede interpretarse en ese sentido, lo cual está también relacionado con las obligaciones del empresario en virtud del Reglamento (UE) 2016/679; tal compromiso contractual puede formar parte, perfectamente, de los requisitos subjetivos de conformidad; 2) supuesto en que el incumplimiento de las obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 puede tener como consecuencia al mismo tiempo que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines previstos y, por tanto, constituyan una falta de conformidad con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales sean aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo [ej. un empresario de un programa (software) de cifrado de datos no aplica las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados; en este caso, el programa (software)

de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, cual es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto]; 3) supuestos en los que el incumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 puede constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales posean las características que son las normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar [ej. el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor, quedando expuestos, en consecuencia, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor a programas maliciosos o programas espía; esta omisión puede constituir también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales pues el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos]. Así pues, *«cuando los hechos que den lugar a un incumplimiento de los requisitos del Reglamento (UE) 2016/679 constituyan también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, a menos que el contrato ya sea nulo o anulable en virtud del Derecho nacional».*

La aplicabilidad de la normativa de protección de datos en el marco de las garantías en la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales se expresa, en el ámbito estatal, en el artículo 114.1, párrafo 2.º, TRLGDCU, incidiendo en su carácter prevalente[63]; en Cataluña, encontramos menciones puntuales al Reglamento (UE) 2016/679 en los artículos 621-77.2 y 621-78 CCCat, al hilo de la regulación de la resolución del contrato y de la revocación del consentimiento por parte del adquirente de los contenidos o servicios digitales, pero falta una referencia de carácter general en la que enmarcar las faltas de conformidad derivadas del incumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

III. PRIMACÍA DE LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD

Hace unos años, a la vista del anteproyecto del Libro VI del CCCat, MARCO MOLINA se preguntaba si había una jerarquía entre los criterios de conformidad; en otras palabras, se preguntaba si la falta de conformidad subjetiva —la ineptitud del bien entregado para el propósito individual del

comprador constituía *per se* un «incumplimiento esencial» que facultaba al comprador para instar la resolución del contrato o, si, teniendo carácter prioritario el criterio objetivo de conformidad, ese bien podía seguir siendo considerado conforme (o no esencialmente disconforme) con el contrato celebrado[64]. ARROYO SAN JOSÉ, por su parte, no dudaba al afirmar que la autonomía negocial se configuraba como el criterio de conformidad preferente[65]. Analizando el TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ manifestaba que el primer elemento al que había que atender para juzgar la conformidad del bien es el contenido del contrato, las cláusulas contractuales en que se definen las características, calidad, utilidades o prestaciones que ha de tener el bien vendido; a renglón seguido reconocía, no obstante, que no es frecuente encontrar este tipo de pactos en las ventas de bienes de consumo, pues «se trata de bienes producidos en masa y con prestaciones similares en todos ellos»[66].

Con la reformulación de criterios subjetivos y objetivos que ha hecho el legislador tras la reforma que nos ocupa, considero que priman claramente los requisitos subjetivos; de hecho, como hemos visto, la propia voluntad de las partes les permite apartarse de esos requisitos objetivos; la clave, en todo caso, es la prueba; quien alegue la existencia de un pacto, tendrá que probarlo (si es el consumidor, sobre él recae la carga de la prueba del pacto alegado)[67]. A modo de ilustración, aunque apenas hay sentencias en nuestra jurisprudencia sobre esta materia, recordemos cuatro supuestos que se han planteado ante nuestros tribunales:

- La SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 284264) se refiere a un supuesto en que se había celebrado un contrato complejo (no se trataba de una simple compraventa del material didáctico para realizar un curso de alemán por correspondencia a cambio de un precio cierto, sino que incorporaba también una prestación de servicios, por cuanto el adquirente del material es calificado como alumno —no como comprador— y en la relación de derechos y deberes del alumno que figura en el reverso del contrato, se reconoce al mismo el derecho a la corrección de los ejercicios escritos y orales en cassettes grabados por el alumno correspondientes al curso y a recibir la necesaria orientación en el transcurso de sus estudios, durante un período de 24 meses) y había quedado acreditado que el propósito individual del adquirente (consumidor) —manifestado al vendedor al contratar— era alcanzar en el plazo de dos años un nivel básico de ese idioma, a fin de mejorar sus perspectivas laborales. El material suministrado por la academia de idiomas para el curso —tanto el escrito como el audiovisual—, sin embargo, contenía errores de tal calibre (importantes discordancias entre el material escrito y el audiovisual

debidas a una confección precipitada del material suministrado) que ni todo el asesoramiento técnico prestado por el vendedor al comprador tanto al tiempo de la celebración del contrato como durante el período de ejecución del mismo podían restaurar al comprador la confianza y la tranquilidad necesarias para aprender un idioma[68].

- La SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 18 de diciembre de 2007 *(AC* 2008, 334) resuelve un supuesto en el que se había vendido un vehículo de segunda mano. En el documento contractual escrito se había hecho constar expresamente que el estado en que se encontraba el vehículo objeto del contrato era «bueno»; sin embargo, en los 11 días siguientes a la entrega, el vehículo sufrió tres averías importantes. Reconociendo que en el contrato no se detallaba —y menos de forma exhaustiva— el concreto estado y condiciones del vehículo, el tribunal sostiene que, aunque tuviera 211.000 kilómetros y una antigüedad de nueve años, la cláusula explícita relativa al «buen estado» del vehículo permite considerar que su estado era correcto y adecuado y que reunía las debidas condiciones para la circulación; dicha cláusula —dice el tribunal— hace creer al comprador que el vehículo había sido previamente revisado (y en su caso, reparado). Por eso, estima la pretensión del actor: procede la resolución del contrato y una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.
- La SAP de Granada (Sección 3.ª) de 10 junio de 2011 *(JUR* 2011, 332736) versa sobre la compraventa de un vehículo retroexcavadora de segunda mano que resulta inhábil para el fin para el que fue adquirido; no se indica en la sentencia si el comprador había especificado un fin o si se trata del uso normal de este tipo de bienes. El vendedor recurrente sostenía que el comprador conocía las características del vehículo y el estado de conservación que mantenía, así como la necesidad de asumir determinadas reparaciones que motivaron el acuerdo en el menor precio pagado por su compra. Según la AP, la necesidad de pequeñas reparaciones no afecta al debido cumplimiento de su obligación de entrega por parte del vendedor; ahora bien, eso no significa que sea aplicable a estas ventas «la doctrina jurisprudencial que entiende incumplida la obligación de entrega que compete al vendedor, con las consecuencias previstas en el artículo 1.124 Código Civil, cuando la cosa vendida, aún usada, adolece de tales defectos que la hacen inidónea para satisfacer el interés del comprador (STS de 7 de abril de 1993, SAP de Navarra de 14 de enero de 1999, SAP de Murcia de 18 de octubre de 1995, SAP de Alicante de 12 de abril de 2000 y SAP de León de 6 de julio de 1999). Y en el mismo sentido, y entre las más recientes, se pronuncian, en términos similares, la SAP de Lleida (Sección 2.ª) de 22 de marzo de 2007 —sobre vehículo con múltiples

y fuertes averías—, o la SAP de Castellón (Sección 1.ª) de 5 de enero de 2009, que a su vez cita, entre otras, la SAP de Madrid (Sección 9.ª) de 18 de mayo de 2007, en la que a propósito, ambas, de tratarse de un vehículo con un número de kilómetros superior a los que delata el contador, creando de ese modo en el comprador la apariencia falsa de adquirir un vehículo menos usado de lo que verdaderamente lo fue y con una esperanza de utilidad futura sin averías causadas por desgaste de piezas mayor de la real, declara también la resolución contractual desde la teoría de la entrega de cosa distinta a la pactada («*aliud pro alio*»)». La normativa aplicable es, no obstante, la normativa de consumo. La prueba revela que la retroexcavadora no satisface ninguna de las características expresadas en el, en aquel momento, vigente artículo 116 TRLGDCU, y frente a la presunción de contrato idóneamente cumplido (art. 116), la sola existencia de defectos preexistentes a la venta determina, conforme al artículo 123, que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo pactado desde la entrega, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega y que, salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad. Según el tribunal, en el caso, ni se ha probado la condición del comprador de experto en mecánica de este tipo de vehículos —el actor es camionero— ni la causa de resolución obedece a todas esas imperfecciones conocidas sino a otras muchas y más graves que determinaron que el vehículo no llegara a funcionar, salvo que se acometiera una reparación muy superior al precio de adquisición. No procediendo pues ni la reparación ni la sustitución, la AP entiende que procede la resolución del contrato acompañada del reembolso de la cantidad satisfecha en reparaciones a modo de indemnización.

- La SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 4 de noviembre de 2021 *(JUR* 2022, 38466) que conoce de un supuesto en que se había celebrado un contrato de compraventa de una embarcación con un peso ofertado determinado de 4700 kg —que era el peso con el que se publicitaba— que no correspondía con el peso de la embarcación finalmente entregada, la cual pesaba unos 400 kg más; el pago se realizó por el intermediario a sabiendas tanto del fabricante como del intermediario en la compraventa de que el peso no se ajustaba a lo convenido; consta el intercambio de correos electrónicos entre el comprador, el intermediario y el fabricante en los que se reflejan las quejas al respecto del comprador, pero finalmente, conociendo el

desajuste en el peso de la embarcación, la recibe y no manifiesta su falta de conformidad hasta dos meses después. Instada la resolución del contrato por parte del comprador basada en un incumplimiento grave y relevante de la obligación del vendedor, de acuerdo con los artículo 118 y 121 TRLGDCU, en relación con el artículo 1124 del Código Civil, el tribunal entiende que no procede estimar el recurso interpuesto por el comprador pues no se ha probado que el objeto del contrato fuera la compra de una embarcación apta para participar en regatas *«up and down»*, regatas barlovento/sotavento, profesionales, o de alto rendimiento, por lo que la entrega ha sido conforme con lo pactado en el contrato[69]; sí ha quedado acreditado, en cambio, que la embarcación es perfectamente útil para participar en regatas a nivel amateur, y que hasta la fecha la embarcación adquirida por el demandante ha sido utilizada conforme a su destino, por lo que no procede la resolución que se pretendía con la demanda. Pero… ¿y si se hubiera acreditado que efectivamente el comprador quería la embarcación para participar en regatas profesionales? Según el nuevo artículo 119 e) TRLGDCU y el artículo 621-40c), si la falta de conformidad es de tal gravedad que justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato, se podría instar directamente los remedios que, hasta ahora, hemos considerado de segundo grado: rebaja del precio o resolución del contrato.

IV. MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES PARA MANTENER LA CONFORMIDAD

Refiriéndose a los supuestos en los que se haya establecido en el contrato que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por parte del consumidor o usuario, ha de garantizarse durante un período de tiempo, el artículo 126 TRLGDCU faculta al empresario para modificar los contenidos o servicios digitales *«más allá de lo necesario para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales»* en relación con los requisitos subjetivos y objetivos que se expresan en los artículos 115bis y 115 ter del referido texto legal. Parece, por tanto, que no tendrá dicha facultad cuando los contenidos o servicios digitales se hayan suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales[70].

Para que el empresario pueda llevar a cabo dicha modificación, es necesario que se cumplan, de forma cumulativa, los requisitos que siguen:

a) que el contrato permita tal modificación y proporcione una razón válida para realizarla.

b) que la modificación no suponga coste adicional alguno para el consumidor o usuario.

c) que el consumidor o usuario sea informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación.

d) que, en caso de que el consumidor o usuario tenga derecho a resolver el contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 bis, se informe al consumidor o usuario, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación con arreglo al apartado 4 de dicho artículo[71].

A nuestro modo de ver, el requisito exigido en cuarto lugar no puede desvincularse de los anteriores, de tal forma que solo resulte aplicable cuando el consumidor tenga derecho a resolver el contrato; lo que a nuestro juicio debería exigir el precepto es que se informe al consumidor o usuario de forma clara y comprensible, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y, en su caso, de su derecho a resolver el contrato (con indicación de los requisitos correspondientes) o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación. Esto es precisamente lo que hace el legislador catalán, al establecer en el artículo 621-70.1 CCCat, que: *«Si el contrato establece que el suministro de los contenidos o servicios digitales o su acceso por parte del adquirente se tiene que garantizar durante un período de tiempo determinado*[72]*, el suministrador los puede modificar, a pesar de no ser necesario para mantener la conformidad, si se cumplen los requisitos siguientes:*

a) El contrato ha previsto la posibilidad de realizar esta modificación y expresa las causas justificadas que la permiten.

b) La modificación se realiza sin costes adicionales para el adquirente.

c) El adquirente ha sido informado de forma clara, comprensible y con una antelación razonable sobre las características y el momento de la modificación, así como de la posibilidad de mantener los contenidos o los servicios digitales sin esta modificación y de la facultad de resolver el contrato en el caso establecido por el apartado 2 de este artículo».

Como vemos, es el empresario el que decide cuándo y cómo modifica los contenidos o servicios digitales, mas… ¿hasta dónde puede modificarlos? En este punto, ambos preceptos son ciertamente indeterminados: *«más allá de lo necesario para mantener la conformidad»* —dice textualmente el artículo 126 TRLGDCU— y, *«a pesar de no ser necesario para mantener la conformidad»* —puntualiza el artículo 621-70.1 CCCat—. Desde la doctrina, prestando

atención a la trasposición efectuada a través de la reforma del TRLGDCU, se ha señalado que no parece que el empresario tenga una potestad ilimitada para modificar los contenidos o servicios digitales, máxime, si tenemos en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, los contratos que firman los consumidores y usuarios son contratos de adhesión. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, FERRER GUARDIOLA, quien considera que esta facultad del empresario «encuentra el límite inmediato en el contenido del contrato y en los requisitos subjetivos y objetivos en él recogidos»; por el motivo que sea, el empresario advierte que se va a producir «una variación en relación con los requisitos subjetivos y objetivos que sirvieron de presupuesto para que el consumidor decidiera contratar el suministro de unos determinados contenidos o servicios digitales y, ante tal variación, antes de que los requisitos decaigan, decide modificar los contenidos o servicios digitales para dar cumplimiento a los intereses del consumidor»; dicho en otras palabras, la facultad de modificación de los contenidos o servicios digitales que el artículo 126 TRLGDC confiere al empresario debe entenderse referida al mantenimiento de los términos iniciales del contrato ante cualquier eventual variación de los requisitos subjetivos u objetivos[73]. Por nuestra parte, a la vista de la amplitud con que en ambos preceptos (el estatal y el catalán) se faculta al empresario para modificar los contenidos (más allá de lo que sea necesario/aunque no sea necesario para mantener la conformidad), creemos que el límite debería buscarse en el juego de los artículos 126 bis TRLGDCU y 621-70.2 y 3 CCCat; es decir, a nuestro juicio, habría que diferenciar modificaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales y modificaciones innecesarias a tal fin, y entender que el empresario puede modificarlos con absoluta libertad si es necesario para mantener la conformidad, aunque ello suponga que el consumidor o usuario no pueda ya acceder a o utilizar esos contenidos y pueda instar la resolución del contrato; en cambio, cuando la modificación no sea necesaria para mantener la conformidad, deberá facilitar el mantenimiento, sin costes adicionales, de los contenidos o servicios sin la modificación, pues estos seguirían siendo conformes con el contrato.

V. UNA CUESTIÓN NUEVA: VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR EN LA CAPACIDAD DEL EMPRESARIO DE PONER EN CONFORMIDAD EL BIEN

Aunque con la nueva regulación se facilita el acceso a los remedios de segundo grado, lo cierto es que no ha terminado con el debate en torno a los intentos de puesta en conformidad por parte del empresario que debe soportar el consumidor.

Los artículos 13.4.b) de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4c) de la Directiva (UE) 2019/770 dicen claramente que el consumidor podrá acogerse a los remedios del segundo nivel si subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor/empresario de poner los bienes/los contenidos o servicios digitales en conformidad. El considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771[74], tras indicar que deben valorarse objetivamente todas las circunstancias concurrentes, por su parte, introduce un elemento subjetivo que depende exclusivamente del consumidor y que —como señala IZQUIERDO GRAU— debe tenerse muy presente para valorar si está obligado a soportar nuevos intentos para subsanar la conformidad: su confianza en el vendedor[75]. Y algo parecido sucede con el considerando núm. 65 de la Directiva (UE) 2019/770, cuando señala que, en determinas situaciones, como por ejemplo «cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad», está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente[76].

Pues bien, según el considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771, tratándose de bienes caros o complejos, la apreciación de una falta de conformidad podría justificar que el consumidor permita al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad; tratándose de bienes de escaso valor, en cambio, ulteriores intentos de reparación podrían causar mayores inconvenientes al consumidor. Mas, aunque objetivamente sea razonable permitir al vendedor subsanar la falta de conformidad, lo cierto es que la confianza del consumidor en el vendedor constituye un elemento que puede ser determinante para que aquel se pueda acoger a los remedios del segundo nivel, algo que habrá de determinar caso por caso a la vista de todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad. Se incorpora así un elemento de carácter subjetivo para conseguir la efectiva protección del consumidor cuando se ha apreciado una nueva falta de conformidad.

Pero, es que es posible que la falta de conformidad sea la misma que comunicó el consumidor cuando se percató de ella; es decir, es posible que la reparación efectuada por el vendedor no haya servido para poner en conformidad el bien, apreciándose —si no el mismo defecto— otro estrechamente conectado con él. El considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771 alude expresamente a este supuesto cuando habla de un mismo problema que se presenta dos veces. ¿Cabe esperar, en estos supuestos, que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad del bien? Parece que no y que la opción de acudir a los remedios del segundo nivel estaría justificada. Ahora bien, en los casos en los que la nueva falta de conformidad no presente ninguna relación con

la anterior y, por tanto, el consumidor no tenga por qué desconfiar objetivamente de la capacidad del vendedor de subsanar el defecto, el ejercicio de un remedio del segundo nivel podría ser más gravoso e injusto para el vendedor[77].

¿Y si no se trata del mismo problema, pero es un problema grave o un problema que impide hacer un uso normal del bien? También en estos casos es probable que el consumidor no pueda mantener la confianza en la capacidad del vendedor de poner en conformidad el bien; sin embargo, la necesidad de que se trate de un problema grave o que impida hacer un uso normal del bien, hace pensar que la pérdida de confianza en el vendedor en estos casos debe valorarse de forma restrictiva.

Tales previsiones contribuyen a reforzar la posición del consumidor en detrimento del vendedor, que ha incumplido en más de una ocasión su obligación de entregar un bien conforme con el contrato[78].

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA

A la vista de los problemas de prueba que pueden suscitarse, conviene finalizar este trabajo haciendo referencia a la carga de la prueba, pues también, en este ámbito, encontramos algunos cambios.

Las Directivas (UE) 2019/771 y 2019/770 atribuyen la carga de la prueba al empresario; el consumidor tiene que demostrar que el bien no es conforme o, en su caso, que se ha incorporado algún pacto específico en el contrato, pero no está obligado a demostrar que la falta de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales existía ya en el momento pertinente para establecer la conformidad. Ante una eventual reclamación del consumidor, es el vendedor/empresario el que tendrá que demostrar que la falta de conformidad no existía en aquel momento[79].

Veamos cómo se articula esta presunción en nuestro ordenamiento tras la trasposición de las precitadas Directivas en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos:

1. Contrato de compraventa de bienes (incluidos, los bienes con elementos digitales)

El artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/771, al regular la Carga de la prueba, presume que cualquier falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de la entrega de los bienes, existía ya al tiempo de la entrega de los bienes, salvo que se demuestre lo contrario o que dicha presunción resulte incompatible con la naturaleza de los bienes

o con la índole de la falta de conformidad[80], y aclara que dicha presunción resulta aplicable también a los bienes con elementos digitales. Aunque como venimos diciendo es una Directiva de armonización plena, en este ámbito, ofrece cierto margen de maniobra a los Estados miembros permitiéndoles mantener o introducir un plazo de dos años (en vez de uno) a partir de la fecha de entrega de los bienes.

Pues bien, haciendo uso de la facultad conferida por el legislador comunitario, el legislador español —tanto el estatal como el catalán— han ampliado al máximo el plazo de la presunción del carácter originario de la falta de conformidad. Conforme al nuevo artículo 121.1 TRLGDCU, producida la falta de conformidad en los dos años siguientes a contar desde la entrega del bien[81], se presume que existía ya al tiempo en que se entregó el bien, salvo que dicha presunción resulte incompatible con la naturaleza del bien o la índole *(«tipo»* —dice el precepto catalán) de la falta de conformidad. Se trata de una presunción *iuris tantum.* Hermana es la previsión del artículo 621-24.1 CCCat, si bien el precepto catalán no alude únicamente a la entrega del bien como momento de inicio del cómputo sino también a la instalación, precisando que, en el caso contemplado en el artículo 621-21.1b) —esto es, supuesto en que la falta de conformidad deriva de una instalación incorrecta que fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales— ese plazo de dos años se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación.

También se aprecian diferencias en nuestra normativa interna en torno al trato dispensado a los bienes de segunda mano; con relación a este tipo de bienes, el artículo 121.1, párrafo 2.º, TRLGDCU determina que el empresario y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo de presunción menor al de dos años que acabamos de indicar, si bien, en ningún caso, podrá ser inferior al período de responsabilidad pactado por la falta de conformidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.1 TRLGDCU; esto es, en ningún caso podrá ser inferior a un año; dicho con otras palabras, el plazo mínimo de garantía en estos casos (recuérdese que puede pactarse uno mayor) coincide con el plazo de presunción sobre la preexistencia de la falta de conformidad. Tal circunstancia ha suscitado algunas críticas en la doctrina; así, por ej. CASTILLA BAREA considera que no tiene sentido, pues la norma no obliga a presumir el carácter originario de los defectos durante todo el tiempo de la garantía en el caso de los bienes nuevos; en su opinión, lo que quería decir el legislador, en realidad, es «que el plazo de presunción del carácter originario de los defectos en los bienes de segunda mano no podía ser inferior a un año, aunque el plazo de duración estipulado para la manifestación de los defectos en esos mismos bienes sea mayor», por lo que propone una corrección de la actual redacción[82]. La realidad es

que el legislador estatal se ha limitado a recoger algo que le permite el artículo 10.6 Directiva (UE) 2019/771, precepto que faculta expresamente a los Estados miembros para *«disponer que, en el caso de los bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor puedan convenir términos contractuales o pactos con un período de responsabilidad o plazo de prescripción más breve que los previstos en los apartados 1, 2 y 5, siempre que ese período o plazo más breve no sea inferior a un año».* El legislador catalán, en cambio, ha optado por no admitir pacto alguno a efectos del juego de esta presunción cuando nos encontramos ante bienes de segunda mano; determina que, aunque se haya pactado una reducción del plazo de garantía (del plazo de responsabilidad del vendedor), el plazo de la presunción será siempre de un año (art. 321-24.3 CCCat).

Por lo que se refiere a los bienes con elementos digitales, habiéndose pactado el suministro continuo durante un período de tiempo determinado, el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/771 determina que la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 10.2 recaerá en el vendedor cuando la falta de conformidad se manifieste en el período señalado en dicho artículo (es decir, dos años, salvo que el contrato estableciera el suministro continuo durante más de dos años, en cuyo caso el vendedor sería responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produjera o se manifestase dentro del plazo durante el cual debían suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa). Respetando lo previsto en la Directiva y siendo coherente con la ampliación del plazo de garantía en la compraventa de bienes, el nuevo artículo 121.2 TRLGDCU atribuye la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 120.2 (esto es, el plazo durante el cual deben suministrarse, teniendo en cuenta que si es inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a contar desde el momento de la entrega)[83] al empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo (art. 121.2 TRLGDCU). Aunque difiere la redacción, el planteamiento del artículo 621-24.2 CCCat es similar; según este precepto, *«En la compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado, la presunción de falta de conformidad de los elementos digitales se extiende a todo el período señalado por el artículo 621-23»;* este último artículo contempla un plazo de responsabilidad de tres años cuando habla de la compraventa de bienes con carácter general —que entendemos aplicable también a la compraventa de bienes con elementos digitales cuando la duración del suministro es inferior a tres años—, pero puntualiza que, si la duración del suministro superara los tres años, el vendedor responderá por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el período. Como

puede verse, tanto el legislador estatal como el catalán, bajo el paraguas del artículo 10.3 de la Directiva (UE) 2019/771, han fijado un plazo más largo: tres años, en vez de dos.

2. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales

El artículo 12, párrafo 1.º, de la Directiva (UE) 2019/770 es claro al atribuir al empresario la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales se suministraron de conformidad con el artículo 5. Los plazos en que opera la presunción, sin embargo, varían en función de que el suministro se realice en un único acto o en una serie de actos individuales o se efectúe de forma continuada durante un período de tiempo.

A) Suministro en un único acto o en una serie de actos individuales

Conforme al nuevo artículo 121.1 TRLGDCU —fiel al artículo 12, párrafo 2.º, de la Directiva (UE) 2019/770[84]—, producida la falta de conformidad en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, se presume que existía ya al tiempo en que se suministró el contenido o servicio digital. Al igual que en el caso de la compraventa de bienes, estamos ante una presunción *iuris tamtum.* Idéntico plazo se fija en el artículo 621-73.3 CCCat[85].

B) Suministro continuado

En el caso de los contenidos o servicios digitales, habiéndose pactado el suministro continuo durante un período de tiempo determinado, siguiendo escrupulosamente lo previsto en el artículo 12, párrafo 3.º, de la Directiva (UE) 2019/770[86], el artículo 121.2 TRLGDCU determina que la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 120.2 (por tanto, durante el plazo a lo largo del cual deben suministrarse) recaerá sobre el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo. Semejante es el tenor del artículo 621-74.2 CCCat: *«En los contratos de consumo se presume que el contenido o servicio digital no se prestaron conformes al contrato si la falta de conformidad se manifiesta durante el período del suministro».*

C) La excepción que confirma la regla y la obligación de cooperación del consumidor o usuario

En línea con lo dispuesto en los artículos 12.4 y 12.5 de la Directiva (UE) 2019/770, el artículo 121.3 TRLGDCU determina que las previsiones que acabamos de exponer no resultan aplicables cuando —tratándose del suministro de contenidos o servicios digitales[87]— el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor o usuario no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y hubiese informado al consumidor o usuario sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato. Especial interés tiene, a estos efectos, la obligación de cooperación del consumidor o usuario que se consagra en el artículo 121.4 TRLGDCU. Según el referido precepto, el consumidor o usuario debe cooperar con el empresario *«en la medida de lo razonablemente posible y necesario»* a fin de determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el artículo 120.1 o 2 (según el caso), *«radica en el entorno digital del consumidor o usuario».* Dicha obligación se limita a los *«medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor o usuario».* Ahora bien, invierte la carga de la prueba en caso de negativa por parte del consumidor o usuario si el empresario le había informado sobre dicho requisito de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato; es decir, si se dan estas dos circunstancias —negativa del consumidor o usuario y previa información (clara y comprensible) de los requisitos por el empresario— la carga de la prueba sobre si la falta de conformidad existía o no en el momento señalado en el artículo 120.1 o 2, recaerá sobre el consumidor o usuario. Paralela corre la trasposición de la Directiva en el artículo 621-75 CCCat[88].

V. CONCLUSIONES

I. Los legisladores de los Estados miembros han optado por fórmulas diferentes a la hora de trasponer las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. Dado que ambos instrumentos tienen por objeto armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras no solo a garantizar un alto nivel de protección de las personas consumidoras sino también a lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, y encuentran justificación en el hecho de que la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o

servicios digitales o están interconectados con ellos, consideramos adecuada la opción del legislador español (estatal) de efectuar una trasposición conjunta de ambas disposiciones comunitarias. No en vano ambas contienen previsiones coincidentes, diferenciadas únicamente cuando la naturaleza del servicio o contenido digital así lo requiere y la trasposición conjunta permite evitar reiteraciones e incrementar la seguridad jurídica en su aplicación.

II. Los criterios legales de conformidad han sido reformulados de una forma mucho más sistemática pensando en un mercado único digital; resultan, por tanto, aplicables también a los contratos de compraventa de bienes que incorporan contenidos digitales y a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. La nueva normativa diferencia requisitos subjetivos y objetivos de conformidad a los que se suma la instalación/integración incorrecta, pudiendo apreciarse en ella la primacía de los primeros.

III. El primer parámetro al que hay que atender a la hora de decidir sobre la conformidad del bien o, en su caso, del contenido o servicio digital es el programa obligacional del propio contrato (el de compraventa o el de suministro de contenidos y servicios digitales): esto es, lo que hayan pactado las partes en relación con la naturaleza, características, calidades, fines o usos del bien vendido o del contenido o servicio digital suministrado; en el caso de que el bien —o el contenido o servicio digital— no reúna todas las características expresadas en el contrato o, incluso, en la publicidad emitida al respecto, no será conforme. En este ámbito, es especialmente reseñable la incorporación de tres conceptos que se refieren a características esenciales de los bienes con elementos digitales y de los contenidos y servicios digitales: funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad.

IV. Novedad de capital importancia en este contexto es también la relativa a la necesidad de que se suministren las actualizaciones para poder entender conforme el bien o el contenido o servicio digital de que se trate. Al margen de lo que pueda haberse pactado a estos efectos en el contrato, parece claro que, tratándose de un contrato en el que se prevé un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, dichas actualizaciones deberán suministrarse durante el plazo legal de garantía; ahora bien, dicho plazo podría extenderse más allá en el caso de las actualizaciones de seguridad. Tratándose de contratos en los que se prevé que el suministro se va a producir de forma continua, cobra especial relevancia el elemento temporal, de modo que el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad sobre los bienes con elementos digitales o sobre los contenidos o servicios digitales que se produzcan o manifiesten en el período estipulado en el contrato, incluidas las propias actualizaciones; dicho período no será únicamente el plazo de tres años previstos a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales o dos en el caso del suministro de los contenidos o servicios digitales, sino también todo

el plazo hipotético superior a esos tres años en que se hubiera pactado un suministro específico dentro del contrato de compraventa o dos, si se trata de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

V. El consumidor es libre para elegir si instala las actualizaciones facilitadas o no; no obstante, si no las instala, no debe esperar que los bienes con elementos digitales o que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. El vendedor/empresario, por su parte, debe informar al consumidor de las consecuencias que derivan de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales o, en su caso, de los contenidos y servicios digitales, incluidas las actualizaciones de seguridad; en otras palabras, debe informarle sobre cómo repercutirá su decisión en la responsabilidad del vendedor/empresario por la conformidad de aquellas características de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales cuya conformidad deben mantener las correspondientes actualizaciones.

VI. La necesidad de suministrar actualizaciones conecta directamente con otra noción que maneja la nueva normativa: la durabilidad de los bienes, la cual se revela fundamental para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular. Aunque se contempla al enunciar los criterios objetivos, nada impide que la durabilidad pueda formar parte también de los subjetivos.

VII. La primacía de los requisitos subjetivos se detecta también en el momento en que se permite a las partes apartarse de los requisitos objetivos de conformidad; tal posibilidad se enuncia como excepción, pero habrá que ver cómo evoluciona la praxis contractual en el futuro. De entrada, los problemas que se aprecian tienen que ver con la prueba, pero son pocos los casos que han planteado ante nuestros tribunales.

VIII. Suscita algunas dudas la interpretación que ha de darse a la facultad del empresario de modificar los contenidos o servicios digitales, contemplada en los artículos 126 TRLGDC y 621-70.1 CCCat, dada la amplitud con que se configura en dichos textos. Aunque algún autor aboga por entender limitada esa facultad a lo que sea necesario para mantener la conformidad, creemos que el límite debería buscarse en el juego de los artículos 126 bis TRLGDCU y 621-70.2 y 3 CCCat, diferenciando entre modificaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales y modificaciones innecesarias a tal fin; sobre esta base, en el caso de que la modificación sea necesaria para mantener la conformidad, el empresario gozará de absoluta libertad para modificarlos, aunque ello suponga que el consumidor o usuario no pueda ya acceder a o utilizar esos contenidos y pueda instar la resolución del contrato; en cambio, cuando la modificación no sea necesaria para mantener la conformidad, deberá facilitar el mantenimiento, sin costes adicionales, de los contenidos

o servicios sin la modificación, pues estos seguirían siendo conformes con el contrato.

IX. Valorar la confianza del consumidor en la capacidad del vendedor para poner en conformidad el bien o el contenido o servicio digital supone incorporar un elemento de carácter subjetivo —que depende única y exclusivamente del consumidor— para conseguir la efectiva protección de este cuando se ha apreciado una nueva falta de conformidad (particularmente, cuando esta es reiterada). Dicha valoración, sin embargo, puede ser determinante a fin de que el consumidor pueda acogerse a los remedios de segundo nivel, algo que habrá de determinar caso por caso a la vista de todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 7 de abril de 1993.
- SAP de Murcia de 18 de octubre de 1995.
- SAP de Navarra de 14 de enero de 1999.
- SAP de León de 6 de julio de 1999.
- SAP de Alicante de 12 de abril de 2000.
- SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2004.
- SAP de Cantabria (Sección 4.ª) de 6 de mayo de 2005.
- SAP de Lérida (Sección 2.ª) de 22 de marzo de 2007.
- SAP de Madrid (Sección 9.ª) de 18 de mayo de 2007.
- SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 18 de diciembre de 2007.
- SAP de Castellón (Sección 1.ª) de 5 de enero de 2009.
- SAP de Lugo (Sección 1.ª) de 22 de noviembre de 2010.
- SAP de Granada (Sección 3.ª) de 10 de junio de 2011.
- SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 4 de noviembre de 2021.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor), *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* [En línea] núm. 41, disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955/2408

— (2018). El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno? En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Madrid: Marcial Pons, 231-250.

ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018). El règim de la conformitat en el Projecte de LLibre sisè del Codi civil de Catalunya como a causa d'incompliment a la compravenda civil. Treball de recerca del Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya. [En línea] disponible en https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/cataleg/crono/2018/llibre-sise-codi-civil/

AVILÉS GARCÍA, J. (2020). La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo). En L. A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 515-558.

BARBER CÁRCAMO, R. (2022). Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen? *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, núm. 2 abril-junio, 141-186.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad. En F. Capilla Roncero et al. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales.* Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 19-55.

— (2021). Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771). *Diario La Ley,* [En línea] núm. 9881, 28 de junio de 2021. Disponible en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/06/29/un-primer-balance-de-las-novedades-del-rdl-7-2021-de-27-de-abril-para-la-defensa-de-los-consumidores-en-el-suministro-de-contenidos-y-servicios-digitales

CASTILLA BAREA, M. (2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores.* Cizur Menor: Aranzadi.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G. (2021). De la Propuesta de Directiva, 31 de octubre de 2017, a la Directiva 2019/771, 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. [En línea] 17 de febrero de 2021. Disponible en https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/

FERRER GUARDIOLA, J.A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre, 161-226.

GARCÍA GOLDAR, M. (2021). Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 770/2019. En A. Martínez Nadal, (dir.) *Plataformas digitales: aspectos jurídicos.* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 83-113.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.I. (2015). Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del libro sexto del Código Civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la

Universitat de Girona (121-154). [En línea] disponible en https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/10969

IZQUIERDO GRAU, G. (2020). Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019. *RCDI,* núm. 779, 1591-1645.

LASHERAS ROMERO, C. (2014). La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 35, septiembre-diciembre, 213-238.

MARCO MOLINA, J. (2015). Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro Libro VI del *Codi civil de Catalunya:* la llamada *conformidad subjetiva* o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador. En M.R. Llácer Matacá (coord.), *La Codificación del Derecho Contractual en el Derecho Civil Catalán.* Madrid: Dykinson (193-205).

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020). La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad, *Responsabilidad civil, seguro y trafico: cuaderno jurídico*, núm. 70, 15-29.

— (2019). Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1) (LA LEY 8329/2019).

— (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *CESCO, Publicaciones jurídicas*, [En línea] Junio 2019. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/portematica/comentarios-y-analisis-de-la-normativa-de-consumo/4128-la-directiva-2019-771-ue,-de-20-de-mayo,-sobre-contratos-de-compraventa-de-bienes-con-consumidores-3

MUÑOZ RODRIGO, G. (2022). Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 3184-3229.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2021). El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos. *ADC*, tomo LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1099-1260.

ORTI VALLEJO, A. (2002). La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo. *Revista del poder judicial,* núm. 66, 593-639.

VAQUER ALOY, A. (2015). La conformitat en la regulació projectada de la compravenda. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (91-120) [En línea] disponible en https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/10968

— (2018). La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña. En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Madrid: Marcial Pons, 215-230.

NOTAS

[1] En el ámbito doctrinal se había cuestionado la consideración de estos criterios como presunciones de conformidad, en la medida en que ello podía hacer pensar que la norma introducía una presunción legal que afectaba al reparto de la carga de la prueba sobre la presencia o no de una determinada falta de conformidad. En este sentido se afirmaba que la presunción no recaía sobre la existencia de la falta de conformidad sino sobre algunos aspectos determinados del contenido del contrato, pues todos ellos constituyen mecanismos legales de interpretación del contenido contractual descrito en la ley; es decir, se presume que el contrato tiene el contenido previsto en el viejo artículo 116.1 TRLGDCU. Sobre esta base, se afirmaba en relación con el anterior artículo 116.1 TRLGDCU que contenía «distintos criterios legales de integración del contrato, que sirven para completarlo o, en su caso, corregirlo; lo que la ley presumía, por tanto, era que las partes contratantes habían querido que los bienes vendidos tuvieran las características, cualidades, prestaciones y usos que se enumeran dentro del mismo». Así lo recuerda AVILÉS GARCÍA, J. (2020). La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo). En L.A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 537; en términos similares se pronuncia MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *CESCO, Publicaciones jurídicas*, [En línea] junio de 2019. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/comentarios-y-analisis-de-la-normativa-de-consumo/4128-la-directiva-2019-771-ue,-de-20-de-mayo,-sobre-contratos-de-compraventa-de-bienes-con-consumidores-3

[2] Como se pone de relieve en el considerando núm. 5 Directiva (UE) 2019/771, la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a estos bienes obedece a la necesidad de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores y aumentar la seguridad jurídica en torno a las normas aplicables a los contratos de compraventa de dichos productos ante el incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos.

[3] Es el caso, por ej., de AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.,* 536 y 537.

[4] Así lo resalta OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2021). El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos. *ADC*, tomo LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1169.

[5] La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015, en cambio, daba preeminencia absoluta a la hora de evaluar las faltas de conformidad a lo estipulado en el contrato; es decir, establecía únicamente parámetros subjetivos de conformidad, sin preservar las legítimas expectativas de los usuarios por vía de requisitos objetivos de conformidad, lo que motivó duras críticas desde la doctrina. Muestra de ello es CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad». En F. Capilla Roncero et al. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales.* Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 37-39, especialmente.

[6] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1) (LA LEY 8329/2019). En parecidos términos se pronuncian CASTILLA BAREA, M. (2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores.* Cizur Menor: Aranzadi, 110; AVILÉS GARCÍA, J. *op. cit.*, 538.

[7] Para autores como CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1). *Diario La Ley,* [En línea] núm. 9881, 28 de junio de 2021, Disponible

en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/06/29/un-primer-balance-de-las-novedades-del-rdl-7-2021-de-27-de-abril-para-la-defensa-de-los-consumidores-en-el-suministro-de-contenidos-y-servicios-digitales, la opción de refundir ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU es una decisión de economía legislativa correcta, pero conviene revisar algunos posibles desenfoques, que derivan del uso del término único y genérico del término «empresario» —empleado por la Directiva 2019/770 para referirse al suministrador de los contenidos o servicios digitales— cuando la regla en cuestión debe imponer un deber o responsabilidad propiamente al «vendedor» —que es el término empleado por la Directiva 2019/771 de los bienes con elementos digitales—; también se aprecian desajustes en la delimitación de la entrada en vigor de la norma, por ej. Otros autores, en cambio, se muestran particularmente críticos con la forma en que se ha llevado a cabo la trasposición; es el caso de ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* [En línea] núm. 41, disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955/2408

[8] Artículo 621-21.1 CCCat se refiere también a la conformidad en la instalación: *«Cualquier falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta se considera una falta de conformidad del bien si la instalación:*

a) Formaba parte del contrato de compraventa y fue realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; o

b) Fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales».

[9] Artículo 621-71 CCCat: al fijar los criterios para determinar la conformidad en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, establece: «*Los contenidos y servicios digitales tienen que ser conformes al contrato de acuerdo con los criterios establecidos por el artículo 621-20 y se suministran en la versión más reciente disponible en el momento de la conclusión del contrato. Las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente».*

[10] Tras hacerse eco de las críticas vertidas particularmente desde la doctrina francesa por el establecimiento de este nivel de armonización, GARCÍA GOLDAR, M. (2021). Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 770/2019. En A. Martínez Nadal, (dir.) *Plataformas digitales: aspectos jurídicos.* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 90 y 91, considera loable este nivel de armonización máximo, aunque lamenta que hayan quedado fuera de este proceso de uniformización algunos asuntos que, a sus ojos, eran necesarios.

[11] Como señala CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 108, los criterios objetivos, en cambio, toman como referencia los estándares de normalidad de los bienes en un sentido general o derivados de la reglamentación jurídica de ciertas características de los mismos (ej. la utilidad normalmente desempeñada por bienes del mismo tipo, las exigencias derivadas de normas técnicas, contenido exigible del etiquetado…). VAQUER ALOY, A. (2018). La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña. En A. Serrano de Nicolás (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Marcial Pons, 218, refiriéndose a los criterios de conformidad contemplados en el anterior artículo 621-20 CCCat, señalaba que dicho precepto intentaba «combinar criterios de conformidad más objetivos, mediante la remisión a lo que acordaron las partes, con otro más subjetivo consistente en la llamada a las expectativas del comprador». Este tinte subjetivo no implica que el comprador pueda decidir a su arbitrio si la prestación es conforme o no, pero sí que sus anhelos se incrustan en la prestación ideal y devienen determinantes de la existencia de conformidad y, por ende, del cumplimiento del contrato.

[12] Concretamente, en el artículo 2.2.a) y b) de la Directiva 1999/44/CE.

[13] AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.,* 539.

[14] Considerando núm. 26 Directiva (UE) 2019/771 Añade a esos requisitos: *«Los requisitos del contrato de compraventa deben incluir los que resulten de la información*

precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato de compraventa».

Considerando núm. 42 Directiva (UE) 2019/770 *in fine: «Los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato. Dichos requisitos también podrían establecerse en un acuerdo de nivel de servicio cuando, con arreglo al Derecho nacional aplicable, dicho tipo de acuerdos forme parte de la relación contractual entre el consumidor y el empresario».*

[15] Artículo 61 TRLGDCU, bajo la rúbrica, *«Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato*», determina:

1. «La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

[16] La Directiva (UE) 2019/771 utiliza más ejemplos: un teléfono inteligente, que se presenta con una aplicación normalizada preinstalada que se suministra en virtud del contrato de compraventa, tales como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara; un reloj de pulsera inteligente, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor ha de descargar en un teléfono inteligente. La aplicación es el elemento digital interconectado.

[17] Mostramos nuestro acuerdo en este punto con AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 534.

[18] Convenimos con CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 112, en que, aunque ciertamente las posibles funcionalidades de los bienes se multiplican cuando incorporan elementos digitales, este concepto no debe restringirse a los bienes con elementos digitales. Si una batidora —sin elemento digital incorporado— no muele correctamente, carecerá de funcionalidad y no podrá entenderse conforme con el contrato.

[19] Como ponen de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G. (2021). De la Propuesta de Directiva, 31 de octubre de 2017, a la Directiva 2019/771, 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. [En línea] 17 de febrero de 2021. Disponible en https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/, se trata de una característica olvidada hasta ahora por la legislación de consumo pero de suma importancia en la sociedad digital; un bien caro y potente puede resultar completamente inservible si es incompatible con otros dispositivos que poseemos. Ej. auriculares «Wireless» que contienen «software» y precisan para su emparejamiento con otros bienes informáticos.

[20] La proximidad entre este concepto y el de «compatibilidad» es evidenciada en la doctrina, entre otros por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G., *op. cit.*; CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 112, nota al pie núm. 81; MUÑOZ RODRIGO, G. (2022). Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 3195.

[21] Artículo 621-20.3 CCCat: *«Se entiende por:*

a) Compatibilidad: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos o programas con que se utilizan normalmente los contenidos digitales del mismo tipo sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales.

b) Funcionalidad: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad.

c) Interoperabilidad: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos o programas diferentes de aquellos con los que se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo».

[22] AVILÉS GARCÍA, J. *op. cit.*, 541. La cursiva es del propio autor.

[23] No en vano, el precepto hace referencia a «las demás características» a modo de cláusula de cierre.

[24] Ej. si tratándose de bienes genéricos y determinados en cuanto a su porción, proporción o unidad de medida o de bienes específicos y se hubiera pactado la entrega de un número concreto de unidades, el hecho de que se entreguen más —y especialmente de que se entreguen menos— supondrían la falta de conformidad del contrato.

Ej. si tratándose de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, se hubiera pactado el acceso a un número determinado de archivos musicales, se hubiera estipulado una determinada resolución para las imágenes o se hubiera convenido el suministro de los contenidos en un determinado idioma o en una versión concreta, el hecho de que se facilite el acceso a un número diferente de archivos (mayor o menor), que la resolución de las imágenes suministradas no se corresponda con la pactada o se suministren los datos en un idioma o en una versión diferente determinaría la falta de conformidad.

[25] El artículo 115.6 ter TRLGDCU, al regular los requisitos objetivos de conformidad, establece: *«Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato».* En Cataluña, el artículo 621-71 CCCat, cuando se refiere a los criterios para determinar la conformidad en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, tras remitir a los criterios de conformidad establecidos en el artículo 621-20, señala que los contenidos y servicios digitales han de suministrarse en la versión más reciente disponible en el momento de la conclusión del contrato. Ahora bien, *«Las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente».*

[26] Al realizarse la trasposición conjunta de ambas Directivas, se evita emplear el término más específico «vendedor» de la Directiva (UE) 2019/771 y se utiliza el más genérico —«empresario»— que aparecía en la Directiva (UE) 2019/770.

[27] En Cataluña, artículo 621-20.1c) CCCat.

[28] Así lo resalta también CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 115.

[29] Al hilo del anterior artículo 621-20.1c) CCCat, aunque sus palabras pueden predicarse igualmente del nuevo artículo 621-20.1b), VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.*, 225, afirmaba: «si no se ha pactado nada en relación con las instrucciones, no hay conformidad si por lo menos no se entregan al comprador las instrucciones de uso y funcionamiento, consumo, manejo e instalación; salvo que se trate de las instrucciones de instalación cuando esta corresponda al mismo vendedor, si no se ha pactado otra cosa». A la inexistencia de instrucciones equipara el autor su entrega en lengua no oficial.

No en vano, dicho precepto debe analizarse junto con el artículo 621-22 CCCat (no afectado por la reforma de 2021), según el cual: *«La falta de entrega de los accesorios, las instrucciones de uso, consumo y manejo, especialmente las relativas a la instalación o el funcionamiento, o cualquier otro documento que razonablemente el comprador puede esperar obtener de acuerdo con el contrato conlleva falta de conformidad».* Dos observaciones en punto a este último precepto: 1) la enumeración de instrucciones que contiene tiene carácter meramente enunciativo; no se mencionan, por ej., las instrucciones de conservación o mantenimiento; 2) no prevé la inderogabilidad de la norma que recoge en el marco de las ventas de consumo, a diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 621-21.2 CCCat en el ámbito de la instalación.

[30] Artículo 115 quater TRLGDCU: *«La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equiparará a la falta de conformidad, cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: (…) b) En el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor o usuario, haya sido realizada por este y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario».* Convenimos con ARROYO AMAYUELAS, E. (2022), *op. cit.*, 14 y 15, en que este precepto es un claro ejemplo de mala escritura por cuanto alude «dos veces seguidas al empresario que proporciona instrucciones, además de diferenciar innecesariamente entre instalar (bienes) e integrar (contenidos digitales). Se diría que la falta o deficiente integración en el entorno digital (art. 59 bis 1 letra n TR-LGDCU) no es sino una consecuencia o efecto posterior de la instalación de los elementos digitales. Bastaría, pues, referirse a la deficiente instalación. Esa es también la expresión que utiliza el legislador europeo cuando se refiere a la incorporación de elementos digitales en bienes (Cdo 34, artículo 8 letra b DCV) o cuando alude a las actualizaciones (art. 8.3 DCD, art. 7.4 DCV). Sin embargo, el artículo 9 DCD (rúbrica y letras a y b) recurre a la «integración» de los contenidos o servicios digitales y es esa versión la que el legislador español sigue al pie de la letra, de manera que, al final, instalar e integrar se acumulan innecesariamente y de forma reiterada en el precepto; precepto que, como se ha dicho, también acumula empresarios que son partes de contratos distintos y, por ende, indistinguibles, con la consiguiente dificultad de apercibimiento de quién es la parte contractual contra la cual debe el consumidor entablar su reclamación».

Artículo 621-21.1 CCCat: *Conformidad en la instalación: «Cualquier falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta se considera una falta de conformidad del bien si la instalación: (…) b) Fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales».*

Artículo 621-72 CCCat: *Integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales.*

1. «Cualquier falta de conformidad derivada de la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del adquirente se tiene que considerar una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si:

a) Fueron integrados por el suministrador o bajo su responsabilidad en virtud del mismo contrato de suministro;

b) Fueron integrados por el adquirente y la integración incorrecta fue causada por las instrucciones deficientes proporcionadas por el suministrador».

[31] CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 115. Pone como ejemplo, en la nota al pie núm. 91, la compra de una aspiradora para uso doméstico, que viene provista de diversos accesorios para aplicar la aspiración a sofás, suelos de piedra o madera…

[32] Considerando núm. 28 Directiva (UE) 2019/771: *Dado que los contenidos y servicios digitales incorporados a bienes o interconectados con estos se encuentran en constante desarrollo, los vendedores pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones para dichos bienes. Las actualizaciones, tal como se estipulen en el contrato de compraventa, pueden mejorar y reforzar el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales, ampliar sus funcionalidades, adaptarlo a los avances técnicos, protegerlo frente a las nuevas amenazas para la seguridad o servir a otros fines. Por lo tanto, la conformidad de los bienes con los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados con ellos también debe evaluarse en función de si el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales está actualizado de la forma en que se haya estipulado en el contrato de compraventa. La falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato de compraventa debe considerarse una falta de conformidad de los bienes. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los bienes, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato de compraventa.*

Considerando núm. 44 Directiva (UE) 2019/770: *Dado que los contenidos y servicios digitales se encuentran en constante desarrollo, los empresarios pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones y características a medida que vayan estando disponibles. Por tanto, la conformidad de los contenidos o servicios digitales también debe evaluarse en función de si estos están actualizados de la forma en que se haya estipulado en el contrato. La falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato.*

[33] Artículo 117.2 TRLGDCU: *Cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato.*

[34] No en vano, sin actualizaciones de seguridad —ya sean las pactadas en el contrato, ya sean las contempladas en el marco de los requisitos de carácter objetivo del artículo 115.2 ter—, es muy probable que el dispositivo en cuestión sea víctima de «malware» como virus, troyanos, «spyware», etc.

[35] Artículo 621-23 CCCat: *Exigencia y plazos de la conformidad.*

1. «El vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien o de su completa instalación y se manifieste durante los tres años siguientes. En el caso del artículo 621-21.1.b), este plazo se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación.

2. En el caso de compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un periodo superior a los tres años, el vendedor responde por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el periodo. (…)»

[36] En términos similares, aunque refiriéndose únicamente a la Directiva (UE) 2019/771, se pronuncia AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 548.

[37] La precisión en el contrato del periodo de tiempo mínimo durante el cual están aseguradas las actualizaciones —particularmente, las de seguridad de los sistemas operativos— abunda en el logro de una mayor transparencia de los proveedores y los fabricantes. En tal sentido pueden verse los considerandos núm. 37 y núm. 38 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (*DOCE,* 19 de agosto de 2018).

[38] El plazo fijado en la Directiva era de dos años.

[39] Artículo 621-23.1 CCCat, bajo la rúbrica *«Exigencia y plazos de la conformidad»,* establece *«El vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien o de su completa instalación y se manifieste durante los tres años siguientes. En el caso del artículo 621-21.1.b), este plazo se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación».*

[40] Artículo 621-73 CCCat: «*Plazo de responsabilidad en el suministro en acto único o varios actos individuales».*

1. *«Cuando el suministro se produzca en un acto único o en una serie de actos individuales, el suministrador es responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que exista en el momento de su puesta a disposición, a menos que la falta de conformidad sea consecuencia de no haber facilitado las actualizaciones correspondientes, en cuyo caso es también responsable de la falta de conformidad que se derive.*

2. *El suministrador responde de la falta de conformidad que se manifieste durante los dos años siguientes a la puesta a disposición o, en el caso del artículo 621-72, a la completa integración del bien.*

3. (…)»

[41] Considerando núm. 31 Directiva (UE) 2019/771, *in fine*: «*(…) Un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas razonables del consumidor podrían extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso, en particular, en lo que respecta a las actualizaciones de seguridad. En otros casos, por ejemplo en relación con bienes con elementos digitales con una finalidad limitada en el tiempo, la obligación del vendedor de facilitar actualizaciones normalmente estaría limitada a ese período de tiempo*».

[42] El Considerando núm. 47 Directiva (UE) 2019/770 comienza diciendo*: «Durante el período de tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar, el empresario debe facilitar al consumidor actualizaciones, en particular, actualizaciones de seguridad, con el fin de mantener la conformidad y seguridad de los contenidos o servicios digitales. Por ejemplo, en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales, cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones debe limitarse a ese período de tiempo, mientras que para otros tipos de contenidos o servicios digitales, el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo, que podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad*».

[43] En este punto, cabe llamar la atención sobre los siguientes considerandos:

— Considerando núm. 37 Directiva (UE) 2019/771: *(…) cuando los contenidos o servicios digitales incorporados a los bienes o interconectados con estos deban suministrarse de forma continua durante un período de tiempo, el momento pertinente a los efectos de establecer la conformidad de un elemento de dichos contenidos o servicios digitales no debe ser un momento concreto, sino un período de tiempo a partir del momento de la entrega. Por razones de seguridad jurídica, dicho período de tiempo debe ser igual al período durante el cual el vendedor sea responsable de la falta de conformidad.*

— Considerando núm. 41 Directiva (UE) 2019/771: *(…) cuando el contrato prevea el suministro continuo durante más de dos años, el consumidor debe poder recurrir a medidas correctoras frente a cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato. A fin de garantizar a los Estados miembros flexibilidad para mejorar el grado de protección de los consumidores en su Derecho nacional, los Estados miembros deben poder prever plazos más largos que los establecidos en la presente Directiva para la responsabilidad del vendedor.*

[44] Artículo 10.2 Directiva (UE) 2019/771: *En el caso de los bienes con elementos digitales, cuando el contrato de compraventa establezca el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período, el vendedor también será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste en el plazo de dos años a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales. Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante más de dos años, el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa.*

[45] Artículo 621-74.1 CCCat, dedicado a regular el *«Plazo de responsabilidad en el suministro continuado durante un periodo»,* determina: «*El suministrador es responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste durante el periodo en que estos se tienen que suministrar*».

[46] Artículo 66 bis 1 TRLGDCU: *Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material.*

1. «Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del

contrato y suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato.

La obligación de suministro por parte del empresario se entenderá cumplida cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o usuario o sea accesible para él o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor y usuario para ese fin.

b) El servicio digital sea accesible para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor o usuario a tal fin».

[47] Artículo 621-69 CCCat: *Puesta a disposición de los contenidos o servicios digitales.*

1. «El suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o los servicios digitales.

2. La obligación de poner a disposición se cumple cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio para acceder o descargarlo haya sido puesto a disposición o sea accesible para el adquirente, o sea accesible para realizar la instalación física o virtual que este haya escogido.

b) El servicio digital sea accesible para el adquirente o sea accesible para realizar la instalación física o virtual que este haya escogido.

3. El suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o los servicios digitales de manera inmediata a la conclusión del contrato, salvo pacto en contra».

[48] BARBER CÁRCAMO, R. (2022). Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen? *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, núm. 2 abril-junio, 165 y 166, llama la atención sobre el hecho de que no se realice mención legal alguna en el Real Decreto Ley «a la obligación de realizar, por parte del consumidor, un mantenimiento adecuado», obligación a la que solo se alude en la exposición de motivos de dicho texto y en la Directiva 2019/771. Solo en el caso de los bienes con elementos digitales, se contempla una excepción en el nuevo artículo 115 ter.3 TRLGDCU al eximir de responsabilidad al empresario, cuando el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas.

[49] El Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, mediante el que se trasponen las referidas Directivas al ordenamiento español, en su exposición de motivos prosigue diciendo: *«Para coadyuvar a la durabilidad de los bienes puestos en el mercado, esta norma mantiene y refuerza las previsiones de nuestra legislación garantizando la existencia de un adecuado servicio técnico, así como de los repuestos necesarios, durante un plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse, contribuyendo con ello al derecho a la reparación reclamado por el Parlamento Europeo en su resolución de 25 de noviembre de 2020, sobre el tema «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores».*

Estas medidas se integran en la nueva Estrategia Española de Economía Circular 2030, que trata de pasar del actual modelo lineal de nuestra economía, que se apoya en la producción de bienes y servicios bajo las pautas de «usar-consumir-tirar», lo que conlleva un uso intensivo de recursos naturales y una elevada generación de residuos, a un modelo en el que el valor de los bienes se mantenga durante el mayor tiempo posible, lo que incide en el aumento del valor económico de los mismos y en la reducción de los residuos que se generen. Este cambio a un consumo más responsable requiere la participación activa e informada de las personas consumidoras».

[50] BARBER CÁRCAMO, R., *op. cit*., 172.

[51] El artículo 116.1c) TRLGDCU provenía del artículo 3.1 LGVBC, que era producto de la trasposición al ordenamiento jurídico español del artículo 2.2.b) de la Directiva 1999/44/CE. Este último precepto era más exigente que su antecedente: el artículo 35.2b) de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, según el cual las mercaderías no serán conformes a menos «*que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor».* Como

puede verse, el precepto de la Convención solo exige que se haya hecho saber al vendedor expresa o tácitamente el uso especial a que se desea aplicar el bien; la Directiva de 1999, en cambio, exigía que hubiera habido un requerimiento en ese sentido y que el vendedor hubiera aceptado que el bien servía para ese fin. Según ORTI VALLEJO, A. (2002), la Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo. *Revista del poder judicial,* núm. 66, 599-601, este mayor rigor de la norma comunitaria obedecía a que es sumamente infrecuente que se incorporen estos pactos en las compraventas de consumo.

[52] Artículo 621-20.5 CCCat: *«Si el bien no es apto para los fines específicos manifestados por el comprador al vendedor, hay falta de conformidad solo si el vendedor aceptó la idoneidad del bien para aquellos fines, antes o en el momento de la conclusión del contrato».*

[53] Discrepa, en este punto, CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 113; en su opinión, este criterio ha de ponerse necesariamente en relación «con una previsión contractual expresa de las partes que ha de existir y cuya realidad y contenido deben poder demostrarse por alguno de los contratantes». La norma no pretende ni declarar ni suplir la voluntad de las partes; lo que pretende es «dar relevancia a un aspecto del contrato que podría quedar oscurecido o incluso neutralizado por la aplicación de algún otro criterio o requisito de conformidad».

[54] La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, en su artículo 35.2b), en cambio, es clara a la hora de admitir tanto declaraciones expresas como tácitas.

[55] LASHERAS ROMERO, C. (2014). La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 35, septiembre-diciembre, 225 y 226. Añade el autor que se trata de un supuesto que no se da con mucha frecuencia en la práctica, lo que hace que se acentúen las dificultades probatorias. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Cantabria de 6 de mayo de 2005 *(AC* 2005, 1834) en la que se estimó que existía falta de conformidad en un supuesto en el que una señora había comprado unos zapatos de hombre, para una tercera persona, señalando que el vendedor conocía la exigencia de un uso especial para dichos zapatos distinto del uso habitual, que sería el uso del bien por la señora que los compró; en este caso, ante la imposibilidad de sustituir los zapatos defectuosos, la AP consideró procedente la resolución del contrato. Insiste en este problema también CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114 y 115, señalando que no hay razones evidentes que impidan la admisión de declaraciones de voluntad tácitas.

Refiriéndose a la necesidad de que el consumidor ponga en conocimiento del vendedor el uso especial requerido del bien al tiempo de la celebración del contrato, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020). La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad, *Responsabilidad civil, seguro y trafico: cuaderno jurídico*, núm. 70, 20, al hilo de la normativa anterior, califica de irrelevante el medio que utilice el consumidor para poner en conocimiento del vendedor esa circunstancia; no se exige que sea una declaración expresa del comprador; puede ser tácita, e, incluso, puede quedar establecida a través de las circunstancias en que fue celebrado el contrato; lo importante es que esa intención sea emitida por el consumidor. Por lo que se refiere a la admisión por parte del vendedor de la aptitud del bien para el uso requerido, considera que dicha admisión «no puede consistir en una manifestación de voluntad expresa del vendedor en ese sentido». Lo que parece exigir la norma es un simple acto de aquiescencia del vendedor, que puede entenderse cumplido cuando el vendedor, de la forma que sea (incluso mediante actos concluyentes) toma nota de la indicación manifestada por el consumidor (ej. recibida la comunicación del consumidor, no realiza objeción alguna y celebra posteriormente el contrato). A efectos de prueba, —dice el autor— lógicamente el consumidor que pretenda utilizar este criterio de conformidad tendrá que acreditar que, antes de la celebración del contrato, puso en conocimiento del vendedor el uso especial al que pretendía destinar el bien; ahora bien, basta con que alegue que el vendedor admitió ese uso especial, que no se opuso al mismo. En el caso de que el vendedor quiera evitar

la aplicación de este criterio legal de conformidad, será él el que tenga que acreditar que no admitió el requerimiento del consumidor.

[56] Refiriéndose únicamente a la Directiva (UE) 2019/771, así lo pone de relieve también CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114. La propia referencia a un uso especial solo cobra «sentido en relación con los usos habituales o normales de la cosa en cuestión» —afirma en la nota al pie núm. 85—.

[57] ORTI VALLEJO, A., *op. cit.*, 599 y 560.

[58] CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114.

[59] Refiriéndose a la regulación anterior, VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.*, 220 y 221, resaltaba que la voluntad de las partes, como criterio central de conformidad, comprende no solo los aspectos básicos y definidores de la prestación como la cantidad, la calidad y el tipo, sino también otros de carácter secundario como el embalaje, los accesorios, las instrucciones, puntualizando que dentro de la calidad y el tipo quedan englobados el origen y el fabricante u otras características que singularicen los bienes; tras remarcar que todos ellos son cumulativos y no se encuentran jerarquizados, concluye que «los criterios estándar de conformidad contenidos en el apartado 2 del artículo 621-20 se supeditan, con una reiteración dirigida a enfatizar el papel central de la voluntad contractual, a que las partes no hayan pactado otra cosa».

[60] Llamando la atención sobre la poca importancia que tiene en el nuevo régimen de la conformidad el hecho de que el defecto sea oculto, ARROYO AMAYUELAS, E. (2022), *op. cit.*, 11, recuerda, apoyándose en este precepto, que el conocimiento de dicho defecto por parte del consumidor no le impide reclamar «si previamente el empresario no le había informado específicamente de su existencia y el consumidor no lo había aceptado expresamente».

[61] Relacionado con él se encuentra el artículo 621-26 CCCat: *Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador.*

1. «El vendedor no responde de la falta de conformidad que el comprador conozca o que no podía razonablemente ignorar en el momento de concluir el contrato, salvo los casos de ocultación dolosa, negligencia grave o que haya asumido la garantía de conformidad.

2. Lo que establece el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo que establece el artículo 621-20.4 para la compraventa de consumo».

Según VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.,* 227, en este supuesto, encaja, por ej., la compra de saldos o de bienes tarados u ostensiblemente obsoletos y mal conservados. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Lugo de 22 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 47329), relativa a la compra de un camión de más de veinte años de antigüedad destinado a desguace.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, aunque el consumidor que se dirige a un establecimiento que vende bienes con tara no puede esperar que el bien esté en perfecto estado, sí puede esperar que funcione…; en consecuencia, tratándose de una venta de consumo, la determinación de si existe o no conformidad será un problema de prueba por el juego del artículo 621-20.4 CCCat al que remite el artículo 621-26.2. Así por ej. si un consumidor adquiere una obsoleta minicadena (de los años 90) con doble pletina de cassette (reproductor y grabador), estéreo, tocadiscos y reproductor de CD y el vendedor le advierte de que el aparato no graba, habrá conformidad únicamente si se prueba que el consumidor aceptó la divergencia, de forma expresa y por separado, en el momento de la conclusión del contrato. En la misma línea parece pronunciarse ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), El règim de la conformitat en el Projecte de LLibre sisè del Codi civil de Catalunya como a causa d'incompliment a la compravenda civil. Treball de recerca del Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya. [En línea] disponible en https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/cataleg/crono/2018/llibre-sise-codi-civil/, 34, cuando, a la vista del artículo 621-26.2 CCCat, puntualiza que, en las ventas de consumo, el conocimiento o su razonable previsión dejan de ser un motivo de oposición por parte del vendedor, quien deberá responder de la falta de conformidad, a menos que esta fuera expresamente aceptada por el comprador.

[62] CÁMARA LAPUENTE, S. (2021)*, op. cit.*, 37 y 38.

[63] Artículo 114.1, párrafo 2.º, TRLGDCU: *«El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto con lo regulado en este Título».*

[64] MARCO MOLINA, J. (2015). Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro Libro VI del Codi civil de Catalunya: la llamada conformidad subjetiva o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador. En M.R. Llácer Matacá (coord.), *La Codificación del Derecho Contractual en el Derecho Civil Catalán*. Madrid: Dykinson, 204 y 205.

[65] ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), *op. cit.,* 25, decía textualmente: «Atenent a aquest últim apartat de l'art. 621-1 CCCat, es pot constatar que l'autonomia negocial dels contractants es situa com a criteri preferent en la regulació de la conformitat, capaç de configurar les pautes exactes de compliment, fins i tot, davant d'aquelles presumpcions que la norma estableix com a requisits de caràcter objectiu, permetent la seva modulació i/o excusabilitat per via consensual».

[66] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020), *op. cit.,* 18.

[67] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020), *op. cit.,* 18, incide también en los problemas de prueba que pueden suscitarse especialmente cuando ese pacto expreso sobre las condiciones o cualidades del bien se realiza de forma verbal.

[68] A la vista del anteproyecto de Libro VI del CCCat. MARCO MOLINA, J., *op. cit.,* 199, nota al pie núm. 33, señala que esta resolución jurisprudencial le sirve «para demostrar la irrelevancia del requisito de la confianza en el vendedor al contratar y la dificultad de su prueba». Ahora bien, mientras en el caso comentado, «al vendedor le interesaba demostrar que esa confianza (y el correlativo asesoramiento al comprador) existió y sirvió (a su criterio) de paliativo a los graves defectos del material didáctico suministrado, los textos normativos que incorporan este requisito le asignan un valor contrapuesto: en ellos, al vendedor le interesa demostrar que el comprador no contrató confiando en él (o que no era razonable que dicha confianza existiera), porque, faltando esa confianza, no es exigible la adecuación de la cosa entregada al uso particular del comprador». Como puede verse, ni en el texto anterior ni en el nuevo tras la reforma efectuada en 2021 se exige la confianza del comprador en el vendedor al contratar a la hora de delimitar el criterio de conformidad.

[69] Lo que se especifica en el contrato es «que el comprador utilizará el buque con fines privados de acuerdo con las características del barco que está destinado a ser utilizado de manera privada».

[70] Así lo entiende también FERRER GUARDIOLA, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil,* vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre, 205.

[71] Artículo 126 bis TRLGDCU: *Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales.*

1. «El consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es de menor importancia.

2. En el supuesto recogido en el apartado anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

3. En el caso de que el consumidor o usuario resuelva el contrato de conformidad con los apartados anteriores, se aplicarán los artículos 119 ter y 119 quáter.

4. Este artículo no será de aplicación si el empresario ha dado al consumidor y usuario la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación y estos siguen siendo conformes».

[72] Al igual que en la regulación estatal, quedan fuera los supuestos en que los contenidos o servicios digitales se hayan suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales.

[73] FERRER GUARDIOLA, J. A. *op. cit.*, 206 y 207.

[74] Considerando núm. 52 Directiva (UE) 2019/771: *En determinadas situaciones, podría estar justificado que el consumidor tenga derecho a que se reduzca el precio o a resolver el contrato inmediatamente. Cuando el vendedor haya tomado medidas para restablecer la conformidad de los bienes, pero posteriormente se manifieste una falta de conformidad, debe determinarse objetivamente si el consumidor debe aceptar nuevos intentos del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, como por ejemplo el tipo y valor de los bienes, y la naturaleza e importancia de la falta de conformidad. En particular, cuando se trate de bienes caros o complejos, podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad. También debe tenerse en cuenta si cabe esperar que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes o no, por ejemplo debido a que el mismo problema se presenta dos veces. De forma similar, en determinadas situaciones, la falta de conformidad podría ser de naturaleza tan grave que al consumidor no le sea posible mantener la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, como cuando la falta de conformidad afecte gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la reparación o sustitución efectuadas por el vendedor resuelva el problema.*

[75] IZQUIERDO GRAU, G. (2020). Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019. *RCDI,* núm. 779, 1613.

[76] Considerando núm. 65 Directiva (UE) 2019/770: *Cuando la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales resulte jurídica o prácticamente imposible, o cuando el empresario se niegue a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque ello le supondría unos costes desproporcionados, o cuando el empresario no haya podido poner los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin causar mayores inconvenientes al consumidor, el consumidor tendrá derecho a la reducción del precio o la resolución del contrato. En determinadas situaciones, está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo cuando el empresario no haya logrado poner en conformidad los contenidos o servicios digitales previamente o cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad. Por ejemplo, el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (software) antivirus que esté infectado con un virus y que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave. Lo mismo debe aplicarse cuando esté claro que el empresario no va a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor.*

[77] Convenimos en este punto con IZQUIERDO GRAU, G., *op. cit.*, 1614.

[78] Refiriéndose al anterior artículo 621-39 CCCat, ARROYO AMAYUELAS, E. (2018). El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno? En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Madrid: Marcial Pons, 248 y 249, advertía que uno de los supuestos en que el comprador puede razonadamente rechazar la posibilidad de corrección ofrecida por el vendedor es aquel en que «ya no se fía de su competencia o habilidad»; el problema residía en que la normativa no aclaraba si el comprador podía instar en esos casos cualquier remedio —incluida la resolución—, aunque no faltaban autores que así lo defendían como GÓMEZ LIGÜERRE, C.I (2015). Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código Civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre*

sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa), Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 144. Para ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), *op. cit.,* 53, en cambio, el hecho de que no se contemplara directamente el recurso a la vía resolutoria, salvo en los supuestos de incumplimiento esencial, validez parcial o ante la posibilidad de subsanación que todavía permitiera la satisfacción de la parte acreedora, evidenciaba el efecto subyacente del principio del favor contractus, que modulaba restrictivamente el ejercicio del remedio resolutorio y evitaba comportamientos potencialmente ineficientes ante el incumplimiento contractual. A nuestro modo de ver, los intentos reiterados de puesta en conformidad con resultado infructuoso que llevan a esa pérdida de confianza del consumidor pueden equipararse a un incumplimiento esencial. ARROYO AMAYUELAS, E. (2018), *op. cit.,* 145, por su parte, estimaba conveniente «prescindir de la noción de incumplimiento esencial, por lo menos siempre que el vendedor hubiera dispuesto efectivamente de una segunda oportunidad».

[79] Véase, en este sentido, los Considerandos núm. 45 Directiva (UE) 2019/771 y núm. 59, párrafo 2.º, Directiva (UE) 2019/770.

[80] Alude a estas dos circunstancias el Considerando núm. 45 Directiva (UE) 2019/771; en algunos casos —explica—, la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento pertinente para establecer la conformidad podría ser incompatible con la naturaleza de los bienes (ej. bienes que se deterioran por su propia naturaleza como los productos perecederos —piénsese, en las flores—, o bienes destinados a un solo uso) o la índole de la falta de conformidad (ej. supuesto en que la falta de conformidad solo pueda ser resultado de una acción por parte del consumidor o de una causa externa que se haya producido una vez entregados los bienes al consumidor).

[81] Antes de la reforma, el plazo de presunción del carácter originario de la falta de conformidad era de seis meses (anterior art. 123.1 TRLGDC).

[82] CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 343.

[83] Artículo 120.2 TRLGDCU: *«(…). No obstante, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega».*

[84] Artículo 12, párrafo 2.º, Directiva (UE) 2019/770: *En los casos contemplados en el artículo 11, apartado 2, la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales suministrados eran conformes en el momento del suministro recaerá en el empresario por toda falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de suministro de los contenidos o servicios digitales.*

[85] Artículo 621-73. *Plazo de responsabilidad en el suministro en acto único o varios actos individuales.*

(…)

3.«En los contratos de consumo, se presume que la falta de conformidad manifestada en el año posterior a la puesta a disposición ya existía en este momento».

[86] Artículo 12, párrafo 3.º, Directiva (UE) 2019/770: *En los casos contemplados en el artículo 11, apartado 3, la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales eran conformes dentro del período durante el cual se hayan de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato recaerá en el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de ese período.*

[87] Nótese que el artículo 121.5 TRLGDCU excluye expresamente la aplicación de lo dispuesto en sus apartados 3 y 4 a la venta de bienes con elementos digitales. Esa exclusión no se precisa en Cataluña pues el legislador catalán —como se ha puesto de relieve— no ha optado por una trasposición conjunta de las dos Directivas que nos ocupan.

[88] Artículo 621-75 CCCat*: Incompatibilidad con el entorno digital del adquirente.*

1. «El suministrador no es responsable de la falta de conformidad si prueba que el entorno digital del adquirente no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos

o servicios digitales, si le ha informado de estos requisitos, de forma clara y comprensible, antes de la conclusión del contrato.

2. El adquirente tiene que cooperar con el suministrador, de manera razonable y poniendo los medios técnicos disponibles menos intrusivos para él, para que aquel pueda determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales es consecuencia del entorno digital del adquirente. Si este se niega a cooperar, la carga de la prueba sobre la existencia de la falta de conformidad en el momento de la puesta a disposición recae en el adquirente».

(Trabajo recibido el 28 de septiembre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La regulación del contrato de la compraventa en libro sexto del Código Civil de Cataluña. Análisis de las especialidades con trascendencia inmobiliaria*

The regulation of the sale contract in the Sixth Book of the Civil Code of Catalonia. Analysis of the specific provisions on real estate transactions

por

HÉCTOR SIMÓN MORENO
Profesor agregado de Derecho civil
Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN: El 1 de enero de 2018 entraba en vigor la Ley 3/2017, de 15 de febrero, relativo a las obligaciones y los contratos (libro sexto del Código Civil de Cataluña), que regula, teniendo presente las propuestas de armonización del derecho europeo de contratos, algunos contratos con

* El presente trabajo ha sido posible gracias a la participación del autor, como investigador, en el Proyecto "Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma" del Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. PID2020-112876GB-C31).

finalidad transmisora, como la compraventa. Ante la ausencia de datos que evidencien el uso de esta institución jurídica en el tráfico jurídico-económico, y atendiendo a la relevancia económica de la inversión vinculada a la construcción y la vivienda, es necesaria la revisión de la normativa del libro sexto del Código Civil de Cataluña para constatar si es lo suficientemente atractiva y competitiva para los operadores jurídico-económicos, quienes tienen la posibilidad de someter el contrato de compraventa a otro régimen, como el Código Civil español. De este modo, el presente trabajo analiza algunas novedades que incorpora la regulación del contrato de compraventa en el libro sexto y, en particular, aquellas especialidades con trascendencia en la contratación inmobiliaria, como el régimen de la adquisición de viviendas en construcción, el pacto de arras, la previsión de desistimiento en caso de imposibilidad de obtener financiación o el pacto de condición resolutoria, y se concluye acerca de los problemas prácticos que plantea el libro sexto para los operadores jurídico-económicos.

ABSTRACT: The Act 3/2017, of 15 February, regarding obligations and contracts (Sixth Book of the Civil Code of Catalonia), came into force on 1 January 2018 and regulates some contracts with transmission purposes bearing in mind the proposals for harmonization of European contract law, such as the sale contract. In the absence of data that evidences the use of this legal institution in practice, and taking into account the economic relevance of the investment linked to construction and housing, it is necessary to review the provisions of the Sixth Book of the Civil Code of Catalonia to verify whether it is sufficiently attractive and competitive for legal-economic operators, who have the possibility of choosing the law applicable to the sales contract, such as the Spanish Civil Code. In this way, this work analyses some new features that the regulation of the sale contract incorporates in the Sixth Book, in particular those specialties with significance in real estate transactions, such as the regime of the acquisition of dwellings under construction, the down payment, the possibility to withdraw from the contract in case of impossibility of obtaining financing or the contract subject to a resolutory condition. It concludes about the problems legal-economic operators face in practice when applying the Sixth Book.

PALABRAS CLAVE: Compraventa. Código Civil de Cataluña. Contratación inmobiliaria. Seguridad jurídica. Libro sexto.

KEY WORDS: Sales contract. Civil Code of Catalonia. Real estate contracting. Legal certainty. Sixth Book.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE LOS INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN O REHABILITACIÓN.—III. EL PACTO DE ARRAS: 1. La naturaleza jurídica y clases de arras. 2. La consignación notarial de las arras. 3. La constancia de las arras en el Registro de la Propiedad y alcance de la afección real. 4. Aspectos fiscales.—IV. LA PREVISIÓN DE FINANCIACIÓN POR UN TERCERO: 1. Ámbito de aplicación. 2. Requisitos de ejercicio. 3. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento.—V. LA INDICACIÓN DE LA SUPERFICIE DEL INMUEBLE.—VI. EL PACTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA: 1. Naturaleza jurídica y condiciones de ejercicio. 2. El régimen de la condición resolutoria inscrita: *A) Los límites al ejercicio de la condición resolutoria. B) El procedimiento notarial de resolución*. 3. El régimen de prescripción o caducidad de la acción.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Ya han pasado más de cinco años desde la aprobación del libro sexto del Código Civil de Cataluña (CCC), relativo a las obligaciones y los contratos, por Ley 3/2017[1] (libro sexto), que entró en vigor el 1 de enero de 2018. El legislador catalán daba cumplimiento así al mandato establecido en el artículo 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña[2], completando los libros de los que consta el Código Civil de Cataluña, y lo hacía, siguiendo a su Exposición de Motivos, teniendo presente las propuestas de armonización del derecho europeo de contratos, como el Marco Común de Referencia de 2009 (DCFR)[3] (el cual, a su vez, tomaba como punto de partida los Principios de Derecho Europeo de Contratos —*Principles of European Contract Law*[4]) y la Propuesta relativa a una normativa común de compraventa europea de 2011[5], que finalmente no han cristalizado en una normativa europea vinculante (han quedado, pues, como una «toolbox» o caja de herramientas a disposición de los legisladores nacionales[6]); así como la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980[7].

Ya se ha puesto de relieve en otro lugar (SIMÓN MORENO, 2022)[8] los problemas que presenta la regulación del libro sexto:

a) En primer lugar, presenta una estructura incompleta para un Código Civil, que va a provocar que algunas situaciones queden reguladas exclusivamente por el Código Civil español (CC), como el régimen de las obligaciones solidarias o mancomunadas (art. 1138 CC) y las obligaciones

sujetas a una condición suspensiva (art. 1113 CC) o resolutoria (art. 1125 CC), el régimen del cumplimiento de las obligaciones (arts. 1094 y sigs. CC), la nulidad o anulabilidad de los contratos —causas, efectos, etc.— (arts. 1300 y sigs. CC) o la interpretación del contrato (arts. 1281 y sigs. CC), mientras que otras puedan serlo a la vez por el Código Civil y el libro sexto, con los consiguientes costes de transacción para las partes. La misma incertidumbre existirá en algunas cuestiones abordadas en el presente trabajo, por ejemplo si las partes deciden añadir un pacto de arras (art. 621-8 CCC) en un promesa de compra y venta, dadas las dificultades para interpretar si constituye un contrato perfecto (regulándose por el libro sexto) o un precontrato (que se regiría por el CC), o si las cláusulas penales insertas en contratos de compraventa con pactos de condición resolutoria (art. 621-54 CCC) podrán ser moderadas por el juez, como prevé el artículo 1154 del Código Civil.

b) En segundo lugar, algunas normas del libro sexto tienen una clara inspiración europea, como el principio de conformidad y el listado unificado de remedios (arts. 621-20 y sigs. CCC) o la institución de la ventaja injusta (art. 621-45 CCC). Este hecho va a provocar que muchas de sus disposiciones deban interpretarse, precisamente, atendiendo al espíritu con la que se recogieron en estos textos.

c) Y, en tercer lugar, no existen mecanismos para valorar la conveniencia de su regulación *ex ante*, ni *ex post*, es decir, para valorar su potencial impacto en la contratación inmobiliaria.

En este contexto, el presente trabajo analiza las principales novedades que incorpora la regulación del contrato de compraventa en el libro sexto y, en particular, las que específicamente afectan a la contratación inmobiliaria. Piénsese que la inversión vinculada a la construcción representaba casi el 5,5% del PIB español en 2018 (lejos del 12% que representaba antes de la crisis de 2008, BANCO DE ESPAÑA, 2019, 1 y sigs.) y que la vivienda principal representaba el 43,3% de los activos totales de las familias en 2017 (BANCO DE ESPAÑA, 2019), por lo que es necesaria la revisión de la normativa del libro sexto para ver si es lo suficientemente atractiva y competitiva para los operadores jurídico-económicos, que al fin y al cabo tienen la posibilidad de someter el contrato de compraventa o bien al del Código Civil o bien al Código Civil de Cataluña de acuerdo con el artículo 10.5 del Código Civil (en defecto de pacto, la ley aplicable será el libro sexto al radicar el bien inmueble en Cataluña)[9].

Se aborda de esta forma el régimen de la adquisición de viviendas en construcción, el pacto de arras, la previsión de desistimiento en caso de imposibilidad de obtener financiación y el pacto de condición resolutoria para concluir acerca de si el libro sexto es un instrumento atractivo hoy en día para la contratación inmobiliaria.

II. EL RÉGIMEN DE LOS INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN O REHABILITACIÓN

El artículo 621-51 del Código Civil de Cataluña establece que las partes, en la compraventa de una vivienda, un local u otro elemento de un edificio en construcción o rehabilitación que deba someterse a un régimen de propiedad horizontal, pueden establecer la situación de comunidad sobre la finca en que se integra el inmueble vendido. La transmisión de una cuota indivisa por el promotor ya se contempló en el régimen de propiedad horizontal del libro quinto del Código Civil de Cataluña (art. 553-8.2).

La finalidad de esta medida es proteger las expectativas del comprador, que en la compraventa de cosa futura se encuentra ordinariamente a expensas del éxito de una acción de naturaleza personal (sin que en ese caso sea necesaria su intervención para el otorgamiento del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal dado que es el propietario/promotor el único legitimado en virtud del art. 553-8.1 CCC) (DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2015, 270-271) y de la efectividad del seguro de caución, cuya contratación exige al promotor el apartado uno de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE)[10] (*cfr*. la obligación que establece el artículo 63 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda[11], de «tener otorgadas las garantías y los seguros legalmente exigibles» en la transmisión de una vivienda en construcción o para recibir cantidades a cuenta)[12]. De este modo, el comprador, gracias a la existencia de una comunidad de bienes, estará legitimado para levantar posibles embargos sobre la totalidad del bien o para hacer valer su derecho si el promotor se declara en concurso de acreedores (LÓPEZ FRÍAS, 2006).

El artículo 621-51.1 del Código Civil de Cataluña permite, pues, la creación (dado que las partes podrán seguir utilizando la clásica compraventa de cosa futura[13]) de una comunidad especial de naturaleza transitoria que se regirá, a falta de pacto por los copropietarios, por las disposiciones específicas del libro sexto (*vid. infra*) y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad ordinaria indivisa (arts. 552-1 y sigs. CCC), y en su caso, por la normativa de la propiedad horizontal (arts. 553-1 y sigs. CCC) en lo que sea compatible (*vid.* art. 551-2.2 CCC). En este sentido, el artículo 621-59.1.b) del Código Civil de Cataluña prevé la creación de una comunidad similar entre cedente y cesionario en el contrato de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura, que «se rige por lo establecido por el libro quinto». Por tanto, la misma conclusión puede defenderse en la comunidad especial del artículo 621-51.1 del Código Civil de Cataluña vía artículo 551-2.2 del mismo Código (de

hecho, en el Proyecto de Ley el art. 621-59 CCC.1.b) remitía expresamente al art. 621-53 CCC), sin perjuicio de que dicha remisión puede plantear algunos problemas prácticos (*vid. infra*).

Nótese que la comunidad recae sobre un único objeto («la finca en que se integra el inmueble vendido»), de manera que la venta sucesiva de los elementos privativos que integrarán la propiedad horizontal por parte del promotor provocará que los adquirentes vayan incorporándose sucesivamente a esta comunidad especial, que se sujeta a las siguientes reglas contempladas en el libro sexto:

a) La cuota del comprador en dicha comunidad corresponderá a la que «tenga el elemento en construcción o rehabilitación en el régimen de propiedad horizontal en que se integra una vez construido o rehabilitado» (art. 621-53 CCC), lo que elimina «los problemas de exceso o deceso de adjudicación»[14]. Esta información debe recogerse en el contrato de compraventa, así como el resto de los elementos que prevé el artículo 621-51.2 del Código Civil de Cataluña[15].

b) La cesión de una cuota por el promotor no presupone, aunque pueda darse el caso, que la propiedad horizontal ya esté constituida sobre la finca. De hecho, el artículo 553-7 del Código Civil de Cataluña establece que un inmueble *puede* someterse al régimen de propiedad horizontal aunque la construcción no esté terminada. Esta posibilidad ya había sido aceptada por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 17 de julio de 1998[16] y tiene su utilidad en «permitir la enajenación de los pisos o locales (presentes o futuros) y el de garantizar a los hipotéticos adquirentes el objeto y las características del derecho que adquirirán; especialmente si el título se inscribe en el Registro de la Propiedad» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2014, 31 y sigs.).

El Código Civil de Cataluña contempla que el régimen de comunidad pueda constituirse por dos vías y en dos momentos distintos. En primer lugar, el artículo 621-53-4 del Código Civil de Cataluña establece que el vendedor puede otorgar una escritura de obra nueva y de constitución del régimen de la propiedad horizontal si hace constar una descripción individualizada del elemento vendido tal y como aparece en la escritura de compraventa (dicho elemento debe inscribirse a nombre del comprador). En este caso será necesario el consentimiento del comprador (art. 553-1 CCC)[17]. Por su parte, el artículo 553-8.2 del Código Civil de Cataluña legitima a cualquier adquirente a exigir el otorgamiento inmediato del título de constitución de acuerdo con el proyecto por el que se ha obtenido la licencia correspondiente. De este modo, cualquier adquirente/comunero puede exigir la constitución del régimen de propiedad horizontal. En este sentido, la descripción individualizada a la que hace referencia el artículo 621-53-4 del Código Civil

de Cataluña debería, por coherencia sistemática, reflejarse también en el título de constitución de la propiedad horizontal cuando viene exigida por los adquirentes, a pesar de que en ese momento no exista una declaración de obra nueva (por no haber terminado el promotor la construcción del edificio) y se esté ante una propiedad horizontal de hecho. La constitución del régimen, pues, podrá tener lugar durante o al finalizar las obras.

En ambos casos se plantea la duda de si la constitución del régimen de propiedad horizontal extingue la situación de comunidad (*cfr*. art. 552-11 CCC). Una vez constituido dicho régimen (finalizada o no, como se ha visto, la construcción), se producirá la inscripción de dicho piso o local a nombre del comprador (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 124). De esta forma, la situación de comunidad deja de existir sobre la construcción en su totalidad una vez se constituye el régimen de propiedad horizontal al recaer, desde entonces, únicamente sobre los elementos comunes[18]. Ahora bien, la adquisición definitiva de la propiedad exclusiva sobre los elementos privativos del edificio tendrá lugar una vez finalizada la construcción (art. 621-53.3 CCC; la misma previsión se encuentra en el contrato de cesión de finca, art. 621-62 CCC[19]).

Como medida de protección del comprador, el artículo 621-51.3 del Código Civil de Cataluña prevé que las partes puedan fijar en el contrato el plazo final de construcción o rehabilitación, que no puede ser superior a diez años contados desde la obtención de la correspondiente licencia de obras (en este sentido, el artículo 63 de la Ley 18/2007 establece los requisitos para transmitir una vivienda en construcción, entre los que se incluye disponer previamente de la licencia de edificación). En defecto de pacto, el plazo final es el establecido por la licencia. Si se fija el plazo, la problemática se plantea en torno a su incumplimiento y la facultad del comprador de resolver el contrato. La STS de 30 de abril de 2015[20] ha defendido que el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas[21] (derogada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la disposición adicional primera de la LOE, cuyo apartado cuarto contiene, no obstante, una previsión similar) introduce en los contratos de compraventa de viviendas en construcción una especialidad en la interpretación del artículo 1124 del Código Civil, de manera que el retraso en la entrega de la vivienda[22], aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver el contrato. Ello tendrá lugar siempre que, primero, la resolución se ejercite antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega y, segundo, que el comprador no actúe de mala fe o con abuso del derecho. Por tanto, el mero retraso, aunque no sea relevante o esencial,

sí permitiría al comprador resolver el contrato de compraventa de vivienda en construcción (que se regiría por el CCC) en este supuesto siempre que la resolución se adecúe a los estándares del principio de la buena fe (art. 111-7 CCC), modulando, pues, lo dispuesto en los artículos 621-42.2 (que no permite resolver el contrato si el retraso en el cumplimiento que no es esencial) y 621-51.3 del Código Civil de Cataluña.

c) Queda excluida la acción de división de la cosa común (art. 621-53.2 CCC), tal y como sucede en otros regímenes de comunidad del Código Civil de Cataluña, como en la propiedad horizontal (art. 553.1.4. CCC) o en la comunidad por turnos (art. 554-2.c) CCC). En la misma línea, el artículo 553-8.2 Código Civil de Cataluña (libro quinto CCC) establece que el promotor que haya transmitido una cuota indivisa del inmueble no puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 552-11.4 del Código Civil de Cataluña, que habilita al cotitular de las cuatro quintas partes de las cuotas o más a exigir en el procedimiento de división la adjudicación de la totalidad del bien objeto de la comunidad pagando en metálico el valor pericial de la participación de los demás cotitulares. Sin embargo, la remisión del artículo 553-8.2 del Código Civil de Cataluña al artículo 552-11.4 del mismo Código es innecesaria dado que la facultad que prevé este último precepto solo podrá hacerse efectiva si se ejercita la acción de división de la cosa común, lo que ya no es posible una vez aprobado el libro sexto (art. 621-53-2 CCC). Será necesaria, pues, una labor armonizadora de ambos textos normativos.

Además, también se excluyen los derechos legales de adquisición preferente entre propietarios de diferentes viviendas, locales o elementos del edificio en construcción o rehabilitación (art. 621-53.2 CCC).

d) No contempla el Código Civil de Cataluña más normas destinadas a regular las situaciones de comunidad, lo que plantea algunos problemas prácticos. En cuanto a los derechos y obligaciones de los adquirentes, la prohibición de ejercitar derechos de adquisición preferente da a entender que cada uno de ellos conserva la facultad de disposición sobre su cuota mientras no se constituya el régimen de propiedad horizontal (art. 552-3.1 CCC). Por otra parte, las facultades de uso, disfrute y disposición sobre la finca (art. 552-6 CCC) deben quedar limitadas necesariamente en beneficio del promotor, quien además tiene el deber de construir para cumplir con su obligación, si bien la existencia de una situación de comunidad provocará que tanto el promotor como los distintos adquirentes vayan adquiriendo, por accesión (art. 542-1 CCC), lo que se construya en proporción a su cuota[23]. Y en cuanto a los gastos y frutos asociados al bien (arts. 552-6 y 8 CCC), por ejemplo en el supuesto de que la finca sea objeto de expropiación o se destruya, el adquirente tendrá derecho a lo que por su cuota le corresponda.

III. EL PACTO DE ARRAS

El artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña prevé el régimen jurídico de las arras, del que podemos destacar los aspectos que se analizan a continuación.

1. La naturaleza jurídica y clases de arras

El Código Civil de Cataluña no regula en qué consisten las arras, que se configuran en el del Código Civil como un pacto accesorio del contrato principal, en especial la compraventa (STS de 29 de junio de 2011[24]). Las SSTS de 17 de octubre de 2018, 21 de junio de 2013 y 24 de octubre de 2002[25] prevén la existencia de tres clases de arras: a) confirmatorias, que buscan reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración; b) penales, cuya finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante la pérdida o devolución doblada de las cantidades entregadas al vendedor, caso de incumplimiento; y c) penitenciales, que constituyen un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante su pérdida o restitución doblada. Esta última clase de arras es la regulada en el artículo 1454 del Código Civil, cuya aplicación exige una constancia expresa en el contrato.

Pues bien, de la regulación del artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña puede destacarse lo siguiente:

a) En primer lugar, que las arras se presumirán que son confirmatorias («en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compraventa») en ausencia de un pacto expreso entre las partes que le otorguen otra naturaleza. En este caso, las partes no tienen la facultad de desistir de contrato, cuyo incumplimiento provocará una falta de conformidad y el comprador o el vendedor, según el caso, tendrá a su disposición la panoplia de remedios que prevé el artículo 621-37 del Código Civil de Cataluña.

b) En segundo lugar, que el artículo 621-8.2 del Código Civil de Cataluña exige un pacto expreso entre las partes para que las arras se consideren penitenciales y les permitan desistir del contrato, en la línea de lo exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 1454 del Código Civil (STS de 17 de octubre de 2018). Ello evita conductas oportunistas de vendedor y comprador[26]. Con todo, el Tribunal Supremo ha interpretado de manera restrictiva la aplicación del artículo 1454 del Código Civil, por lo que la mera referencia al artículo 621-81 del Código Civil de Cataluña en el contrato puede no ser suficiente para considerar las arras como penitenciales[27], y la posible concurrencia de arras

penitenciales, por un lado, y la de arras confirmatorias, por otro, debe resolverse en favor de la existencia de estas últimas sobre la base de la presunción apuntada[28].

c) En tercer lugar, que las arras deben consistir necesariamente en una «cantidad de dinero» en consonancia con la propia definición de compraventa (art. 621-1 CCC). Por tanto, no será posible —como sí se admite en el Código Civil— que las arras consistan en otra cosa distinta, sea o no fungible[29]. La entrega del dinero en concepto de arras por parte del comprador será necesaria para que pueda hablarse propiamente de arras (dado su carácter real[30]), aunque se plantea la doctrina (NAVARRO CASTRO, 2011) —con ocasión de la STS de 11 de noviembre de 2010— el posible compromiso del comprador de entregar las arras en un momento futuro, pero antes de la celebración del contrato. Este pacto sería posible en el libro sexto con base en el principio de libertad civil (art. 111-6 CCC), aunque el pacto no otorgaría el derecho a desistir a las partes (si fueran penitenciales) hasta su entrega efectiva.

d) En cuarto lugar, que el efecto del desistimiento es el mismo que en el Código Civil: se mantiene la pérdida de las arras por la parte compradora y la devolución por duplicado por la parte vendedora. Ahora bien, se plantea la cuestión de si las partes podrían modificar estos efectos con base, de nuevo, en el principio de libertad civil (art. 111-6 CCC). La jurisprudencia muestra casos en los que se pacta un régimen diferente al previsto en el artículo 1454 del Código Civil (por ejemplo, en la SAP de Cantabria de 20 de julio de 2011[31] se pacta «la facultad del comprador para renunciar o desistir del contrato, siendo la consecuencia de dicho desistimiento perder el 20% de las cantidades entregadas»), por lo que las partes, en nuestra opinión, podrían modificar las consecuencias que se fijan en el Código Civil de Cataluña siempre y cuando se mantenga su naturaleza jurídica (es decir, que permitan a las partes desistir del contrato) y las condiciones no contravengan el principio de la buena fe (art. 111-7 CCC).

Por ejemplo, cabe plantearse si las partes podrían pactar que el comprador perdiese todo lo entregado en concepto de arras en caso de desistimiento, sin que el desistimiento por parte del vendedor le acarrease ninguna obligación. Se trataría de un supuesto de arras de naturaleza unilateral, que «se constituyen por uno de los contratantes para garantizar exclusivamente el cumplimiento de la obligación que le incumbe» (QUESADA GONZÁLEZ, 2003). El redactado del artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña sugiere que el pacto de arras tiene una naturaleza bilateral, aunque el principio de libertad civil debería posibilitar que las arras tuvieran una naturaleza unilateral, como admite por ejemplo la Ley 467 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra[32]. Con todo, y a pesar de que nada prevea el Código Civil de Ca-

taluña, esta posibilidad quedaría forzosamente limitada en la contratación entre empresarios (por ejemplo, un promotor) y consumidores, dado que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, RDL 1/2007)[33] prevé la nulidad de aquellas cláusulas en las que exista una falta de reciprocidad (por ejemplo, en la cláusula declarada abusiva por la STS de 3 de junio de 2008[34] y la SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2011[35], en la que el vendedor únicamente debía devolver las arras recibidas al comprador en caso de desistimiento y no por duplicado). Por otra parte, y dado que no tiene el importe de las arras la naturaleza de cláusula penal, no le será aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil (de acuerdo con la SAP de Murcia de 18 de diciembre de 2017[36]).

e) En quinto lugar, y en relación al sujeto obligado a la entrega de las arras penitenciales en caso de desistimiento, es posible que la obligación recaiga sobre el agente de la propiedad inmobiliaria que ha intervenido en la operación (ya la STS de 7 de marzo de 1994[37] declaró que dicho agente está facultado para recibir arras), ya sea porque es la persona que asume contractualmente la obligación de devolver las arras al comprador (caso de la SAP de Málaga de 20 de septiembre de 2013[38]) o porque debe devolverlas al comprador dada la ausencia de ratificación del contrato por parte del vendedor. Si el agente no las devolviera incurriría en un enriquecimiento injusto (SSAP de Las Palmas de 5 de febrero de 2012[39] y de Navarra de 30 de junio de 2009[40]). Y si una de las partes, a la hora de devolver las arras, se encuentra ante la negativa de la otra parte a su recepción, en este caso cabe la consignación judicial (aplicando analógicamente el artículo 621-16 del Código Civil de Cataluña; así sucedió en la STS de 11 de noviembre de 2010).

Cuestión distinta es cuándo deberá considerarse que ha existido un desistimiento por las partes. Fuera de los casos en los que se notifica fehacientemente dicha voluntad a la otra parte, podría entenderse ejercitado dicho desistimiento si se incumplen las obligaciones previstas en el contrato de arras (por ejemplo, no se acude el día fijado para formalizar la escritura pública o no se realizan las gestiones pactadas, como la obtención de un permiso urbanístico, *vid.* SAP de Segovia de 30 de junio de 2014[41]). En cuanto al plazo para desistir del contrato, las partes podrán hacerlo (si fueran penitenciales) o bien en el plazo específico de vigencia de las arras previsto por la ley (seis meses en el caso de depósito ante notario, *vid. infra*) o bien hasta el momento previsto de consumación del contrato, es decir, cuando las partes cumplen con sus respectivas obligaciones (ello tendrá lugar ordinariamente con la elevación del contrato a escritura pública, en cuyo momento se transmitirá la propiedad del bien y se hará efectivo el

pago del precio). Por tanto, un desistimiento extemporáneo (por ejemplo, después del plazo previsto para otorgar la escritura pública) se considerará un incumplimiento contractual (SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2009[42]). Si no se fijara un plazo determinado, entonces deberá estarse a las exigencias del principio de la buena fe (art. 111-7 CCC).

Como novedad respecto al del Código Civil, el artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña permite al comprador no perder las arras penitenciales si el desistimiento está justificado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña, es decir, en el caso de no poder encontrar financiación hipotecaria para hacer frente al coste de la compraventa de un bien inmueble (sobre ello, *vid. infra*). Nótese que la normativa del Código Civil de Cataluña hasta ahora descrita tiene una aplicación general a los contratos de compraventa, mientras que la facultad de desistimiento que prevé el artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña solo se aplica a los bienes inmuebles. Más allá de esta posibilidad prevista legalmente, las partes deberían tener la posibilidad de introducir otras causas de desistimiento sobre la base del principio de libertad civil (art. 111-6 CCC).

Sin embargo, el Código Civil de Cataluña no aborda qué sucede si se produce un incumplimiento del contrato por una causa no imputable a las partes. En el del Código Civil, el comprador tendría derecho a recuperar las arras (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2013, 8713). En el libro sexto, el comprador podría resolver el contrato *ex* artículo 621-37.1.c) del Código Civil de Cataluña (no podría exigir su cumplimiento, dado que sería imposible, art. 621-38.7 CCC) con la obligación del vendedor de devolver el importe de las arras recibidas del comprador (no por duplicado), sin posibilidad de poderle exigir una indemnización por daños y perjuicios al no ser el incumplimiento imputable al vendedor. La misma obligación tendrá el vendedor cuando se produce una resolución del contrato que le es imputable (por ejemplo, por no inmatricular con suficiente antelación a la formalización de la escritura la finca objeto de compraventa —SAP de La Coruña de 5 de marzo de 2014[43]— o por apreciar el notario que uno de los vendedores no tiene la capacidad suficiente para otorgar la escritura —SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2013[44]), con la posibilidad del comprador de exigirle daños y perjuicios (art. 1101 CC). Y si las dos partes quisieran desligarse conjuntamente del contrato, ello daría lugar a un mutuo disenso (sobre la base del principio de libertad civil, art. 111-6 CCC) y a la restitución de las cantidades entregadas en concepto de arras al comprador (SSAP de Barcelona de 30 de marzo de 2016[45] y Valencia de 27 de enero de 2014[46]).

f) Y, en sexto lugar, que el libro sexto, de la misma forma que el Código Civil, no establece un régimen específico para las arras penales, que sí se recogían (junto con las penitenciales y las confirmatorias) en el artículo 1152.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del

Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 (PMCC)[47], que requería un pacto expreso entre las partes. Por su parte, el artículo 519-15 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, PAPDC) (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018), sigue la estela del libro sexto y del PMCC, si bien establece en los artículos 519-9 y siguientes una regulación diferenciada de la cláusula penal dada su específica naturaleza jurídica (ordinariamente, la cláusula penal permite fijar la indemnización en caso de incumplimiento).

Tal y como se ha puesto de relieve (SERRANO DE NICOLÁS, 2018, 48), se echa en falta en el libro sexto una regulación de la promesa de compra o venta que se subsume en el artículo 1451 del Código Civil, y que incluye una variedad de supuestos: a) el vendedor se obliga a vender al comprador la cosa si este lo desea (opción de compra); b) el comprador se obliga a comprar al vendedor la cosa (promesa de compra); o c) tanto el vendedor como el comprador se obligan a comprarse recíprocamente (promesa de compra y venta) (MORALEJO IMBERNÓN, 2013, 10229). En este último caso, el precontrato bilateral de compraventa contiene los elementos básicos del posterior contrato de compraventa que las partes se obligan a poner en vigor (SSTS de 21 de marzo de 2012 y 28 de noviembre de 2005[48]). Por tanto, la ausencia de dicha regulación en el libro sexto implicará que las arras confirmatorias o penitenciales que prevé el artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña acompañarán necesariamente a un contrato de compraventa ya perfeccionado (la STS de 22 de octubre de 2001[49] trató unas arras que se entregaron en los tratos preliminares). Con todo, cuando las partes celebran un contrato privado de compraventa (con la asistencia, en su caso, de un agente de la propiedad inmobiliaria) con un pacto accesorio de arras ya suele existir un contrato de compraventa perfecto[50]. En cualquier caso, las arras que tendrán más relevancia serán las penitenciales, dado que las arras confirmatorias no serán propiamente un pacto accesorio, sino parte del precio que queda, en parte, necesariamente aplazado.

2. La consignación notarial de las arras

El artículo 621-8.3 del Código Civil de Cataluña establece que «la entrega de arras penitenciales pactadas por un plazo máximo de seis meses y depositadas ante notario puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad y, en este caso, el inmueble queda afecto a su devolución».

De este modo, el Código Civil de Cataluña permite que las arras pueden ser depositadas ante notario si se pactan por un plazo máximo de seis meses para la adquisición futura de un bien inmueble, es decir, el precepto da a entender que la escritura pública de compraventa debería formalizarse

dentro de dicho plazo. El plazo previsto en el Proyecto de Ley de 3 de marzo de 2016[51] era de tres meses, que fue objeto de enmienda por el GP Junts pel Sí (Enmienda 1, que no se acompaña de una justificación), lo que dio pie al redactado actual. La problemática que puede plantearse es si las partes desean prorrogar el plazo para la formalización de la escritura pública, por ejemplo porque el vendedor necesita más tiempo para poder vender su vivienda actual u obtener los permisos urbanísticos necesarios para poder cumplir con su obligación, o el comprador para seguir buscando financiación externa. En este caso, las partes deberán novar el contrato estableciendo un nuevo período máximo de seis meses y depositar, de nuevo, las arras penitenciales ante notario. La razón de este nuevo depósito descansaría en la naturaleza imperativa del artículo 621-8.3 del Código Civil de Cataluña, al tiempo que la nota marginal se cancelará por caducidad pasados sesenta días del plazo pactado (*vid. infra*)[52]. Piénsese que el bien inmueble, como se analizará a continuación, podría responder —según cómo se interprete la afección que prevé el libro sexto— por la devolución de las arras, por lo que la prioridad de dicha afección respecto a los derechos de terceros (art. 24 de la Ley Hipotecaria, LH) no podría prorrogarse en su perjuicio *sine die*.

Por otra parte, el depósito de las arras no es algo extraño en la práctica, en particular cuando están involucrados adquirentes que residen en el extranjero (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 99), aunque no es lo habitual fuera de este supuesto[53].

El depósito de las arras garantiza su devolución por el notario a quien corresponda (según hayan acordado vendedor o comprador) en función de su naturaleza jurídica (se ha defendido, con una interpretación finalista, que las partes puedan pactar que el vendedor se quede con las arras y las pueda utilizar para cancelar cargas previas, etc.; JOU I MIRABENT, 2021, 138). Ello evita una potencial insolvencia del vendedor, al tiempo que evita situaciones en las que un agente de la propiedad inmobiliaria recibe las arras sin poder suficiente (ver en este sentido la STS de 22 de mayo de 1998[54]) o la imputan directamente a sus honorarios[55]. Si las partes no se ponen de acuerdo, entonces será el juez quien deberá dirimir la disputa, quedando el notario a la espera de la resolución judicial.

3. La constancia de las arras en el Registro de la Propiedad y el alcance de la afección real

El depósito de las arras podrá hacerse constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal (TENZA LLORENTE, 2018, 159), quedando «afecto» el bien inmueble a su devolución. No queda claro, sin embargo, en qué consiste esta afección y cómo se hará efectiva.

En cuanto a cuándo operará esta afección, no lo hará si el comprador desiste sin causa justificada, porque ello supondría la pérdida de las arras, o si se celebra finalmente la compraventa (art. 621-83.c) CCC). Señala la doctrina con acierto que la garantía debería abarcar no solo el importe depositado como arras, sino la «devolución por duplicado de la parte vendedora» (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 101), dado que en caso contrario la garantía perdería utilidad. De hecho, la afección tendrá poca operatividad cuando el vendedor tenga la obligación de devolver las arras pero no por duplicado, por ejemplo cuando se produce la resolución del contrato por una causa imputable al vendedor (por ejemplo, por la existencia de termitas en el inmueble, lo que supone un incumplimiento esencial, caso de la SAP de Barcelona de 26 de enero de 2022[56]), el comprador desiste del contrato por una causa justificada (por ejemplo, por falta de financiación, art. 621-49 CCC) o el contrato se resuelva por mutuo acuerdo de las partes (mutuo disenso) o devenga ineficaz por cualquier causa (por ejemplo, porque ha existido un vicio del consentimiento). Piénsese que el importe de las arras entregadas por el comprador queda en poder del notario, quien podría devolverlas al comprador en estos supuestos sin necesidad de recurrir a esta afección[57]. Con todo, no parece que la afección real se extienda a otros conceptos distintos del importe de las arras penitenciales, como podría ser el importe de unas arras penales incluidas en la escritura.

Otra cuestión es en qué medida la afección va a proteger los derechos del comprador, que «actúa como garantía de la devolución de la cantidad entregada» (DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2018, 421). El artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña no utiliza la expresión «afección real», que sí puede encontrarse en la afección que se regula a favor de la comunidad de propietarios en el artículo 553-5 del Código Civil de Cataluña y que recae sobre el bien inmueble del propietario moroso o del nuevo adquirente, o a favor de propietario formal en la propiedad compartida y que recae sobre la cuota del propietario material para garantizar el pago de la contraprestación dineraria (art. 556-9 CCC)[58].

En el primer caso encontramos una norma similar en la Ley estatal que podría tomarse como punto de partida para la interpretación de la norma catalana (de hecho, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2013[59] y la SAP de Girona de 15 de abril de 2011[60] defienden que el artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio (LPH), está vigente en Cataluña «por deseo, sino expreso, tácito del legislador catalán»), pero no en el segundo ni en el pacto de arras regulado en el artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña, de manera que es dudoso que esta última modalidad pueda tener un carácter real porque no se establece expresamente dicho carácter, a diferencia de los supuestos apuntados. En cualquier caso, el privilegio que pudiera tener en

sede concursal sería limitado al tener los privilegios crediticios un carácter *numerus clausus* (por ejemplo, la SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2006[61] ha denegado un carácter privilegiado al derecho real de retención, arts. 569-3 y sigs. CCC). Las mismas dificultades se plantearían respecto a su reconocimiento como crédito privilegiado en los artículos 1922 y 1923 del Código Civil. De este modo, en la práctica el comprador deberá practicar una anotación preventiva de embargo ante la negativa del vendedor a devolver las arras, que solo afectará a terceros desde la fecha de su anotación, no desde la constancia registral de las arras, como sucede con la nota marginal de afección fiscal prevista en la legislación reguladora de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Donaciones y Sucesiones (de acuerdo con ARNAIZ RAMOS, 2019, 72-73).

La afección se extingue por alguna de las siguientes circunstancias de acuerdo con el artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña: a) una vez transcurridos sesenta días después del plazo pactado, salvo que exista una anotación anterior de demanda por parte del comprador (en este caso, la afección se cancela de oficio, artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario); b) cuando el comprador desiste y el vendedor lo acredita fehacientemente; y c) cuando se inscribe la compraventa. En el primer caso, la redacción original del Proyecto de Ley preveía un plazo de 30 días, que se ha ampliado a 60 (con base en la enmienda ya mencionada) para adecuar el plazo a lo previsto en los artículos 19.2, 66.1 y 323.1 LH. Este plazo es de caducidad y, por tanto, no puede prorrogarse por las partes. En el segundo caso, y como ya se ha dicho, el comprador pierde las arras y la afección pierde su razón de ser. Para acreditar el desistimiento se requerirá escritura pública de renuncia o acta de requerimiento notarial (TENZA LORENTE, 2018, 166, 167). Y en el tercer caso, la inscripción del contrato de compraventa supondrá que la afección también pierde su razón de ser.

4. Aspectos fiscales

La Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos V1712-17, de 3 de julio de 2017[62], ha establecido que el depósito de una cantidad de dinero en concepto de arras penitenciales constituye hecho imponible de la cuota variable del documento notarial, al concurrir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados[63]. Por esta razón impositiva, la doctrina había apuntado que «cabe presumir por ello que su relevancia práctica será escasa»[64]. El legislador catalán ha intentado potenciar el depósito de las arras ante notario gracias a una bonificación del

100% de la cuota gradual de dicho impuesto, que también afecta al resto de documentos notariales que puedan otorgarse para su cancelación registral (art. 94 de la Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente[65]).

IV. LA PREVISIÓN DE FINANCIACIÓN POR UN TERCERO

1. Ámbito de aplicación

El artículo 621-49.1 del Código Civil de Cataluña prevé que el comprador podrá desistir del contrato si se ha previsto expresamente la necesidad de obtener financiación externa (de todo o parte del precio) y esta acaba frustrándose, ya sea porque la entidad de crédito designada no concede la financiación o no acepta la subrogación del comprador en la hipoteca que grava el inmueble. Por tanto, la ausencia de dicho pacto no habilitará al comprador a recuperar las arras si desiste del contrato (SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2021[66]). En efecto, la jurisprudencia muestra casos en los que el comprador pierde las arras por no haber pactado este extremo en el contrato (SSTS de 13 de julio de 2017 y 23 de septiembre de 2014[67] y SSAP de Valencia de 29 de abril de 2020[68], Madrid de 12 de mayo de 2017[69] y de Toledo de 10 de diciembre de 2015[70]), a no ser que las partes hayan querido traspasar el riesgo al vendedor (como menciona la STS de 13 de julio de 2017), por ejemplo comprometiéndose la vendedora a que la entidad de crédito aceptase la subrogación. En este sentido, el Tribunal Supremo (sentencias de 16 de enero y 1 de octubre de 2012 y 15 de septiembre de 2015[71]) ha considerado que la obligación de la parte vendedora de facilitar financiación al comprador (por ejemplo, gracias a la subrogación del comprador en el crédito hipotecario pactado por el promotor-vendedor) se configura como accesoria, a no ser que el vendedor asegure dicha financiación con la entidad financiera, en cuyo caso la obligación pasa a ser esencial y puede legitimar al comprador a resolver el contrato.

Desde el punto de vista objetivo, esta facultad se circunscribe a la compraventa de bienes inmuebles, si bien la adquisición de otros bienes (por ejemplo, coches u otros bienes muebles de cierta entidad económica) también puede conllevar problemas de financiación. Y desde el punto de vista subjetivo, el precepto será aplicable a las compraventas con independencia de si las partes (comprador y vendedor) son personas físicas o jurídicas. La única limitación es que la financiación (o la potencial subrogación) debe denegarse por parte de una entidad de crédito, término que, de acuerdo con artículo 1 de la Ley 10/2014 de 26 de junio de ordenación, supervisión y

solvencia de las entidades de crédito[72], incluye a bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito o el Instituto de Crédito Oficial. No parece por tanto posible que pueda aplicarse este precepto cuando intervienen como financiadores otras entidades o particulares[73].

La exposición de motivos del libro sexto no ofrece una explicación a esta limitación, pero entendemos que también deberían incluirse dentro del ámbito de aplicación del artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña, al menos, los prestamistas a los que se les aplica la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[74], que pueden ser cualquier «persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos» (el prestamista tendrá la condición de profesional si interviene en el mercado de servicios financieros «con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora», artículos 2.1 y 4.1.2 Ley 5/2019), siempre y cuando el comprador vaya a ser —si se le concede el préstamo— un prestatario tal y como se define en el artículo 4.1.1) Ley 5/2019.

Por otra parte, el precepto admite pacto en contrario, por lo que las partes podrán eliminar esta posibilidad con el riesgo de que se convierta en una cláusula de estilo en las compraventas con consumidores[75].

2. Requisitos de ejercicio

El artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña exige los siguientes requisitos para que prospere la facultad de desistimiento:

a) En primer lugar, el comprador debe aportar una justificación documental. En las dos posibilidades apuntadas (denegación de la financiación o subrogación), valdrá como prueba un certificado del director de la sucursal bancaria que se trate (*vid.* SAP de Almería de 4 de mayo de 2012[76]).

b) En segundo lugar, esta justificación debe producirse dentro del plazo (de caducidad[77]) pactado. Este requisito exige que las partes acuerden un plazo y, en su ausencia, deberá entenderse que el comprador puede desistir en un plazo razonable[78]. Desde la perspectiva del derecho comparado, en Francia es bastante común en la práctica que las partes celebren un contrato preliminar antes del inicio de la construcción del edificio («contrat préliminaire»)[79]. El contrato debe celebrarse ante notario y debe incluir una serie de referencias obligatorias (art. L261-11 *Code de la construction et de l'habitation*[80]), como el precio y plazos de venta provisionales, el plazo de entrega y el depósito, que no puede exceder el 5% del precio de venta provisional y se realiza en una cuenta bancaria o ante notario (arts. R261-29). Cada parte contratante podrá rescindir el contrato de compraventa: el

comprador perderá el importe entregado y el vendedor devolverá el importe doblado (art. 1590 Código Civil francés). Además, el contrato preliminar debe indicar si el precio se pagará con o sin la ayuda de uno o más préstamos. Si este es el caso, el comprador tiene un mínimo de 30 días para obtener una oferta de préstamo (arts. L313-40 y siguientes *Code de la consommation*), que se configura como una condición suspensiva. Si esta condición no se cumple, cualquier suma pagada por adelantado por el comprador a la otra parte o en nombre de esta última será reembolsable de forma inmediata y total sin derecho a su retención o a una compensación por este motivo.

De nuevo, se plantea la duda de si las partes podrían prorrogar el plazo pactado ante las dificultades para obtener financiación, lo que no debería plantear problemas de acuerdo con el principio de libertad civil (art. 111-6 CCC).

c) Y, en tercer lugar, el comprador no podrá desistir si la falta de financiación tiene su origen en una negligencia por su parte, por ejemplo si permanece pasivo a la hora de buscar financiación o no entrega los documentos necesarios a la entidad de crédito para la valoración de su solvencia (en este sentido, SERRANO DE NICOLÁS, 2021, 479). Este efecto es una concreción del principio de la buena fe y de los actos propios (art. 111-7 CCC). En este sentido, la SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2018[81] aplica el artículo 1258 del Código Civil para obligar al vendedor a devolver las arras al comprador dado que no se había podido formalizar la hipoteca por un error que no le era imputable, y cita *obiter dicta* el artículo 621-8 del Código Civil de Cataluña, no aplicable específicamente al supuesto de hecho.

3. Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento

El apartado 3.º del artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña prevé que desistimiento del comprador «obliga al vendedor a la devolución del precio que le hubiera sido entregado y, si procede, de las arras penitenciales, y obliga al comprador a dejar al vendedor en la misma situación en la que se habría encontrado si no se hubiera concluido el contrato, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria».

Por tanto, el efecto principal es la devolución al comprador del precio o de las arras penitenciales. El vendedor será quien ordinariamente deba devolver el precio recibido o las arras al comprador, aunque si se han depositado las arras ante notario (art. 621-8 CCC), será este último quien tendrá que devolverlas al comprador siempre que le justifique documentalmente la negativa de la entidad de crédito a conceder la financiación requerida.

Otro efecto del desistimiento, aunque no se mencione expresamente, será la readquisición de la propiedad por parte del vendedor[82]. La referencia a

la legislación hipotecaria implica que la facultad de desistimiento no será oponible a aquellos terceros de buena fe que hayan adquirido el bien inmueble (art. 34 LH), siempre que desconozcan la existencia de dicha facultad en la realidad registral o extrarregistral (sobre la necesidad de inscripción ver SERRANO DE NICOLÁS, 2021, 480). Nótese que el artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña no requiere ninguna formalidad determinada al contrato de compraventa, si bien el acceso de la facultad de desistir al Registro de la Propiedad requerirá la formalización del contrato en escritura pública (art. 3 LH).

Finalmente, el comprador debe dejar al vendedor «en la misma situación en la que se habría encontrado si no se hubiera concluido el contrato». En ocasiones, es posible que el vendedor haya realizado algunos gastos en vista a la celebración del contrato de compraventa, como la obtención de la cédula de habitabilidad necesaria para la ocupación de la vivienda (art. 26 Ley 18/2007) o la certificación de la eficiencia energética de la vivienda para su entrega al comprador (art. 17 del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios[83]), cuyo coste el vendedor podría exigir al comprador. Más dudas plantea los honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria, dado que si bien el agente tiene derecho a su cobro por la mera perfección del contrato de compraventa (STS de 20 de mayo de 2004[84]), su derecho decae cuando se condiciona la efectividad o perfección del contrato intermediado (*ex*. art. 1114 CC) o a la concesión de financiación hipotecaria (SAP de Barcelona de 6 de noviembre de 2006[85]). Con todo, el artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña no regula una condición suspensiva, sino una facultad del comprador de desistir del contrato. Por tanto, el agente tendría derecho a sus honorarios, que no obstante el vendedor no podría repercutir al comprador.

V. LA INDICACIÓN DE LA SUPERFICIE DEL INMUEBLE

El artículo 621-50.1 del Código Civil de Cataluña prevé una serie de normas relativas a la indicación de la superficie del inmueble, que también están previstas en los artículos 1469 a 1472 del Código Civil. En su momento, MORALES MORENO[86] apuntaba que esta regulación perdería sentido si se adoptase una regulación unitaria del incumplimiento. Ante un problema de esta índole, a los defectos se les aplicaría las reglas generales sobre el incumplimiento, y respecto a los excesos, las reglas de la restitución.

El Código Civil de Cataluña, que no sigue este razonamiento, contiene las siguientes normas relativas a la indicación de la superficie del inmueble en el artículo 621-50 del Código Civil de Cataluña:

a) En primer lugar, si el precio se pacta globalmente y no por razón de la capacidad del inmueble (a precio cierto), lo que es la práctica habitual (GARCÍA GIL y GARCÍA GIL, 2008, 106), la diferencia de superficie, en más o en menos, no da lugar a la modificación del precio ni a la falta de conformidad, siempre y cuando sea patente e inequívoca la intención de las partes de haber concluido el contrato en cualquier caso (art. 621-50.3 CCC). En este supuesto, la superficie no es determinante para la adquisición de la finca (DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2018, 419). Por su parte, en el régimen del Código Civil, si se vende a precio alzado, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato (art. 1471 CC), a salvo de que la superficie haya sido un factor determinante (lo mismo puede defenderse en el CCC, art. 621-20.1 CCC) o cuando la divergencia afecte al uso de la cosa [supuesto también aplicable en el CCC, art. 621-20.2.c) CCC][87].

De este modo, tanto el Código Civil como el Código Civil de Cataluña adoptan la misma aproximación en este supuesto.

b) En segundo lugar, y si no hay pacto en contrario, la referencia a la capacidad, medida o superficie del inmueble es indicativa y, por tanto, las diferencias, en más o en menos, no dan lugar a la falta de conformidad (art. 621-50.1 CCC). Más allá de que las partes establezcan un régimen específico, el precepto introduce dos excepciones: que las diferencias sean superiores a un 10% o que la capacidad, medida o superficie indicadas sean un requisito para el uso específico, pactado o habitual a que se destinen los inmuebles de las mismas características (*cfr*. art. 621-20 CCC), por ejemplo el bien inmueble puede tener en realidad una superficie no apta para su edificación, lo que imposibilitaría al comprador darle la finalidad prevista. En ambos casos, pues, existirá una falta de conformidad y el comprador tendrá a su disposición la panoplia de remedios previstos en el artículo 621-37 del Código Civil de Cataluña. Por otra parte, el artículo 621-50.3 del Código Civil de Cataluña especifica el remedio a disposición del comprador si la capacidad no sobrepasa el 10% de la medida pactada: la modificación proporcional del precio (art. 621-50.2 CCC).

El régimen del Código Civil es similar: el artículo 1469 del Código Civil prevé que si en el contrato se hubiera realizado con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número, el incumplimiento por parte del vendedor puede derivar, por un lado, en una rebaja del precio o en la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble. Si por el contrario existe una mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de

la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble, o desistir del contrato (art. 1470 CC).

Del régimen del Código Civil y del Código Civil de Cataluña puede destacarse, pues, lo siguiente:

a) En primer lugar, que el Código Civil de Cataluña exige para la existencia de una falta de conformidad que el precio venga determinado por la «capacidad, medida o superficie». Por tanto, la aplicación ya sea del Código Civil o del Código Civil de Cataluña a la compraventa de un bien inmueble exigiría que el precio lo fuera a tanto por metro cuadrado. Si no fuera el caso, se aplicarían las reglas generales de incumplimiento en el Código Civil (así lo entendió la STS de 30 de enero de 1998[88]), y en el Código Civil de Cataluña el supuesto sería reconducible al artículo 621-50.3 del Código Civil de Cataluña. Incluso haciendo constar en el contrato la extensión del inmueble, sus características, linderos, ordenanzas y volúmenes de edificabilidad, ello podría no ser suficiente si el precio no alude a una unidad de medida (STS de 12 de diciembre de 1994[89]).

b) En segundo lugar, que las soluciones que contempla el Código Civil de Cataluña, aunque de mayor amplitud, no difieren en esencia de lo que en realidad puede reclamar el comprador: si la superficie es un factor esencial o la diferencia es superior al 10%, en ese caso podría considerarse un incumplimiento esencial (art. 621-42.1 CCC) y el comprador podría resolver el contrato, pero difícilmente podrá exigir el cumplimiento; y si la diferencia es inferior al 10%, el comprador no podrá resolver, quedando por tanto obligado *de facto* a exigir una reducción del precio.

c) Y, en tercer lugar, que el plazo de prescripción en el Código Civil es de seis meses, lo que contrasta, de nuevo, con el plazo de tres años que prevé el artículo 621-44.1 del Código Civil de Cataluña.

VI. EL PACTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA

El artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña regula el pacto de condición resolutoria como un mecanismo alternativo de financiación al crédito hipotecario con la voluntad de superar la parca regulación del artículo 1504 del Código Civil[90], que contempla lo que se conoce comúnmente como «pacto comisorio» o «lex commissoria» y que se ha considerado como «*un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor*» (RDGRN de 25 de marzo de 2014[91]). Este pacto facilitó la adquisición de bienes inmuebles después de la aprobación de la LPH, si bien su uso ha ido disminuyendo en la medida en que crecía el interés y la facilidad para obtener el importe

necesario para adquirir el bien inmueble mediante otras garantías, como la hipoteca (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 135), al tiempo que ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando el funcionamiento de este pacto ante la sucinta referencia al mismo en el artículo 1504 del Código Civil.

No se regula en el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña, ni tampoco en el artículo 1504 del Código Civil, un derecho real de garantía, sino un pacto accesorio a un negocio traslativo que puede tener, en su caso, efectos frente a terceros gracias a su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que por tanto sea aplicable la interdicción del pacto comisorio (AZOFRA, 2020, 721 y sigs.)[92]. Por lo demás, la exposición de motivos de la Ley 3/2017 únicamente prevé que «se regula de forma ponderada la condición resolutoria explícita», por lo que se echa en falta la justificación de algunas de las medidas que se analizarán a continuación. Para su análisis debe tenerse en consideración lo que buscan las partes en la práctica (no solo el vendedor sino también el comprador, quien de otra manera no tendría acceso al crédito): la resolución del contrato y la readquisición del inmueble por parte del vendedor de la manera más rápida posible, quien, además, buscará que se le indemnice por dicho incumplimiento.

A continuación se analiza la regulación del Código Civil de Cataluña comparándola con la del Código Civil.

1. Naturaleza jurídica y condiciones de ejercicio

Si se relacionan los artículos 1124 del Código Civil (resolución de obligaciones sinalagmáticas o recíprocas) y 1504 del Código Civil (que contempla el pacto de condición resolutoria)[93], la doctrina (MONTÉS PENADÉS, 2004) alude en este sentido (al estudiar el art. 1124 CC) a «una suerte de línea continua que tiene a un extremo la condición resolutoria expresa y propia, definida por sus caracteres de automaticidad; en el centro, el pacto de *lex commissoria*, que requiere manifestación del acreedor, y en que se limita la autonomía de la voluntad en ciertos aspectos, y en el otro extremo, la resolución de este precepto, marcada por su carácter potestativo, y por la decisiva intervención del juez». De esta manera, tenemos (DÍEZ PICAZO, 2010, 156 y sigs.):

a) Primero que el artículo 1124 del Código Civil permite al acreedor de una obligación recíproca resolver el contrato (por ejemplo, de compraventa) si la otra parte ha incumplido con su obligación, pero el acreedor debe optar expresamente por esta vía. Una vez ejercitada la acción de resolución, el juez tiene la potestad de establecer un nuevo plazo para el cumplimiento del contrato, que por tanto se mantiene vigente si existen causas que así lo

justifiquen. Así, la resolución vía artículo 1124 del Código Civil (sea judicial o extrajudicial, en este último caso si el deudor no se allana a la resolución) conlleva que el juez pueda constatar la existencia de un verdadero incumplimiento y la concurrencia de circunstancias que autoricen a conceder un nuevo plazo para el cumplimiento.

b) Segundo, que el artículo 1504 del Código Civil es una especialidad del artículo 1124 del Código Civil. Su finalidad es objetivar la facultad de resolver el contrato, es decir, las partes buscan reducir la discrecionalidad del juez a la hora de conceder su resolución (como se ha visto en el art. 1124 CC). Por tanto, la resolución vía artículo 1504 del Código Civil conduce a una mera constatación de haberse realizado en tiempo y forma la manifestación o requerimiento a que alude el precepto, y a la fijación del hecho de haber vencido el término.

Con todo, el artículo 1504 del Código Civil no escapa por completo al régimen del artículo 1124 del Código Civil. En efecto, el acreedor no podrá poner fin al contrato por incumplimiento del deudor si no se trata de un incumplimiento que conforme al artículo 1124 del Código Civil esté investido de efectos resolutorios (CARRASCO PERERA, 2010, 1110 y 1131). Así, el acreedor solo podría ejercitar la acción de resolución del contrato sobre la base del artículo 1124 del Código Civil si se cumpliesen los siguientes requisitos (HERBOSA MARTÍNEZ, 2013, 288 y 289): a) reciprocidad de las obligaciones convenidas; b) exigibilidad de estas; c) cumplimiento del vendedor de lo que a él le incumbía; y d) voluntad manifiesta del contrario a no cumplir la suya. En este sentido, se exige que el incumplimiento por parte del deudor sea sustancial o esencial, es decir, que prive al acreedor de la finalidad que podía legítimamente esperar del contrato.

Pues bien, nótese que el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña regula el segundo supuesto (el pacto de condición resolutoria) y que la condición también puede incluirse únicamente en la compraventa de bienes inmuebles. Dicho precepto no prevé expresamente que hayan de cumplirse el resto de los requisitos previstos en el Código Civil de Cataluña para que tenga lugar la resolución de la compraventa y, por tanto, se podría plantear la duda de si serían aplicables las normas generales sobre la resolución del contrato previstas en el Código Civil de Cataluña como ocurre en el artículo 1504 del Código Civil (por ejemplo, el artículo 621-42.1 del Código Civil de Cataluña exige que el incumplimiento de la otra parte sea esencial para resolver el contrato). Defiende LONGO MARTÍNEZ (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 142) que la condición resolutoria nace del pacto entre los contratantes y, por tanto, que su ejercicio, interpretamos, no dependa necesariamente de lo previsto en los artículos 621-37 y siguientes del Código Civil de Cataluña. En nuestra opinión, esto podría defenderse en la condición resolutoria inscrita (*vid. infra*), en cuyo caso «se aplican a la resolución los preceptos del

presente artículo» (art. 621-54.2 CCC) ya que regula tanto los efectos de la resolución como los presupuestos legales para su ejercicio. Si la condición no se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad, entonces habrá que acudir de manera supletoria al régimen del incumplimiento del libro sexto.

Además de lo ya indicado, el ejercicio de la facultad resolutoria con base en el artículo 1504 del Código Civil exigiría el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Primero, que se trate de una compraventa de un bien inmueble con precio aplazado. El artículo 621-54.1 del Código Civil de Cataluña, como ya se ha dicho, contempla expresamente este requisito.

b) Segundo, la falta de pago del precio por el comprador. Es suficiente con que haya habido el impago de la totalidad del precio o de alguna parte, cuando el precio se encuentra fraccionado o por plazos. El artículo 621-54.1 del Código Civil de Cataluña también prevé expresamente ambos supuestos.

c) Y tercero, que el vendedor haya requerido judicial o notarialmente al comprador. Por tanto, el ejercicio de la acción resolutoria vía artículo 1504 del Código Civil está sujeta a una forma determinada, es decir, debe existir un requerimiento judicial (a través de un acto de conciliación, o una demanda o reconvención, *vid.* SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2014[94] y STS de 12 de noviembre de 2012[95]) o notarial (por el propio notario, basta con que se cumpla lo que a tal efecto establecen los artículos 202, 203 y 204 del Reglamento Notarial[96], que básicamente se centran en regular los modos de practicar la diligencia notificatoria y en consagrar el derecho de contestar del requerido o notificado, *vid.* RDGRN de 20 de septiembre de 2013[97]), frente al ejercicio extrajudicial de la resolución que permite el artículo 1124 del Código Civil (no se ha admitido, por ejemplo, la notificación por burofax, STS de 29 de febrero de 2016[98], que sí se ha admitido con relación al artículo 1124 del Código Civil, SAP de Málaga de 22 de febrero de 2016[99]). Por su parte, el artículo 621-54.1 del Código Civil de Cataluña exige al vendedor (que tiene como en el del Código Civil la facultad en exclusiva de ejercitar la acción resolutoria) que requiera de pago al comprador mediante un acta notarial de forma previa a la resolución automática, por lo que se plantea la duda de si la resolución podría tener lugar por vía judicial (como sí es posible en el CC). En nuestra opinión, el vendedor debería poder resolver el contrato por vía judicial si así lo hubieran pactado en el contrato vendedor y comprador.

Además, el comprador tiene la posibilidad en el régimen del Código Civil de pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente, si bien el juez carece de la posibilidad de dar un plazo de gracia posterior al comprador si el vendedor decide notificar el ejercicio de la acción resolutoria (SSTS de 14 de junio de 2011[100] y 9 de octubre de

2007[101]). Además, el comprador solo podrá oponerse al ejercicio de la acción resolutoria cuando existan causas justificativas, por ejemplo la negativa del vendedor a recibir el pago o la existencia de un conflicto en la liquidación del saldo. En este sentido, no justifica el incumplimiento del comprador las dificultades económicas por las que pueda estar atravesando. Por otra parte, la posibilidad de dar por resuelto el contrato en el artículo 1504 del Código Civil es una facultad exclusiva del vendedor (por tanto, el comprador no estaría legitimado para el ejercicio de la facultad resolutoria, STS de 16 de febrero de 2015[102]; ver también la STS de 12 de junio de 2014[103]). A diferencia de los efectos que se prevén en el Código Civil, el comprador dispondrá en el libro sexto de un plazo de veinte días para efectuar el pago (de manera similar al artículo 621-41.3 del Código Civil de Cataluña, que establece que si el retraso en el cumplimiento no es esencial, se podrá resolver el contrato si el comprador o el vendedor no cumplen en el plazo adicional de cumplimiento que le haya notificado la otra parte). Nótese que en el Código Civil no existe propiamente un requerimiento sino una acción de resolución del contrato, de manera que la resolución tiene lugar de manera automática y unilateral. Además, el artículo 621-54.1 del Código Civil de Cataluña no establece las causas de oposición del comprador, que se ventilarán en el correspondiente juicio declarativo.

A continuación se analiza el régimen de la condición resolutoria inscrita.

2. El régimen de la condición resolutoria inscrita

A) Los límites al ejercicio de la condición resolutoria

En el caso de que el pacto de condición resolutoria se inscriba en el Registro de la Propiedad, los apartados 2.º a 6.º del artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña prevén unas reglas específicas. El artículo 621-54.2 del Código Civil de Cataluña, pues, prevé tres límites al ejercicio de la condición resolutoria:

1. Primero, que la resolución solo podrá tener lugar si la parte impagada del precio aplazado, incluidos, si procede, los intereses pactados, supera el 15% del precio íntegro más los intereses. Parece que el «precio íntegro» se refiera a la totalidad del precio de la compraventa (sobre la que se aplica el límite) y no a la totalidad del precio aplazado (cuya cuantía podrá ser menor al precio total), lo que significa que el vendedor deba esperar más o menos tiempo en función de los pagos aplazados pactados[104]. De este modo, el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña busca que el incumplimiento tenga cierta entidad, sin que pueda privarse al comprador de la propiedad

del bien por el impago de una pequeña cantidad, lo que podría ir en contra del principio de la buena fe (art. 111-7 CCC) (GREGORACI, 2015, 85 y sigs.). CUMELLA GAMINDE (CUMELLA GAMINDE, 2014-2016, 355) se preguntaba en relación con el Proyecto de Ley si tenía sentido establecer un régimen para el ejercicio de la condición resolutoria distinto del previsto en las normas generales sobre resolución del contrato, que exigen que el incumplimiento sea esencial (art. 621-42 CCC)[105]. Sea como fuere, el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña —como ya se ha dicho— regula los presupuestos específicos para el ejercicio de la condición resolutoria imponiendo al vendedor cuándo el incumplimiento del comprador puede considerarse como esencial.

2. Segundo, que si se han pactado intereses, el artículo 621-54.2 del Código Civil de Cataluña prevé que la escritura debe incorporar un cuadro de amortización y que el tipo de interés debe ser fijo, debe devengarse por meses vencidos y no puede ser superior al interés legal en el momento del otorgamiento de la escritura, incrementado en el 50%. Por tanto, el tipo de interés no podría ser superior al 4,5% (el interés legal del dinero es del 3,25% para 2023[106]). Este precepto busca que el comprador conozca las consecuencias económicas del pago aplazado si se acuerda el pago de intereses y supone una limitación a la libre autonomía de la voluntad de las partes (art. 111-6 CCC).

3. Tercero, que el vendedor no puede reclamar al comprador cantidad alguna por las cuotas futuras y no vencidas, lo que respondería a un «efecto social», es decir, se buscarían evitar las consecuencias negativas que para el patrimonio del deudor puede tener una resolución del contrato.

En este sentido, el artículo 621-54.2 del Código Civil de Cataluña prevé que las partes, optativamente, puedan pactar que el vendedor retenga las cantidades pagadas por el comprador, con un máximo de la mitad de la cantidad total que haya debido percibir, de acuerdo con el contrato, hasta la fecha de la resolución. No aclara el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña la naturaleza de esta «retención», pero entendemos, primero, que funcionaría de forma similar a una cláusula penal (art. 1152 CC) y, por tanto, que tendría un origen convencional (son las partes las que deciden o no sobre este particular) y una función resarcitoria o reparadora del daño que sufre el vendedor; y, segundo, que el límite tiene una naturaleza de *ius cogens* para las partes. Cabe preguntarse si las partes podrían pactar una cláusula penal (art. 1152 CC) en lugar de la retención, lo que en principio debería ser posible en base al principio de libertad civil (art. 111-7 CCC). En el ámbito del artículo 1504 del Código Civil, la SAP de Alicante de 17 de febrero de 2012[107] permite al vendedor retener el 50% de las cantidades depositadas en concepto de cláusula penal, y en la SAP de Málaga de 16 de enero de 2014[108] se acepta una cláusula penal del 10% habiéndose pactado

una condición resolutoria. Si este fuera el caso, no podría aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, que, de todas formas, no se aplica si se produce exactamente la infracción prevista en el contrato, es decir, se rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 del Código Civil establece cuando la pena hubiera sido prevista precisamente para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación (STS de 23 de junio de 2020[109]). Entre la tesitura de elegir entre la «retención» que ofrece el artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña y la cláusula penal (art. 1152 CC), la primera es una opción más atractiva para el vendedor: gracias a que el límite está expresamente previsto en la ley, en este caso no podrían aplicarse algunas vías para conseguir su moderación o nulidad y que sí son aplicables a la cláusula penal, como lo son el principio de la buena fe (arts. 1258 CC y 111-7 CCC) o la Ley de 23 de julio de 1908, sobre represión de la usura (SANTOS BRIZ, 2006, 355). Además, la posible retención de todas la cantidades gracias a una cláusula penal encuentra poca acogida en los tribunales por infringir el principio de la buena fe[110].

B) El procedimiento notarial de resolución

Por su parte, el artículo 621-54.3 del Código Civil de Cataluña regulaba el procedimiento notarial de resolución una vez efectuado el requerimiento por vía notarial[111]. Este precepto fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre[112], por regular un procedimiento extrajudicial de resolución vulnerando el artículo 149.1.8 CE. Este hecho dejó algunos aspectos huérfanos de regulación:

a) En primer lugar, la intervención obligatoria del notario se agotará con el acta notarial de requerimiento de pago (art. 621-54.1 CCC).

b) En segundo lugar, el comprador ya no tendrá unas causas de oposición tasadas, se haya o no inscrito la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad. Más allá de las causas previstas por las partes en el contrato, este hecho abre el camino a que el comprador intente obstaculizar la readquisición del bien inmueble por el vendedor mediante la oposición judicial en contra, de este modo, del mayor automatismo que preveía el Código Civil de Cataluña y con el automatismo total que propugna la doctrina (por tanto, sin que sea necesario ni el consentimiento del comprador ni que su oposición deba entorpecer la readquisición del vendedor) (AZOFRA, 2020, 754 y sigs.).

El comprador tendría varias vías para oponerse: 1) La suspensión del pago del precio por el incumplimiento de las obligaciones por parte del

vendedor (art. 621-39 CCC, *cfr*. 1502 CC), por ejemplo si no ha entregado la vivienda al comprador en plazo (SAP de Córdoba de 26 de febrero de 2018[113]) o si existiesen deficiencias graves o defectos o una perturbación en la posesión o dominio de la cosa adquirida (por ejemplo, una acción tendente a privar al comprador de la posesión o dominio de la cosa adquirida); 2) La existencia de un juicio en el que se cuestiona la propiedad del bien respecto a la parte vendedora; 3) La existencia de una controversia entre las partes en cuanto a la cuantía del pago; o 4) La alegación de una alteración sobrevenida de las circunstancias. En cualquier caso, la declaración de nulidad del artículo 621-54.3 del Código Civil de Cataluña provoca la aplicación de la normativa general del artículo 1504 del Código Civil, de manera que no podrá inscribirse la readquisición en el Registro de la Propiedad hasta que el juez resuelva la potencial disputa entre las partes (resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[114] de 6 de marzo de 2020 y de la DGRN de 16 de enero de 2019[115]).

Además, la DGRN exige ordinariamente para dicha reinscripción la notificación judicial o notarial hecha al adquirente y la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 RH). En relación con el primer requisito, el artículo 621-54.1 del Código Civil de Cataluña no contempla propiamente un requerimiento con efectos resolutorios sino un requerimiento de pago con efectos resolutorios una vez expirado el plazo de veinte días, lo que no debería ser impedimento para que el requerimiento notarial fuera suficiente para cumplir con lo previsto en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Y en relación con el segundo requisito, el libro sexto había sustituido la consignación por una afección real. En este sentido, el artículo 621-54.4 del Código Civil de Cataluña establece que la readquisición por el vendedor conlleva la afección del inmueble, con carácter real, en beneficio del comprador y de los titulares de asientos posteriores, como garantía de la cantidad que, si procede, deba pagarse al comprador. En la reinscripción a favor del vendedor se hace constar esta afección, cuyo importe es la cantidad total que el vendedor ha percibido hasta la fecha de la resolución, según lo determinado por el acta notarial. Esta afección sí que podría ser similar (por su carácter real) a la prevista en el artículo 553-5 del Código Civil de Cataluña (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 163), pero plantea los mismos problemas a la hora de su determinar los derechos (y los privilegios crediticios) del comprador, así como la purga de los derechos inscritos con rango posterior en el Registro de la Propiedad (ARNAIZ RAMOS, 2019, 83)[116]. Además, la sustitución de la consignación por la afección real deja al comprador expuesto a potenciales depreciaciones posteriores del bien inmueble (AZOFRA, 2020, 727).

De todas formas, lo cierto es que la afección real deviene irrelevante una vez derogado el apartado 3.º del artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña ante la exigencia de la consignación de la cantidad por parte del vendedor.

3. El régimen de prescripción o caducidad de la acción

La RDGRN de 27 de junio de 2012[117] declara que el plazo de prescripción de la acción derivada de la condición resolutoria explícita en la compraventa de bienes inmuebles debe entenderse que es el de quince años, como acción personal que es (art. 1964 CC). Es cierto, sin embargo, que dicho precepto fue modificado por la Ley 41/2015[118] y reducido a un plazo de cinco años. En nuestra opinión, en el Código Civil de Cataluña se configura como un poder de configuración jurídica y no de una pretensión (que prescribe), dado que no se exige al comprador que pague el precio aplazado sino que se busca alterar la realidad jurídica, es decir, resolver el contrato de compraventa. Por tanto, la acción resolutoria se encuentra sometida a un plazo de caducidad (art. 122-1 CCC) que el Código Civil de Cataluña no contempla específicamente. Este plazo podría ser el de cuatro años aplicando analógicamente los plazos de rescisión previstos en el Derecho civil catalán[119]. De hecho, el libro sexto (art. 621-48 CCC) ya prevé que las acciones de rescisión previstas para la lesión en más de la mitad (art. 621-46 CCC) y la ventaja injusta (art. 621-45 CCC) caducan en el plazo de cuatro años a contar desde la conclusión del contrato.

VII. CONCLUSIONES

I. El libro sexto del Código Civil de Cataluña puede considerarse como uno de los resultados tangibles del proceso de construcción del derecho privado europeo de contratos que tiene muy presente tanto el Marco Común de Referencia de 2009 como la Propuesta relativa a una normativa común de compraventa europea de 2011, en los que se basa para regular algunas instituciones novedosas respecto al régimen del Código Civil, como la falta de conformidad y el régimen unificado de remedios.

Sin embargo, a nuestro entender el resultado no es satisfactorio para los operadores jurídico-económicos. Primero, porque presenta una estructura incompleta para un Código Civil al regular únicamente determinados tipos contractuales, como la compraventa, lo que deja huérfana de regulación la parte general de obligaciones y contratos. Este hecho provoca la aplicación supletoria y necesaria del Código Civil y de otras normas de ámbito esta-

tal, como la legislación de consumo o la concursal, con los consiguientes problemas de determinación de la normativa aplicable.

Y, segundo, porque no existe una jurisprudencia consolidada a nivel interno sobre algunas de sus disposiciones. De hecho, no es descartable la posibilidad de que las instituciones del libro sexto se interpreten por la jurisprudencia de una manera distinta a la postura mantenida en cuanto al Derecho estatal. Todo ello origina costes de transacción para las partes (que no han sido analizados antes de la aprobación del libro sexto) que inciden, necesariamente, en la potencial elección del libro sexto para regular los contratos de compraventa en el tráfico jurídico-económico.

Por tanto, se sugiere que el legislador catalán regule la parte general de obligaciones y contratos (a la luz de la interpretación de las bases de las obligaciones contractuales por la STC 132/2019), así como otros contratos específicos regulados en el del Código Civil, como el arrendamiento, y otros más novedosos, como los *smart contracts* o contratos inteligentes, en aras de evitar que quede obsoleto ante la irrupción de nuevas formas de contratación.

II. Las especialidades que incorpora el ibro sexto en la compraventa de bienes inmuebles buscan ir un paso más allá que la regulación del Código Civil, pero se plantean algunos problemas prácticos:

a) El régimen de los inmuebles en construcción o rehabilitación incorpora como novedad la posible constitución de una comunidad entre el promotor y el comprador, que hubiera necesitado de una mayor regulación de los derechos y obligaciones de las partes (por ejemplo, ¿qué podrá y qué no podrá hacer el adquirente como miembro de la comunidad sobre el bien inmueble en construcción?). Además, está por ver si esta comunidad será atractiva para el promotor necesitado de financiación para iniciar la construcción, que podría optar por el clásico contrato de compraventa de cosa futura.

b) La naturaleza jurídica de las arras no difiere sustancialmente del régimen previsto en el del Código Civil, de manera que algunos de los problemas que pueden suscitarse en la práctica, como la posibilidad de pactar unas arras de naturaleza unilateral, la entrega de las arras en un momento posterior a la celebración del contrato, la modificación de sus efectos, qué sucede si se produce un incumplimiento del contrato por una causa no imputable a las partes, la ausencia de una regulación de la promesa de compra o venta o la aplicación de la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil podrían resolverse con la jurisprudencia existente sobre la materia a nivel estatal o con la aplicación supletoria del Código Civil. Además, el libro sexto regula como novedad que las arras puedan

depositarse ante notario, pero el hecho de que la afección que se constituye a favor del comprador para garantizar su devolución no tenga una naturaleza real limita su eficacia, al tiempo que está por ver si los beneficios fiscales serán suficientes para que las arras se depositen ante notario con carácter general. Finalmente, el legislador catalán no ha aprovechado la oportunidad de regular las arras penales.

c) Las normas relativas a la indicación de la superficie del inmueble son similares a las previstas en el del Código Civil con la excepción del plazo de prescripción (más favorable en el libro sexto), y se podrían haber omitido al adoptarse en el libro sexto una regulación unitaria del incumplimiento.

d) En relación con la facultad de desistimiento del contrato cuando se haya previsto de financiación por tercero, la legislación catalana podría ampliar las entidades susceptibles de conceder financiación en la línea de la Ley 5/2019, así como incluir un plazo específico de cara a la duración de la facultad de desistimiento en la línea de la legislación francesa. Además, el carácter dispositivo de la norma abre la puerta a que se excluya esta posibilidad de manera sistemática en las compraventas de bienes inmuebles.

e) En el pacto de condición resolutoria, la declaración de nulidad de parte de su articulado por la STC 132/2019 ha dejado algunos aspectos novedosos huérfanos de regulación, que plantea los siguientes problemas prácticos cuando se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad: 1) las causas de oposición ya no estarán tasadas, lo que repercute negativamente en el mayor automatismo que se buscaba por el libro sexto a la hora de resolver el contrato; 2) será necesaria ordinariamente la consignación de las cantidades por parte del vendedor para la readquisición de la propiedad bien, que el libro sexto pretendía evitar gracias a la afección real prevista a favor del comprador; 3) la naturaleza jurídica y efectos de la afección real tampoco está clara, y pierde su razón de ser en la práctica por la necesidad de dicha consignación; 4) el hecho de requerir que la parte impagada del precio aplazado, incluidos, si procede, los intereses pactados, deba superar el 15% para que se produzca la resolución puede resultar perjudicial para el acreedor atendiendo a la cuantía del plazo aplazado, al tiempo que se le limitan los intereses que puede reclamar, una cuestión que se debería dejar a la libre autonomía de las partes (de este modo, el libro sexto podría legitimar igualmente al acreedor a resolver el contrato si dicho porcentaje, a pesar de ser inferior al 15%, supone un incumplimiento esencial en los términos del art. 641.1 CCC). En definitiva, la regulación del pacto de condición resolutoria en el libro sexto es poco atractiva para el vendedor (incluso puede serlo para el comprador, dado que al fijar el libro sexto la retención por el vendedor en un máximo de la mitad de la cantidad total va a provocar que se retenga por defecto por el vendedor dicha cantidad, dejando poco margen a un pacto más beneficioso para el

comprador), lo que afecta decisivamente al uso de este pacto en el tráfico jurídico-económico.

III. En fin, el legislador catalán se encuentra ante el reto de actualizar el libro sexto para que sea un instrumento competitivo y atractivo frente a otras legislaciones. El presente trabajo, en una primera aproximación, pretende facilitar esta labor desde la perspectiva de la contratación inmobiliaria.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 19 de noviembre de 2020
- STS de 23 de junio de 2020
- STS de 7 de mayo de 2019
- STS de 17 de octubre de 2018
- STS de 13 de julio de 2017
- STS de 29 de febrero de 2016
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 30 de abril de 2015
- STS de 16 de febrero de 2015
- STS de 23 de septiembre de 2014
- STS de 12 de junio de 2014
- STS de 21 de junio de 2013
- STS de 12 de noviembre de 2012
- STS de 1 de octubre de 2012
- STS de 21 de marzo de 2012
- STS de 16 de enero de 2012
- STS de 29 de junio de 2011
- STS de 14 de junio de 2011
- STS de 11 de noviembre de 2010
- STS de 3 de junio de 2008
- STS de 7 de marzo de 2008
- STS de 9 de octubre de 2007
- STS de 28 de noviembre de 2005
- STS de 20 de mayo de 2004
- STS de 24 de octubre de 2002
- STS de 22 de octubre de 2001
- STS de 22 de mayo de 1998
- STS de 7 de marzo de 1994

- STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2013

- SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2022
- SAP de Barcelona de 26 de enero de 2022
- SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2021
- SAP de Valencia de 29 de abril de 2020
- SAP de Córdoba de 26 de febrero de 2018
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2018
- SAP de Murcia de 18 de diciembre de 2017
- SAP de Madrid de 12 de mayo de 2017
- SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2016
- SAP de Málaga de 22 de febrero de 2016
- SAP de Toledo de 10 de diciembre de 2015
- SAP de Barcelona de 11 de noviembre 2014
- SAP de Segovia de 30 de junio de 2014
- SAP de La Coruña de 5 de marzo de 2014
- SAP de Valencia de 27 de enero de 2014
- SAP de Málaga de 16 de enero de 2014
- SAP de Málaga de 20 de septiembre de 2013
- SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2013
- SAP de Almería de 4 de mayo de 2012
- SAP de Las Palmas de 5 de febrero de 2012
- SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2011
- SAP de Cantabria de 20 de julio de 2011
- SAP de Gerona de 15 de abril de 2011
- SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2009
- SAP de Navarra de 30 de junio de 2009
- SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2008
- SAP de Barcelona de 6 de noviembre de 2006
- SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2006

- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo de 2020
- Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 25 de julio de 2019

- RDGRN de 29 de agosto de 2019
- RDGRN de 16 de enero de 2019
- RDGRN de 25 de marzo de 2014
- RDGRN de 20 de septiembre de 2013
- RDGRN de 27 de junio de 2012
- RDGRN de 17 de julio de 1998

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M., Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (abril - julio 2019), *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4. 2019, 1-26.

APARICIO SANZ, A., Las especialidades en la compraventa de bienes inmuebles, relativas a la previsión de financiación por un tercero y situaciones de comunidad en la venta de inmuebles en construcción o rehabilitación (arts. 621.49 y 621.51 a 53), Jornada Sobre Aspectos Registrales Del Libro VI Del Código Civil De Cataluña, 21 de marzo de 2018.

ARNAIZ RAMOS, R., Las afecciones registrales en la regulación de la compraventa en el Código Civil de Cataluña: Su regulación en la constancia registral de las arras y de la resolución consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria, en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (Coord.) *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

AZOFRA, F., La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, 717-780.

BADOSA COLL, F. y DEL POZO CARRASCOSA, P., La Cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar, *Revista Catalana de Dret Privat*, 2002, 11-40.

BANCO DE ESPAÑA, *Boletín Económico*, núm. 2, 11 de abril de 2019.

— *Presentación de los principales resultados de la encuesta financiera de las familias (EFF) 2017*, 19 de diciembre de 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario al artículo 2 de la LPH, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, 2014.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

CUMELLA GAMINDE, A., El artículo 621-54 (pacto de condicion resolutoria) del proyecto de ley del Libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y a los contratos, *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 6, 2014-2016, 349-362.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

— *Derechos reales*, 5.ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las particulares relaciones obligatorias*, IV, Thompson Reuters, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M., La regulación de la compraventa inmobiliaria tras la aprobación del Libro VI del Código Civil de Cataluña. En Á. Serrano de Nicolás (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Col·legi Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Artículo 1182. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

GARCÍA GIL, F.J., y GARCÍA GIL, M., *La Compraventa de Vivienda con Préstamo Hipotecario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2.ª Ed., DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2008.

GIMÉNEZ COSTA, A., El contrato de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura. En Á. Serrano de Nicolás (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Col·legi Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ GOZALO, A. La formación del contrato. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de Contratos*, 3.ª Ed., Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GREGORACI, B., *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., 2. Contrato de compraventa, en E. Llamas Pombo (Dir.), *Derecho de Contratos*, Tomo III, La Ley, Madrid, 2013.

JOU I MIRABENT, Ll., Artículo 621-8. En J. Ferrer i Riba y J. Egea i Fernàndez (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi Civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021.

LANDO, O., CLIVE, E., PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles of European Contract Law - Parts I, II and III*, Kluwer Law International, 2003.

LATORRE, P., La condición resolutoria de difícil resolución tras la Ley 3/2017 en Cataluña, 19 de febrero de 2018.

LONGO MARTÍNEZ, A., El Libro VI del Código Civil de Cataluña: nuevos pactos de garantía en la transmisión de inmuebles. En Á. Serrano de Nicolás (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Col·legi Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018.

LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.

MICÓ GINER, J., *La compraventa inmobiliaria. Escritura pública e inscripción registral*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MONTÉS PENADÉS, V.L., Artículo 1124, en M. Albaladejo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo XV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2004.

MORALEJO IMBERNÓN, N., Artículos 1454, 1471. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MORALES MORENO, A.M., Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, núm. 4, 2003, 1609-1652.

NASARRE AZNAR, S., *L'abast de la prescripció i de la caducitat del Codi civil de Catalunya. Estudi de la seva aplicació a les normes estatals vigents a Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia, Barcelona, 2011.

— Artículo 556.9. En S. Nasarre Aznar (Dir.), *La Propiedad Compartida y la Propiedad Temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NAVARRO CASTRO, M., Comentario a la sentencia de 11 de noviembre de 2010, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 2011, 1637-1650.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las Arras, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5, 2003.

ROSELLÓ CARRIÓN, E., El contrato de arras en el Código Civil de Cataluña. Examen del artículo 621 del Libro VI. En Á. Serrano de Nicolás (Coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña,* Col·legi Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018.

SANTOS BRIZ, J., Artículo 1154. En I. Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Vol. 6, 2.ª Ed., Bosch, Barcelona, 2006.

SERRANO DE NICOLÁS, Á., Artículo 621-49. En J. Ferrer i Riba y J. Egea i Fernàndez (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi Civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021.

SIMÓN MORENO, H., La regulación del contrato de la compraventa en Libro Sexto del Código Civil de Cataluña y su incidencia en la contratación inmobiliaria. Análisis de las disposiciones generales, *Revista de Derecho Civil*, Vol. IX, núm. 2, 2022, 187-226.

TENZA LLORENTE, M.ª, Comentario artículo 621-8 de la Ley 3/2017, de 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. ARRAS, *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 192, 2018, 156-167.

TUR FAÚNDEZ, M.ª N., *Del Saneamiento a la Responsabilidad por Falta de Conformidad. Una Propuesta de Regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VALLE MUÑOZ, J.L., Cesión de solar a cambio de obra futura, *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 177, 2015, 156-161.

NOTAS

[1] Ley 3/2017, de 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 (Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya —DOGC— núm. 7314, 22 de febrero de 2017).

[2] DOGC núm. 3798, 2 de febrero de 2003.

[3] Disponible en: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (última visita 21 de diciembre de 2022).

[4] Puede consultarse el trabajo completo en LANDO, CLIVE, PRUM y ZIMMERMANN, 2003.

[5] COM(2011) 635 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF (última visita 21 de diciembre de 2022).

[6] El único resultado tangible de este proceso de armonización del derecho europeo de contratos, más bien modesto si se parte del alcance y contenido inicial del DCFR, ha sido la aprobación de las Directivas 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (que regula básicamente la falta de conformidad) y 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva

1999/44/CE (que también se centra en la conformidad del bien vendido y en las garantías comerciales) (para ambas, Diario Oficial de la Unión Europea 22 de mayo de 2019). Por tanto, aspectos como la celebración del contrato, su validez, efectos y las consecuencias de su resolución se regirán por las legislaciones nacionales de cada Estado miembro.

[7] Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 26, 30 de enero de 1991.

[8] El trabajo citado abordaba las disposiciones generales del libro sexto, mientras que el presente trabajo analiza específicamente las disposiciones con transcendencia inmobiliaria. Por este motivo, algunas ideas expuestas en la introducción y en las conclusiones son coincidentes en ambos textos.

[9] Ver sobre el aspecto competencial la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:3409). El identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) puede consultarse en https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp.

[10] BOE núm. 266, 6 de noviembre de 1999.

[11] DOGC núm. 5044, 9 de enero de 2008.

[12] La información relevante sobre este seguro deberá incluirse en el contrato de compraventa con independencia de si se crea o no una situación de comunidad (Apartado tres DA LOE).

[13] Así lo puntualiza LONGO MARTÍNEZ, 2018, 111. Este autor defiende que, en caso de buscar financiación, le convendrá más al vendedor la compraventa de cosa futura que crear una situación de comunidad. Por otra parte, y aunque no lo prevea expresamente el Libro sexto, creemos que la compraventa de cosa futura tiene anclaje en el artículo 621-3 del Código Civil de Cataluña, que incluye, dentro del objeto del contrato, «los futuros o los que deban ser producidos, manufacturados o fabricados». Esta conclusión también es coherente desde un punto de vista sistemático con los artículos 621-51 y 52 del Código Civil de Cataluña, relativos a la compraventa de inmuebles en construcción, y con la regulación de la cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (art. 621-58 y sigs. CCC). Con todo, el objeto deberá estar en el comercio, ser posible y determinado (arts. 1271 y sigs. CC).

[14] Así se posicionaba en relación con el proyecto de ley VALLE MUÑOZ, 2015, 160.

[15] Que son la descripción del bien y de la finca o el conjunto en que se integra el bien como elemento independiente o privativo, con una referencia expresa a las circunstancias previstas en el artículo 553-9.1 del Código Civil de Cataluña (por ejemplo, la descripción del inmueble en conjunto, los elementos, instalaciones y servicios comunes y la descripción de todos los elementos privativos, con el correspondiente número de orden interno en el inmueble, y la cuota general de participación).

[16] *RJ* 1998, 5973.

[17] LONGO MARTÍNEZ defiende que este hecho deberá ser perfilado por las partes, 2018, 132.

[18] En relación a la Ley anterior, BADOSA COLL y DEL POZO CARRASCOSA defendían que «la quota en la copropietat pro indiviso del solar no s'extingeix quan és substituïda per la propietat exclusiva de pisos o locals. L'article 218 RH palesa que la propietat exclusiva dels pisos és compatible amb la copropietat sobre tot l'edifici», ver BADOSA COLL y DEL POZO CARRASCOSA, 2002, 14.

[19] En relación con el contrato de cesión de finca, GIMÉNEZ COSTA defiende que el régimen del artículo 621-62 del Código Civil de Cataluña «solo puede resultar operativo cuando no se haya otorgado el régimen de propiedad horizontal con anterioridad a la finalización de la obra», ver GIMÉNEZ COSTA, 2018, 330.

[20] ECLI:ES:TS:2015:1708. Ver en el mismo sentido, la STS de 7 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1440).

[21] BOE núm. 181, 29 de julio de 1968. El artículo 3 dispone que «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente

prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

[22] La Ley 57/1968 no era aplicable (y el mismo criterio puede mantenerse con la nueva ley) a las compraventas de viviendas con finalidad no residencial o inversora (STS de 19 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3795).

[23] También es el efecto que se predica de la transmisión de una cuota en la permuta cambio de construcción futura, LÓPEZ FRÍAS, 2006.

[24] ECLI:ES:TS:2011:4275.

[25] ECLI:ES:TS:2018:3513, ECLI:ES:TS:2013:4295 y *RJ* 2002, 8974, respectivamente.

[26] En función de si la pérdida de las arras les acarreaba un perjuicio (ej. el vendedor que presumía que tendría más dificultades para vender el bien inmueble al precio pactado, en cuyo caso le interesaba alegar que las arras eran confirmatorias) o un beneficio (ej. el comprador que desiste porque tiene la oportunidad de adquirir un bien inmueble similar por un precio sensibemente inferior, a quien le interesará alegar que las arras son penitenciales).

[27] Por ejemplo, la STS de 17 de octubre de 2018 no consideró la existencia de unas arras penitenciales de la siguiente cláusula: «En este acto el vendedor recibe la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (240 404,84 euros), como arras y parte del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1454 del Código civil, a su entera satisfacción, sirviendo la firma del presente contrato como la más eficaz carta de pago».

[28] Este caso se planteó en la SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009, 39882), en la que las partes pactaban unas arras penitenciales y, al mismo tiempo, contemplaban la entrega de varias cantidades parciales.

[29] Así lo admite MORALEJO IMBERNÓN, 2013, 10261.

[30] «Tienen carácter real porque para su constitución es necesaria su entrega efectiva. Suponen, pues, siempre una datio rei, por ser esencial la entrega de aquello en que consistan», de acuerdo con QUESADA GONZÁLEZ, 2003.

[31] ECLI:ES:APS:2011:793.

[32] BOE núm. 57, 7 de marzo de 1973.

[33] BOE núm. 287, 30 de noviembre de 2007.

[34] *RJ* 2008, 4170.

[35] ECLI:ES:APV:2011:6600.

[36] ECLI:ES:APMU:2017:2713.

[37] *RJ* 1994, 2198.

[38] ECLI:ES:APMA:2013:1876.

[39] ECLI:ES:APGC:2012:422.

[40] *JUR* 2009, 16698.

[41] ECLI:ES:APSG:2014:204.

[42] ECLI:ES:APB:2009:10996.

[43] ECLI:ES:APC:2014:1882.

[44] ECLI:ES:APB:2013:2011.

[45] ECLI:ES:APB:2016:4973.

[46] ECLI:ES:APV:2014:690.

[47] Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF (última visita 21 de diciembre de 2022).

[48] *RJ* 2005, 9837 y ECLI:ES:TS:2012:1694, respectivamente.

[49] *RJ* 2001, 8655.

[50] La doctrina pone de relieve que se suele confundir el precontrato con esta clase de acuerdos, que ya serían compraventas perfectas, ver GONZÁLEZ GOZALO, 2020, 898. Un caso, por ejemplo, tuvo lugar en la STS de 19 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5760).

[51] Disponible en https://www.parlament.cat/document/bopc/165863.pdf#page=10 (última visita 21 de diciembre de 2022).

[52] En el mismo sentido, TENZA LLORENTE defiende que «Dada la interpretación literal del artículo, que emplea el término «máximo» con carácter taxativo, se puede llegar a la conclusión de que en ningún caso podrían exceder de esos seis meses que marca, pues de lo contrario se podría defraudar fácilmente la limitación impuesta. La finalidad quizá sea la de impedir el mantenimiento de una carga y de un elemento accidental del negocio jurídico de forma indefinida en el Registro, dada la inseguridad jurídica que generaría», ver TENZA LLORENTE, 2018, 163. Por tanto, un pacto de arras con un plazo superior a seis meses no podría acceder al Registro de la Propiedad.

[53] Comenta que «En la práctica es frecuente, por desconocimiento, que no se use la posibilidad de las arras ante notario (figura que debería extenderse una vez se ha declarado en Cataluña la exención fiscal)», ver MICÓ GINER, 2021, 1069. Sobre la exención fiscal a la que alude, *vid. infra*.

[54] *RJ* 1998, 3990.

[55] De ello se hace eco ROSELLÓ CARRIÓN, 2018., 94 y 95.

[56] ECLI:ES:APB:2022:760.

[57] Por tanto, como bien apunta ARNAIZ RAMOS, «lo que realmente se garantiza es la devolución del importe doblado, es decir, la cuantía restante hasta cubrir el doble de lo depositado», ARNAIZ RAMOS, 2019, 69 y 70.

[58] Sobre la afección prevista en beneficio del propietario formal, ver NASARRE AZNAR, 2017, 295 y sigs.

[59] *RJ* 2013, 5756. La sentencia, además, se esfuerza para distinguir el privilegio de afección real: «La afección real tiene como finalidad impedir que la transmisión de la finca frustre las expectativas del cobro del crédito mientras que el privilegio obedece a razones de política legislativa en tanto que considera que determinados créditos merecen una especial protección del ordenamiento jurídico».

[60] *JUR* 2011, 260473.

[61] *JUR* 2007, 145340. En relación a la anterior regulación de la retención en Derecho civil catalán.

[62] A la que puede accederse en: https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/.

[63] Este precepto establece que «Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la comunidad autónoma».

[64] ROSELLÓ CARRIÓN, 2018, 95. El autor propone que, una vez devengado el impuesto por la promesa de venta, el comprador pueda deducirse lo pagado del impuesto de la venta.

[65] BOE núm. 155, 2.6.2020.

[66] ECLI:ES:APB:2021:13251.

[67] ECLI:ES:TS:2014:3746.

[68] ECLI:ES:APV:2020:1754.

[69] ECLI:ES:APM:2017:6689.

[70] ECLI:ES:APTO:2015:1125.

[71] ECLI:ES:TS:2013:1835, ECLI:ES:TS:2012:6030 y ECLI:ES:TS:2015:4709, respectivamente.

[72] BOE núm. 156, 27.6.2014.

[73] Sobre este particular, APARICIO SANZ, 2018, se preguntaba si «queda excluida del ámbito de la norma los supuestos de financiación privada o de aquellas entidades que no entren dentro del concepto de entidad de crédito. ¿Que pasa con las personas que se

dedican habitualmente a conceder créditos?», que en nuestra opinión quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta facultad de desistimiento.

[74] BOE núm. 65, 16 de marzo de 2019.

[75] Apunta ECHEVERRÍA SUMMERS que «imaginamos que una de las cautelas que adoptarán en un futuro los promotores inmobiliarios será incluir una cláusula que excluya la facultad de desistimiento en dichos casos, o que obligue al comprador a incrementar sus esfuerzos de cara a la obtención de financiación hipotecaria (v. gr. Exigencia del préstamo a diferentes entidades, además de aquella en la que habría de haberse subrogado)», ver ECHEVERRÍA SUMMERS, 2018, 304.

[76] ECLI:ES:APAL:2012:565.

[77] Así opina APARICIO SANZ, 2018.

[78] Interpretación de DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2018, 420.

[79] VAN DER MERWE, Cornelius (Ed.), *European Condominium Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 98.

[80] Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr.

[81] ECLI:ES:APB:2018:4836.

[82] Así opina APARICIO SANZ, 2018: «solo cabe reinscribir en base a documento otorgado exclusivamente por el comprador con notificación al vendedor, si así lo hubieran pactado las partes expresamente; pacto que convendría que fijara el plazo durante el cual el vendedor puede oponerse al desistimiento, bien por entender que el comprador no ha cumplido su obligación de dejarle en la misma situación en la que se estaba; bien, por rechazar que se haya producido la causa que genera la facultad de desistir».

[83] BOE núm. 131, 2.6.2021.

[84] *RJ* 2004, 3529.

[85] *JUR* 2007, 144669.

[86] MORALES MORENO, 2003, 1632 y 1633. Más recientemente, se ha opinado que «una regulación detallada de lo que se entiende por falta de conformidad debería excluir la regulación de los excesos o defectos de cabida. Si, como se hace en todas las propuestas armonizadoras, se considera que para que un bien sea conforme ha de ajustarse a la descripción realizada en el contrato, la diferencia entre las medidas reales y las que figuran en este son un claro supuesto de falta de conformidad» (TUR FAÚNDEZ, 2017, 56).

[87] MORALEJO IMBERNÓN, 2013, 10405.

[88] *RJ* 1998, 555.

[89] *RJ* 1994, 9415. Sí tiene lugar en la STS de 24 de abril de 1996 (*RJ* 1997, 3398) dado que en el contrato «resulta bien expresivo en cuanto fija que el precio del metro cuadrado de la parte no debidamente identificada de la solara de 19.500 m², sita en Las Albarizas (Marbella), es de 25.000 ptas. y establece el precio final de 7.500.000 ptas.».

[90] «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».

[91] *RJ* 2014, 2375.

[92] Este autor también defiende que el pacto de condición resolutoria no debe regirse a efectos de elección de la ley necesariamente por el artículo 10.1 del Código Civil. Sobre este particular, la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 25 de julio de 2019 (JUS/2185/2019; DOGC de 7 de agosto de 2019, núm. 7934) mantuvo que «la aplicación imperativa del artículo 621-54 del Código Civil de Cataluña si se pretende inscribir la condición resolutoria en los registros situados en Cataluña», que fue rebatida por la RDGRN de 29 de agosto de 2019 (*RJ* 2019, 4253) y que concluye en la dirección totalmente opuesta: «hay una conclusión inequívoca que no ofrece

duda alguna, cual es que el negocio jurídico celebrado contiene una sumisión expresa, innegable y totalmente conforme a ley, al derecho civil común; lo que rige respecto de la relación obligatoria establecida en toda su extensión, en todos sus términos y en todas sus vicisitudes e incidencias». Un análisis de los argumentos de ambas resoluciones puede verse en ANDERSON, 2019, 11 y sigs.

[93] «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».

[94] ECLI:ES:APB:2014:11618.

[95] ECLI:ES:TS:2012:7646.

[96] Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE núm. 189, 7 de julio de 1944).

[97] *RJ* 2013, 6671.

[98] ECLI:ES:TS:2016:805.

[99] ECLI:ES:APMA:2016:848.

[100] ECLI:ES:TS:2011:4263.

[101] *RJ* 2007, 7403.

[102] ECLI:ES:TS:2015:1091. Así lo expone: «En efecto, en primer lugar, no debe desconocerse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, STS de 12 de noviembre de 2014 (núm. 414/2014), ha subrayado el valor del cumplimiento de la obligación como "eje central" de la dinámica resolutoria del contrato (art. 1124 CC) y, en consecuencia, como elemento clave de la legitimación activa para su correspondiente ejercicio; presupuesto de legitimación que, en ningún caso, ampara a la parte incumplidora del contrato frente a la otra parte que cumple o se presta a cumplir. En segundo lugar, y en línea de lo anteriormente afirmado, tampoco se puede ignorar que el beneficio que contempla el artículo 1504 en favor del comprador, propio de la aplicación del principio de "favor debitoris", y cuyo antecedente se encuentra en el artículo 1656 del Código Civil francés, que se traduce, a su vez, en una relajación de la anterior objetivación señalada en orden a favorecer el pago del comprador aún después de haber expirado el término establecido, solo puede ser aplicado, correctamente, por la vía o el cauce de la excepción, pues la legitimación para el ejercicio de la facultad resolutoria solo se contempla en la posición jurídica del vendedor».

[103] ECLI:ES:TS:2014:2473.

[104] Pilar LATORRE pone el siguiente ejemplo: «Supongamos una venta por precio total de 100.000 euros del que quedan aplazados 50.000 que se van a devolver en 100 cuotas de 500 euros, que serían lo equivalente a 8 años y 4 meses. Si la facultad de resolución no se puede ejercer hasta que se incumpla la obligación de hasta un 15% del precio total, se habrá tenido que acumular una deuda en las cuotas de 15.000 euros, lo que supondrá que a cuotas de 500 euros al mes, no podrá ejercitar la resolución hasta que se le debieran 30 cuotas, esto es 2 años y medio a la espera», ver P. LATORRE, La condición resolutoria de difícil resolución tras la Ley 3/2017 en Cataluña, 19 de febrero de 2018, disponible en: http://www.notariapilarlatorre.com/2018/02/19/la-condicion-resolutoria-de-dificil-resolucion-tras-la-ley-17-2017-en-cataluna/ (última visita 21 de diciembre de 2022).

[105] El autor lo ilustra con el siguiente ejemplo: «¿Es lógico que el vendedor de un inmueble con precio aplazado pueda resolver el contrato en caso de que el impago de una cantidad inferior al 15% acudiendo a la vía del artículo 1124 del Código Civil, y, en cambio, se vea privado de la facultad resolutoria en los casos en que ha intentado asegurar el cobro con una condición resolutoria expresa? Establecer la resolución contractual en función de ese porcentaje del 15% conducir a la paradoja de que, por ejemplo, en un precio aplazado de 10 millones de euros, a satisfacer en diez plazos, el impago del primer plazo por importe de 1 000 000 € no permitiría ejercitar la condición resolutoria».

[106] Disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE de 31 de diciembre de 2020, núm. 341).

[107] ECLI:ES:APA:2012:444.

[108] ECLI:ES:APMA:2014:30.

[109] ECLI:ES:TS:2020:2068.

[110] La STS de 7 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 2939) entiende abusivo el ejercicio de la cláusula porque el vendedor no había cumplido con sus obligaciones y pretendía no cobrar las cantidades pendientes sino recuperar la finca, quedarse las cantidades percibidas (más del 70% del precio), cobrar la cláusula penal convenida y los gastos de suministros e impuestos, y aprovechar las mejoras realizadas por los compradores.

[111] Básicamente, el notario debía solicitar al Registro de la Propiedad un certificado de dominio y cargas de la finca antes de notificar al comprador (personalmente) la voluntad del vendedor de resolver el contrato. Una vez notificado el comprador, este podía oponerse en el plazo de quince días a la resolución si pagaba la deuda o alegaba el pago de lo reclamado o la existencia de otra causa de oposición establecida en el contrato, en cuyo caso el notario daba por terminada su intervención y por concluido el procedimiento, y quedaba expedita la vía judicial o arbitral. A falta de oposición, el acta notarial de resolución constituía título para la inscripción del dominio del inmueble a favor del vendedor y para la cancelación de la inscripción de la condición resolutoria ejercida y la de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción de la compraventa, salvo los relativos a litigios sobre la vigencia o el ejercicio de la propia condición resolutoria.

[112] ECLI:ES:TC:2019:132.

[113] ECLI:ES:APCO:2018:102.

[114] El Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 25, 29 de enero de 2020), suprime la centenaria Dirección General de los Registros y del Notariado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

[115] *RJ* 2020, 2949 y *RJ* 2019, 185, respectivamente.

[116] La afección del inmueble no se produce o se extingue total o parcialmente por las siguientes causas (art. 621-54.5 CCC): a) consentimiento del comprador y, si procede, de los titulares de derechos posteriores; b) resolución judicial o laudo arbitral; c) consignación notarial de la cantidad garantizada o aval bancario por su importe; y d) por caducidad, una vez transcurridos ciento ochenta días desde la fecha de la reinscripción a favor del vendedor, salvo que haya una anotación anterior de demanda de oposición a la resolución o a la liquidación.

[117] *RJ* 2012, 8827.

[118] BOE núm. 239, 6 de octubre de 2015.

[119] Así lo defendía en su momento NASARRE AZNAR, 2011, 150 y 151.

(Trabajo recibido el 21 de junio de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)

DICTÁMENES Y NOTAS

La legítima estricta ¿colectiva? tras la Ley 8/21*

The legitimate strict ¿collective? after Law 8/2021

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

Profesor ayudante Doctor (acreditado Profesor titular)

RESUMEN: Cuando hablamos de legítima colectiva hacemos referencia al tipo de legítima que existe en Aragón y en el País Vasco, donde los testadores pueden dejar toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, cual implica al mismo tiempo dejar sin herencia al resto de herederos, situación que también ocurre en Navarra, donde directamente los testadores disfrutan de la libertad de testar.

Por tanto, en la actualidad hay más de cuatro millones de españoles (navarros, vascos y aragoneses) que pueden dejarle toda su herencia a cualquiera de sus descendientes, sin que tal posibilidad haya supuesto el fin de las familias en dichas regiones.

* Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado», así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M.ª Victoria MAYOR DEL HOYO y Sofía DE SALAS MURILLO; y en la ejecución del Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. IP: Natividad GOÑI URRIZA.

Precisamente por ello, el objetivo del presente artículo es aportar una serie de argumentos jurídicos que, al menos bajo mi punto de vista, nos pueden hacer cuestionarnos si tras la Ley 8/2021 se ha implementado una legítima estricta colectiva en el Derecho común, en los supuestos en los que el testador tenga un descendiente legitimario con discapacidad.

Y es que, si la literalidad del nuevo 808, párrafo cuarto, parece permitirlo, y existen ya más de cuatro millones de españoles que pueden dejarle toda su herencia a un descendiente sin discapacidad, ¿por qué no podrán entonces los testadores sujetos al Derecho común dejarle toda su herencia al descendiente legitimario con discapacidad?

ABSTRACT: When we talk about collective legitimate we refer to the type of legitimate that exists in Aragon and the País Vasco, where testators can leave their entire inheritance to any of their descendants, which implies leaving the rest of the heirs without inheritance, a situation that also occurs in Navarra, where the testators directly enjoy the freedom to test.

Therefore, there are currently more than four million Spaniards (Navarrese, Basque and Aragonese) who can leave their entire inheritance to any of their descendants, without this possibility having meant the end of families in those regions.

Precisely for this reason, the objective of this article is to provide a series of legal arguments that, at least from my point of view, can make us question whether, after Law 8/2021, a strict collective law has been implemented in common law in the cases in which the testator has a legitimate descendant with a disability.

And it is that, if the literalness of the new 808, fourth paragraph, seems to allow it, why then cannot the testators subject to common law leave their entire inheritance to the legitimate descendant with a disability, if there are already more than four million Spaniards who can leave your entire inheritance to any able-bodied descendant?

PALABRAS CLAVES: Ley 8/2021. Discapacidad. Legítima. Reforma. Tangibilidad. Sustitución fideicomisaria.

KEY WORDS: Law 8/2021. Disability. Legitimate. Reform. Tangibility. Fiduciary substitutions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APUESTA DECIDIDA DEL LEGISLADOR DE 2021 POR LA TANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA: 1. Las personas con discapacidad como nuevo colectivo vulnerable que puede beneficiarse con la legítima estricta. 2. La sustitución fideicomisaria de residuo que

PERMITE AL FIDUCIARIO CON DISCAPACIDAD DISPONER ONEROSAMENTE DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA DEL RESTO DE HEREDEROS.—III. ¿PODRÁ DISPONER EL TESTADOR DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA EN PLENO DOMINIO A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD?: 1. LA FACULTAD DEL TESTADOR DE DISPONER DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA, Y EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO. 2. LA LEGÍTIMA COLECTIVA DE ARAGÓN Y DEL PAÍS VASCO, Y LA LIBERTAD DE TESTAR DE NAVARRA. 3. SU ENCAJE EN EL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. POSIBLES MOTIVOS POR LOS QUE OPONERSE A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR.—IV. UN SUPUESTO PRÁCTICO COMO EJEMPLO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

«*La legítima es una institución que permitía al hijo obtener unos beneficios en la herencia del padre en una época en que la esperanza de vida de los padres podía justificar esta situación. Era un sistema semejante a los alimentos, que venía a sustituirlos cuando cesaba el derecho a reclamarlos por la muerte del obligado a prestarlos. Por el contrario, las circunstancias sociales que afectan tanto al causante de las sucesiones, como a los beneficiarios posibles producen la incoherencia consistente en que los progenitores deban seguir prestando servicios sociales a sus hijos hasta edades más tardías, que pueden coincidir en muchos casos con la jubilación de los propios padres/causantes. El derecho de sucesiones español vive de espaldas a la realidad familiar y social y sigue incentivando unas soluciones que entorpecen la adopción de decisiones económicas racionales. (…) Por tanto, la legítima no se encuentra protegida constitucionalmente. Creo que sería constitucional eliminarla, como lo son las legislaciones vigentes que la han suprimido*» (ROCA TRÍAS, 2020, 43 y 44).

Un año después de estas afirmaciones de la exvicepresidenta del Tribunal Constitucional, entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en lo sucesivo Ley 8/2021), la cual, entre otros muchos, reforma el importantísimo artículo 808 del Código Civil.

Resulta lógico que la intención del legislador de 2021 era terminar con lo que hasta entonces se permitía en el 808 (de lo contrario hubiese bastado con mantener la redacción anterior), otorgándose a partir de entonces una mayor libertad de testar sobre la legítima estricta a los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad, ya que con la redacción anterior el 808 solo permitía en su párrafo tercero con una única frase, «gravar la legítima estricta» mediante la sustitución fideicomisaria, mientras que en la actualidad, con la nueva redacción, el mismo párrafo, ahora cuarto, se divide

en dos oraciones diferentes, permitiéndose en la primera oración «disponer de la legítima estricta», para, en segundo lugar, en la segunda oración, tras un punto y seguido, y salvo disposición en contrario del testador, «gravar la legítima estricta» mediante la sustitución fideicomisaria de residuo.

Así, el contenido literal de la primera frase expresa que «*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad*».

Si lo comparamos con la facultad de disponer de los testadores en cuanto a la legítima de mejora, observamos que el párrafo segundo del 808 expresa que los progenitores *«podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes».*

Es decir, que el testador «podrá disponer» de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad, y el testador «podrá disponer» de la legítima de mejora en favor de cualquier descendiente.

¿Debemos entender, por tanto, que los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad podrán disponer en su favor de la legítima estricta exactamente igual que cualquier testador puede disponer de su tercio de mejora en favor de cualquiera de sus descendientes?

Pero el párrafo cuarto del 808 no termina con la oración expuesta, sino que, tras un punto y seguido, existe una segunda frase en la que se recoge que:

«*En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto* mortis causa».

Lo primero que llama la atención de esta segunda oración es su difícil comprensión. Coincido plenamente con DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ cuando al respecto expresa «Quiero poner de manifiesto desde el principio la enorme carga de indefinición y ausencia de claridad que presentan preceptos que deberían expresarse con mayor rigor, pues estamos ante la aplicación de las legítimas -que no se han tocado- y cuyos estrictos principios presiden la interpretación de sus excepciones. Llama la atención que, con lo complejo de la tramitación prelegislativa y parlamentaria, plagada de versiones sucesivas y de enmiendas, nadie parezca fijarse en estos preceptos más que en el tema de los posibles beneficiarios sin adentrarse en absoluto en la compleja redacción de los preceptos que dificulta extraordinariamente su entendimiento» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, 935).

De este segunda oración del párrafo cuarto del 808 también se desprende claramente que la intención del legislador de 2021 fue apostar por la protección

de la persona con discapacidad en detrimento de la sagrada intangibilidad de la legítima estricta, ya que a través de ella el legislador implementa otras situaciones de enorme importancia práctico-jurídica como, por ejemplo, permitir a las personas con discapacidad ser los beneficiarios de la legítima estricta (hasta entonces lo tenían expresamente prohibido por la Ley 41/2003, que solo se lo permitía a las personas incapacitadas judicialmente, hoy personas con discapacidad con curatela), lo cual ha ampliado enormemente los casos de posibles beneficiarios con la legítima estricta y de herederos que se vean privados de ella.

O, en la misma línea, mientras que la norma de 2003 no especificó qué tipo de sustitución fideicomisaria podía recaer sobre la legítima estricta en favor del fiduciario, la inmensa mayoría de la doctrina tenía claro que nunca podría ser una sustitución fideicomisaria de residuo ya que ello permitiría al fiduciario disponer de los bienes que componen la legítima estricta, lo cual podía suponer que el resto de herederos finalmente se viesen privados de su herencia. Pues bien, el legislador de 2021 siendo consciente de estas sudas interpretativas surgidas a raíz de la Ley 41/2003 quiso zanjar cualquier debate posible recogiendo literalmente que efectivamente, el tipo de sustitución fideicomisaria que puede gravar la legítima estricta en beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad cuando esta sea la voluntad del testador es la sustitución fideicomisaria de residuo, imponiéndole además como único límite al fiduciario con discapacidad a la hora de disponer el de no hacerlo *mortis causa* ni de forma gratuita, lo cual le faculta literalmente a hacerlo de forma onerosa sin ningún límite.

En definitiva, y teniendo en cuenta que el artículo 813 del Código Civil permite al testador privar a los herederos de su legítima en casos expresamente determinados en la ley, podemos preguntarnos si en la actualidad uno de esos casos es cuando el testador quiera proteger al descendiente legitimario con discapacidad.

Además, de admitirse tal posibilidad, ¿tan catastróficas serían sus consecuencias si exactamente lo mismo sucede ya en Aragón, Navarra y País Vasco, y no precisamente para proteger a las personas con discapacidad, sino para favorecer a cualquier descendiente?

II. LA APUESTA DECIDIDA DEL LEGISLADOR DE 2021 POR LA TANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA

La opinión de gran parte de la doctrina en relación con la intangibilidad de la legítima estricta la resume recientemente VERDERA SERVER cuando expresa que «*la sucesión legitimaria del Código Civil español carece de un fundamento o de un fundamento que justifiquen su existencia. Los cambios en la estructura de la sociedad y de la familia tornan inevitable que se arrumbe*

el actual entramado legitimario. Los cambios socioeconómicos y familiares ponen de manifiesto la obsolescencia axiológica y el anacronismo funcional de un sistema de legítimas. Las limitaciones a la facultad de disponer "mortis causa" del testador carecen, en la actualidad, de fundamento y de función que las justifique» (VERDERA SERVER, 2022, 443, y 449), a lo que podemos aportar que, mucho menos fundamento tendría la limitación de disponer de todos tus bienes cuando tu última voluntad es, por ejemplo, proteger con ellos a un hijo con discapacidad que lo necesita.

Pues bien, no solo gran parte de la doctrina viene abogando en los últimos tiempos por la supresión o reforma de los límites a la facultad del testador en relación con la legítima, sino que el propio Ministerio de Justicia español, siendo consciente de la reforma que necesita el régimen de las legítimas en el Derecho común, encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, el estudio de los regímenes sucesorios de legítima y libertad de testar, a través de la Orden de 4 de febrero de 2019, en cuyo punto 3 recoge:

«Es bien conocido que el Código Civil español adoptó un sistema de legítima castellana que, no siendo de vinculación absoluta de los bienes del causante, está bastante alejado de los que se inspiran en la conocida como libertad de testar, en los cuales el causante puede disponer libremente de sus bienes para después de su muerte. Más bien al contrario, la legítima reconocida en el Código Civil español es muy amplia, tanto por los sujetos reconocidos como legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo, esta en usufructo y sin que se emplee la palabra legítima), como por la porción de la herencia a la que afectan, sobre todo en el caso de los descendientes (legítima larga de dos terceras partes, si bien con la libertad de mejorar en un tercio a uno o varios de ellos); además se configura como una institución de naturaleza imperativa, de suerte que las normas para asegurar la llamada intangibilidad de la legítima tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos resultan absolutamente inderogables por el testador y la institución se protege incluso frente a sus actos inter vivos.

Muchas son las voces que se han levantado en nuestra literatura jurídica sobre la necesidad de modificar en profundidad este sistema; incluso no han faltado las que directamente reclaman un sistema de libertad de testar absoluta, con supresión total de las legítimas. En realidad, esta polémica entre legítimas y libertad de testar no es ni mucho menos reciente, pues ya en la época inmediatamente anterior a la publicación del Código Civil fue una de las cuestiones más debatidas y sobre la que había mayor disenso, como bien dejó reflejado entre los autores de esa época. Con todo, en las últimas décadas la polémica ha adquirido nuevos bríos, tanto en nuestro país como en los vecinos, precisamente al hilo de los cambios en la propia estructura familiar, al que la

institución que nos ocupa está indisolublemente ligada; como consecuencia, ha sido una de las partes del Derecho sucesorio que ha sido objeto central del proceso de reforma o de «modernización» más arriba aludido, al que ahora quiere sumarse también el Código Civil español.

A la hora de abordar esta reforma y tomando en consideración lo mucho que se ha escrito sobre la materia y los precedentes que se acaban de mencionar, se puede partir de dos posiciones contrapuestas: la de mantenimiento del actual sistema legitimario del Código Civil en sus líneas básicas, añadiendo los retoques que el paso del tiempo haya hecho convenientes o imprescindibles, por un lado, y la de la absoluta libertad de testar, por otro. Razones para optar por aquel o por este no faltan en ninguno de los dos sectores doctrinales».

Por todo ello, finaliza la Orden del Ministerio de Justicia encomendando a la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar: *«La Sección elaborará un informe en el que se analice, separadamente, lo que se considere favorable y adverso al régimen sucesorio de legítimas y al régimen sucesorio de libertad de testar, incluyendo en anexo sendos estudios sobre la evolución histórica del régimen sucesorio en Derecho común y en los territorios con Derecho civil especial, así como sobre las tendencias de Derecho comparado en países con tradiciones jurídicas próximas a la nuestra*».

Pues bien, en espera del referido informe, el legislador actual ha entendido oportuno manifestarse al respecto mediante la Ley 8/2021, a través de la cual se permite la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta cuando el testador tenga descendientes legitimarios con discapacidad, por lo que se ha aumentado de forma exponencial el número de personas a las que se puede dejar toda la legítima estricta (ahora a las personas con discapacidad, antes solo a las incapacitadas), y se ha implementado por primera vez en nuestro Código Civil (hasta entonces había sido admitida por nuestra jurisprudencia, pero no quedaba recogida en ninguna norma) la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual faculta al fiduciario a disponer onerosamente de los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

Nada mejor que comparar la actual redacción del 808 con la que existía hasta entonces para comprender el alcance de la reforma.

En noviembre de 2003 entró en vigor la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en lo sucesivo Ley 41/2003), mediante la cual se modificó el artículo 808 del Código Civil con la intención de posibilitar que sobre la legítima estricta pudiese recaer una sustitución fideicomisaria en beneficio-protección de las personas incapacitadas judicialmente, pasando desde entonces a tener la siguiente redacción:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición».

Sin embargo, 18 años después, el legislador a través de una nueva ley dedicada a la protección de las personas con discapacidad, concretamente mediante la Ley 8/2021, ha decidido otorgar un nuevo contenido al artículo 808, estableciendo en la actualidad que:

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique».

De la simple lectura de ambas redacciones se advierten importantes diferencias entre ellas, como las siguientes:

1.ª. En la redacción anterior, la sustitución fideicomisaria recaía sobre el tercio de legítima estricta, lo cual supuso que la doctrina se plantease si gravaba la propia cuota del incapacitado fiduciario a modo de compensación para el resto de fideicomisarios, que, de ser así, a la muerte del incapacitado, le heredarían también en su cuota de legítima estricta.

Dicha duda se disipa por completo con el actual 808, el cual establece que el testador podrá disponer en favor del legitimario con discapacidad «*de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad*», o, dicho

de otra forma, en aquellos casos en los que finalmente la legítima estricta quede gravada con una sustitución fideicomisaria de residuo, el legitimario con discapacidad beneficiado heredará su cuota de legítima estricta en propiedad, y la del resto de legitimarios sin discapacidad como fiduciario de residuo.

2.ª. Antes, los beneficiados con la legítima estricta podían ser los hijos o descendientes del testador indistintamente, mientras que, ahora, lo son únicamente los descendientes legitimarios (el descendiente más próximo excluye al más remoto, salvo los casos de representación).

3.ª. Hasta la reforma se excluía a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios, limitándose el alcance de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta solo a favor de las personas incapacitadas judicialmente, mientras que ahora, esas mismas personas con discapacidad que antes se excluían como posibles beneficiarias, son a las que puede protegerse con la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

4.ª. Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, solo se recogía en una única oración la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible sobre la legítima estricta.

Hoy en día, el mismo párrafo está compuesto por dos oraciones separadas por un punto y seguido, y mientras que en la primera se faculta al testador a disponer de la legítima estricta, en la segunda se anuncia que el gravamen supletorio, no ya principal, será el de la sustitución fideicomisaria de residuo, el cual solo operará salvo disposición contraria del testador.

5.ª. Tras la Ley 41/2003 el artículo 808 hablaba de la sustitución fideicomisaria sin especificar su modalidad, mientras que el artículo actual habla de una sustitución fideicomisaria de residuo que faculta al fiduciario a disponer de forma onerosa sin ningún límite, ya que el único límite marcado por el legislador al respecto, y siempre salvo disposición contraria del testador, es el de disponer gratuitamente o *mortis causa*.

Dado que en el presente apartado vamos a remarcar por qué la Ley 8/2021 ha implementado en nuestro Derecho sucesorio una tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta que hasta entonces no existía, a continuación, paso a centrarme en el estudio de los motivos que principalmente lo justifican, como es, el nuevo y mucho más amplio colectivo de personas al que se puede dejar toda la legítima estricta por voluntad del testador, y la modalidad de residuo de la sustitución fideicomisaria que puede suponer que el resto de legitimarios sin discapacidad acaben heredando menos de lo que le corresponde por legítima estricta, o, incluso, que no hereden nada, ya que el fiduciario podrá disponer de ella onerosamente sin límite al respecto.

1. Las personas con discapacidad como nuevo colectivo vulnerable que puede beneficiarse con la legítima estricta

Aunque la Ley 41/2003 lleva por título el de protección patrimonial de las personas con discapacidad, lo cierto es que estas no podían beneficiarse de una de sus medidas más importantes dentro del ámbito del Derecho sucesorio, como era la sustitución fideicomisaria que podía recaer sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicho mecanismo de protección sucesorio solo podía constituirse en favor de las personas incapacitadas judicialmente[1].

En este sentido recogía la exposición de motivos de la Ley 41/2003, apartado VII, letra b) lo siguiente:

«*Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de este en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley».*

El mismo grado de discapacidad del artículo 2.2 de la Ley 41/2003 que en la propia norma no sirve para ser fiduciario de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, es precisamente el grado de discapacidad que la Ley 8/2021 exige para que el testador pueda disponer en su favor de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

¿Cuál pudo ser el motivo que llevó al legislador del 2003 a excluir literalmente a las personas con discapacidad de la protección patrimonial que podían recibir como fiduciarios de la legítima estricta?

Seguramente[2], el de no permitir el gravamen de la legítima estricta en beneficio de un colectivo tan amplio como es el de las personas con discapacidad, sino limitarlo únicamente en beneficio de un colectivo mucho más reducido como era el de las personas incapacitadas judicialmente.

En este sentido es importante subrayar que el legislador de 2021 pudo perfectamente mantener el espíritu restrictivo de la Ley 41/2003, para lo cual le hubiese bastado con limitar el alcance de la tangibilidad de la legítima estricta en favor de las personas con curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, que al fin y al cabo recae sobre las personas que hasta la reforma tenían una sentencia de incapacitación judicial en las que se le nombraba un tutor, como se desprende de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/21 cuando establece que *«A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, (…)».*

Así lo ha hecho, por ejemplo, en el artículo 1732 del Código Civil dedicado a regular los modos en los que se acaba el mandato, ya que antes de la Ley 8/2021 contemplaba como uno de ellos el de «*la incapacitación sobrevenida del mandante*», y tras la reforma se fiere a este supuesto de la siguiente forma: «*Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

¿Por qué no se siguió limitando entonces el alcance de la tangibilidad de la legítima estricta en favor exclusivamente de las personas que tengan nombradas la institución de apoyo excepcional[3] de la curatela representativa?

En ese caso hubiese bastado una redacción similar a la siguiente:

«*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad con curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad*».

Personalmente solo se me ocurre un motivo: el legislador de 2021, siendo consciente de que la sociedad actual nada tiene que ver con la de 1889, quiso implementar un primer supuesto en el que los testadores sujetos al Derecho común puedan disponer de la legítima estricta, y precisamente por ello tuvo una visión amplia en vez de restrictiva a la hora de apostar por los posibles beneficiados, aun siendo consciente que tal decisión al mismo tiempo amplía enormemente el número de perjudicados que pueden verse privados de su herencia.

¿Y qué discapacidad concreta[4] exige el Código Civil para que un descendiente legitimario pueda convertirse en beneficiario de la legítima estricta?

Cualquier duda al respecto se disipa con el contenido de la disposición adicional cuarta[5] del Código Civil, donde se recoge que la discapacidad del artículo 808 del Código Civil comprende:

1.º. A aquellas personas que define el artículo 2.2[6] de la Ley 41/2003, que son las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% (personas todas ellas a las que la propia Ley 41/2003 excluía literalmente la posibilidad de convertirse en beneficiarios de la legítima estricta, y que se lo permite la Ley 8/21).

2.º. A las personas que están en situación de dependencia de grado II o III[7] de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por tanto, se acabó depender de resoluciones judiciales y bastará con las correspondientes resoluciones administrativas.

2. La sustitución fideicomisaria de residuo que permite al fiducario con discapacidad disponer onerosamente de la legítima estricta del resto de herederos

La reforma del artículo 808 llevada a cabo por la Ley 41/2003 ya introducía un supuesto de tangibilidad de la legítima al concedérsele al testador la facultad de establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de un descendiente incapacitado judicialmente (VIVAS TESÓN, 2010, 168).

Sin embargo, nada se recogía en el anterior 808 respecto a si la referida sustitución fideicomisaria que se podía fijar por parte del testador sobre la legítima estricta era la ordinaria (que no permite disponer de los bienes fideicomitidos) o la de residuo (que permite al fiduciario disponer, con diferente alcance dependiendo de la voluntad del testador, de los bienes fideicomitidos).

La doctrina civilista entendía casi de forma unánime[8], que no se podía permitir el gravamen de la legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria de residuo, dado que ello permitiría al fiduciario disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios no incapacitados, lo cual atentaba contra la intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta y podía suponer la desheredación de ciertos legitimarios sin causa legal que lo permitiese, lo cual atentaba contra el contenido del artículo 813 del Código Civil.

Por todos ALBALADEJO, cuando afirmó que «*la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer, aunque quisiera.*

Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.

Opinión claramente errónea (…). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de esta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado» (ALBALADEJO, 2005, 43).

O, en la misma línea, OLIVA BLÁZQUEZ, que consideró que «*otorgar una facultad plena e ilimitada implicaría una desheredación diferida en el tiempo ya que, si el fiduciario dispusiera de los bienes, los fideicomisarios podrían perder la legítima y dicha situación no se ha previsto por el legislador*» (OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, 198).

Eso sí, también existió otra corriente doctrinal muy minoritaria[9], que se posicionaba justo en el sentido contrario, en el de considerar que tras la Ley 41/2003 era perfectamente posible que el testador estableciese una sustitución fideicomisaria de residuo en favor del descendiente incapacitado judicialmente sobre todo el tercio de legítima estricta.

Personalmente coincidí con dicho planteamiento desde 2015, cuando expuse que *«Por nuestra parte, con base en la redacción actual del Código Civil, consideramos que la LPPD incluye la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta, ya que esta modalidad de sustitución fideicomisaria era admitida con anterioridad a la promulgación de la LPPD, y el legislador no ha introducido distinción alguna a la hora de regular esta nueva medida. Es decir, que particularmente defendemos la posibilidad de que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria de residuo si* sine liberis decesserit *sobre toda su herencia a favor de un descendiente incapacitado judicialmente, lo cual podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de fideicomisarios (legitimarios), vulnerándose con ello no solo el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, sino también el de intangibilidad cuantitativa»* (BOTELLO HERMOSA, 2015, 165).

Pues bien, 18 años después de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, el legislador ha disipado cualquier duda al respecto: la sustitución fideicomisaria que, salvo disposición contraria del testador, puede recaer sobre la legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad es de residuo, de modo que el fideicomisario (resto de legitimarios sin discapacidad) adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto onerosamente, y en caso de haber dispuesto de todos se quedarán entonces sin heredar nada, ya que sobre los bienes que disponga el fiduciario se excluye completamente cualquier modalidad de subrogación real, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario al respecto.

Así lo expresa, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 1042/2008[10], de 7 de noviembre, donde el testador *«estableció el fideicomiso de residuo a favor de las personas que indicaba (hermanos y sobrinos del causante), advirtiendo expresamente que todos sus hermanos y sobrinos nombrados o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo «si supererit», sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos* inter vivos *a título oneroso de los bienes heredados; lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real».*

Llegados a este punto hemos de remarcar que, en su modalidad de residuo, la sustitución fideicomisaria puede ser de dos tipos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo[11]:

1.º. Las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), en las que el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario.

Dicho de otra forma, el fiduciario en esta modalidad no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitida y el fideicomisario debe heredar aquello que debe quedar según el testador.

2.º. Las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), en las que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos onerosamente (o de forma gratuita, si bien para ello lo ha debido reflejar así expresamente el testador en el testamento), por lo que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitida.

O lo que es lo mismo, en este tipo el fideicomisario solo heredará si el fiduciario con discapacidad no hubiese dispuesto de todos los bienes fideicomitidos.

Junto a las dos modalidades de sustitución fideicomisaria de residuo hay que destacar la posibilidad de que el testador faculte al fiduciario a disponer de todos los bienes fideicomitidos sin ningún límite, es decir, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en cuyo caso no nos encontraremos ante una sustitución fideicomisaria de residuo como tal, sino ante una sustitución preventiva de residuo.

Así se desprende del contenido de la sentencia de 2 de septiembre de 1987[12] del Tribunal Supremo, que estableció con claridad, la diferencia entre la sustitución fideicomisaria *si aliquid supererit* y la sustitución preventiva de residuo: «*Nos encontramos ante un fideicomiso de residuo cuando el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos* inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, pues para ello hubiera sido preciso la autorización expresa del testador para disponer por actos* mortis causa».

Más recientemente, pero siempre en la misma línea, la sentencia del tribunal superior de justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2009[13] expuso que «*las diferencias entre el fideicomiso de residuo (arts. 210 a 215 CDCC) y la sustitución preventiva de residuo (art. 216 CDCC) se encuentran en que: a) mientras el fideicomiso de residuo, el heredero fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos* inter vivos *y a título oneroso sin ninguna limitación (si quid supererit), b) en la sustitución preventiva de residuo el heredero adquiere la herencia sin ningún tipo de gravamen y la delación a favor del sustituto opera si quedan bienes de los que no haya dispuesto bien sea* inter vivos *o* mortis causa*; amplitud de facultades que alcanzan las transmisiones* mortis causa *que no se contemplan en los fideicomisos de residuo…».*

Además, en Cataluña se diferencian literalmente ambas instituciones en la sección sexta del capítulo VI, del libro IV del Código Civil de Cataluña

relativo a las sucesiones, sección titulada «*El fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo*».

Pero volviendo al tema que nos ocupa toca preguntarnos, a día de hoy, qué modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo podrá establecer el testador sobre la legítima estricta en favor del descendiente legitimario con discapacidad, y, dado que, al menos bajo mi punto de vista, el único límite que le impone al testador el 808 a la hora de disponer de la legítima estricta es que lo haga en beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad, el testador podrá, eso sí, de forma expresa, disponer como quiera de la legítima estricta en favor de su beneficiario, por lo que puede apostar perfectamente, por qué no, incluso por la institución preventiva de residuo.

Y es que, tal y como se recoge en jurisprudencia del Tribunal Supremo, el testador puede facultar al fiduciario a disponer tanto de forma onerosa como gratuita *inter vivos,* así como a disponer *mortis causa,* si bien esta última facultad tendrá que fijarla de forma expresa. Así lo recoge el Tribunal Supremo[14] el establecer que «*Lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición* «mortis causa» *(sentencias de 13 de noviembre de 1948 [RJ 1948, 1270], 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer* «inter vivos» *de forma gratuita (sentencia de 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6578]), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda».*

También lo expresa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, cuando afirma que «*Es pacífico en la doctrina y jurisprudencia el criterio de que, salvo expresa declaración en contrario, la cláusula de residuo llevará consigo la prohibición de realizar actos* mortis causa *por parte del fiduciario, y las facultades en el fideicomiso de residuo son las que le concedió el testador, por lo que, de no venir autorizado por el causante de manera expresa para disponer* mortis causa*, solo podrá hacerlo por actos* inter vivos*, según tiene declarado la jurisprudencia*» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, 789).

Junto al jurisprudencial, otro motivo para no imponer ningún límite concreto al testador a la hora de facultar al fiduciario respecto a los bienes fideicomitidos se desprende de la literalidad del artículo 783 del Código Civil, el cual, tras fijar en primer lugar unos límites al fiduciario, acaba resaltando que dichos límites regirán salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

«*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*».

Por tanto, la disposición en contrario del testador implica que se acabe permitiendo lo que en principio prohíbe el artículo, ya que dice que no podrá

el fiduciario disponer de los bienes, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, y sabemos que si el testador apuesta por la institución de residuo, o incluso la preventiva de residuo, el fiduciario sí que podrá disponer de los bienes fideicomitidos.

Extrapolándolo al 808 podemos entender que, si la disposición en contrario del testador en el artículo 783 dedicado a la sustitución fideicomisaria le faculta para establecer cualquier tipo de sustitución fideicomisaria, ordinaria o de residuo en sus más amplias facultades, o incluso para poder establecer la institución preventiva de residuo, solo podemos interpretar el *salvo disposición contraria del testador* del artículo 808 en el mismo sentido.

Eso sí, no cabe duda que siempre que el testador no haya fijado cómo quiere disponer de la legítima estricta en beneficio del legitimario con discapacidad, la modalidad de la sustitución fideicomisaria que rige por defecto es la de *si aliquid supererit,* la cual le faculta a disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta, pero no de forma gratuita ni *mortis causa,* ya que para eso se necesita disposición expresa del testador en tal sentido.

Ese mismo fue mi parecer cuando estudié la redacción que el Anteproyecto de la Ley 8/2021 otorgaba al 808, donde expresé: «*En los casos en los que el testador intente beneficiar a un hijo que se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma* (finalmente la ley apostó por las personas con discapacidad como beneficiarios) *instituyéndolo heredero sobre el tercio de legítima estricta sin disponer de forma expresa nada más al respecto, lo estará convirtiendo en fiduciario de una sustitución fideicomisaria de residuo si aliquid supererit que le facultará para disponer por actos* inter vivos*, siempre a título oneroso, incluso cuando no lo necesite para sobrevivir (ya que no lo prohíbe la redacción del APL). Y es que, la literalidad del nuevo artículo 808 del APL únicamente limita al fiduciario a disponer* mortis causa *y a disponer* inter vivos *de forma gratuita, siempre y cuando el testador no haya expresado nada al contrario»* (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2799).

Hoy en día la corriente doctrinal mayoritaria[15] parece posicionarse en esta misma línea de que con el actual 808 el fiduciario con discapacidad podrá disponer onerosamente de los bienes fideicomitidos sin necesitar ninguna causa que lo justifique, si bien existen importantes autores que consideran que el fiduciario con discapacidad solo podrá disponer onerosamente de los bienes fideicomitidos cuando lo necesite, como ESPEJO LERDO DE TEJADA, que expresa: «*Y, finalmente se dice que, para que el testador pueda gravar la legítima de algunos de sus hijos en beneficio del discapacitado, ello se debe fundamentar en una causa justificadora, la cual probablemente constituya una de las cuestiones más relevantes de la propuesta de reforma, si bien llama poderosamente la atención que no se concrete más en qué debe radicar*

esta causa justificadora; así las cosas, para evitar los litigios, entendemos que la causa justificadora no podrá ser otra que la necesidad del discapacitado, y la inevitabilidad de que para atender a esa necesidad se utilice la legítima de los demás. Por tanto, se trata de conectar esta materia con el deber de alimentos» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 76 y 77); y, CERVILLA GARZÓN, que considera que «*En consecuencia, parece evidente que este fideicomiso de residuo se encuentra orientado a atender la necesidad del fiduciario, interpretando necesidad en sentido amplio, pues no se entendería de otra forma. Y hubiera sido conveniente que el legislador así lo hubiese expresado y no solo dejado entrever como así ha sido. Sin embargo, la omisión de dicha manifestación no nos impide llegar a tal conclusión interpretando la norma en el contexto que se produce y atendiendo a sus características. Ello nos lleva a afirmar que quedará excluido de la facultad dispositiva todo acto cuya finalidad no sea atender a la "necesidad" del discapacitado*» (CERVILLA GARZÓN, 2021, 447).

Lo cierto es que el legislador en la redacción actual cuando ha querido fijar límites concretos lo ha hecho, como, por ejemplo, que apueste solo por los descendientes que ostenten la condición de legitimarios como posibles beneficiarios, o, que no podrán los fiduciarios, salvo disposición contraria del testador, disponer de forma gratuita o *mortis causa.*

Es más, de haber sido la intención del legislador la de que el fiduciario con discapacidad solo pudiese disponer de los bienes fideicomitidos cuando lo necesitase, le habría bastado otorgar una redacción tal vez similar a la siguiente:

«En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta, pudiendo disponer el fiduciario de tales bienes solo en casos de necesidad, y nunca a título gratuito ni por acto mortis causa*».*

Pero entonces, si el legislador ha fijado claramente los límites del 808, ¿por qué buscar otros nuevos en cuanto a la facultad de disponer onerosamente por parte del fiduciario con discapacidad de la legítima estricta?

III. ¿PODRÁ DISPONER EL TESTADOR DE LA LEGÍTIMA ESTRICTA EN PLENO DOMINIO A FAVOR DEL DESCENDIENTE LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD?

Aun siendo consciente de que tal posibilidad no tendrá acogida por la doctrina, se me ocurre más de un argumento para considerar que con

la redacción actual del 808, el testador podría disponer incluso en pleno dominio de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad para proteger al legitimario con discapacidad.

Eso sí, el supuesto que planteo en el presente artículo no implica la libertad de testar plena del testador, sino, que tal posibilidad solo tendrá cabida cuando tenga algún descendiente legitimario con discapacidad, situación en la que la opinión doctrinal[16] aboga aún más si cabe por la referida libertad de testar.

1. La facultad del testador de «disponer de la legítima estricta», y el carácter subsidiario de la sustitución fideicomisaria de residuo

Pasar del «podrá establecer de la legítima estricta» del 2003, al «podrá disponer de la legítima estricta del 2021».

La Ley 41/2003 introdujo en el 808 la siguiente frase: «*el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta*».

Sin embargo, la Ley 8/2021 la suprime por una oración diferente en la que se recoge que: «*el testador podrá disponer de la legítima estricta*»

Es decir, que antes de la reforma de la Ley 8/2021 la libertad del testador sobre la legítima estricta se limitaba a establecer sobre ella un gravamen mediante la sustitución fideicomisaria, mientras que, en la actualidad, el testador puede disponer de dicho tercio con el único límite, al menos literal, de que el beneficiado sea un descendiente legitimario con discapacidad. Junto a la facultad de disponer de la legítima estricta, aunque en una oración diferente, aparece la sustitución fideicomisaria de residuo con carácter subsidiario, porque ese será el tipo de gravamen que recaiga sobre la legítima estricta cuando el testador quiera proteger con ella al legitimario con discapacidad, siempre que el testador no haya dispuesto lo contrario.

Tampoco se fijó ningún límite a la sustitución fideicomisaria que podía recaer sobre la legítima estricta en la redacción del 808 tras la Ley 41/2003, y viendo la interpretación restrictiva que al respecto venía haciendo la mayoría de la doctrina, el legislador de 2021 quiso romper con la tendencia restrictiva sobre la legítima estricta al establecer de forma expresa que el tipo de sustitución fideicomisaria que puede gravar la legítima estricta del resto de legitimarios en beneficio de otro con discapacidad es la de residuo que le faculta para disponer onerosamente de los bienes que conforman la legítima estricta.

¿Por qué no interpretar en la misma línea permisiva respecto a la tangibilidad de la legítima estricta la facultad de disponer de ella sin límites a la que hace referencia la primera oración del párrafo cuarto del 808?

Lo de que el legislador no haya impuesto al testador ningún límite concreto a la facultad de disponer también tiene su importancia, ya que cuando ha querido imponer algún límite concreto sí lo ha hecho, como se desprende del mismo párrafo cuarto del 808, cuando impone como límites en la sustitución fideicomisaria de residuo que rige salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, que no se puede disponer de forma gratuita ni *mortis causa*.

¿Por qué no fijó entonces algún límite a la facultad de disponer del testador con descendientes legitimarios con discapacidad?

Además, cuando el mismo artículo 808 en su párrafo segundo dedicado al tercio de mejora recoge que los progenitores *«podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes»,* el «podrán disponer» les faculta para decidir libremente a cuál de los descendientes le deja la parte de legítima conocida como mejora, sin más límite que el hecho de que el beneficiado sea un descendiente.

¿Por qué el «podrá disponer» del mismo artículo, tal solo dos párrafos después, no tendría el mismo alcance con el único límite impuesto de que sea el beneficiario un legitimario con discapacidad?

A todo ello hay que sumar que, en la actualidad, tal y como expondré a continuación, existen más de cuatro millones de españoles que pueden verse favorecidos con toda la legítima en perjuicio del resto de legitimarios, sin necesidad de que para ello el descendiente beneficiado con toda la legítima tenga reconocida ninguna discapacidad.

¿No tendría sentido que el legislador actual haya podido implementar en favor de las personas con discapacidad un beneficio del que ya disfrutan millones de españoles sin discapacidad?

Por todo lo anterior, considero que los testadores con descendientes legitimarios con discapacidad en base a la literalidad del Código Civil, puedan optar entre las siguientes opciones a la hora de beneficiarlos:

1.º. Dejarle expresamente toda la legítima estricta en pleno dominio, al igual que pueden hacer ya navarros, vascos y aragoneses con su legítima sin necesidad de que el descendiente beneficiado sea una persona con discapacidad ni ostente la condición de legitimario.

2.º. Optar por establecer sobre la legítima estricta de forma expresa un gravamen mayor que el que rige supletoriamente, como sería, por ejemplo, una sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* que le permitiese disponer tanto de forma onerosa como gratuita *inter vivos*, o, incluso, por qué no, una sustitución preventiva de residuo, que facultase al fiduciario no solo a disponer sin límites *inter vivos*, sino incluso poder hacerlo *mortis causa*.

En este sentido afirma MARÍN CALERO al estudiar la reforma de la Ley 8/2021 que «*el artículo 808 supedita lo anterior a la «disposición contraria del testador». No procede hacer aquí el estudio detallado de esta norma, pero lo cierto es que despierta importantes dudas, como la del testador autorizar también que el fiduciario disponga de los bienes a título gratuito, incluidas las disposiciones* mortis causa*, y quizá distinguiendo según qué, como dice el precepto, afecte solo a la legítima estricta o también a otras cuotas legitimarias o libres*» (MARÍN CALERO, 2022, 187).

Y es que, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en considerar que, aunque el artículo 783 del Código Civil prohíbe la disposición de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario, el hecho de que el mismo artículo incluya la excepción *«salvo que el testador haya dispuesto otra cosa»*, faculta precisamente al testador a permitir en testamento cualquier tipo de sustitución fideicomisaria de residuo, o, incluso, la preventiva de residuo, motivo por el cual considero que el *«salvo disposición contraria del testador»* del 808 de la misma forma facultará al testador a decidir libremente cómo quiere disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad en beneficio del que tiene discapacidad.

3.º. Fijar mediante disposición en contrario un gravamen menor que el que rige supletoriamente, como podría ser, por ejemplo, un usufructo, o una sustitución fideicomisaria ordinaria, o una de residuo *de eo quod supererit* en la que el testador fija de qué bienes se puede disponer y de cuáles no.

Dicho esto, no comparto la opinión de los autores[17] que consideran que al implementar la expresión «salvo disposición contraria del testador» se está facultando al testador, al margen de la de residuo que permite disponer onerosamente, pero no de forma gratuita o *mortis causa*, solo y exclusivamente con la posibilidad de que en contrario pueda fijar también la sustitución fideicomisaria ordinaria.

Los motivos por los que discrepo de tal argumento son los siguientes:

— Si el «*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*» del 783 supone que el testador podrá apostar incluso por la sustitución preventiva de residuo, ¿por qué el «*salvo disposición contraria del testador*» del 808 no tiene, como mínimo, el mismo alcance?

— De haber sido esa la intención del legislador podría haberlo recogido así literalmente sin mucha dificultad, remarcando la facultad de gravar como única posibilidad del testador y limitando la disposición en contrario solo para establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria (descartándose con ello la posibilidad de que el testador opte por una sustitución preventiva de residuo), con alguna redacción parecida a la siguiente:

«*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. En tal caso, salvo que el testador prefiera establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto* mortis causa*».*

O, incluso respetando la redacción actual, pudo perfectamente el legislador recoger en la primera oración el verbo «gravar» en vez de «disponer», y acompañar el verbo gravar con la institución de la sustitución fideicomisaria como único gravamen posible, lo cual hubiese otorgado al párrafo cuarto del 808 una redacción parecida a esta:

«*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá gravar a su favor la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad mediante una sustitución fideicomisaria. En tal caso, salvo que el testador prefiera establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto* mortis causa*».*

— Precisamente, el argumento de que hay seguir respetando la intangibilidad de la legítima estricta como imposibilidad para que el testador pueda disponer libremente de ella decae con el carácter supletorio que la Ley 8/2021 ha otorgado a la sustitución fideicomisaria de residuo, la cual permite disponer onerosamente al fiduciario de todos los bienes que componen la legítima estricta.

O, dicho de otra forma, la posibilidad de que los legitimarios sin discapacidad se vean privados de su legítima estricta no ha sido una preocupación para el legislador de 2021, sino que su principal interés ha sido beneficiar a los descendientes legitimarios con discapacidad por encima de todas las cosas, como lo acredita el hecho de que les permita disponer onerosamente de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad.

En definitiva, no me queda más que mantener el argumento que expuse en 2019 al estudiar la redacción que se proponía para el artículo 808 del Código Civil en el Anteproyecto de la Ley 8/2021:

«Por tanto, podemos entender en base a esta redacción que el gravamen de la sustitución fideicomisaria de residuo del que se habla en el artículo 808 regirá por defecto «salvo disposición contraria del testador», lo cual deja en manos de este decidir expresamente cómo quiere que se beneficie a dicho hijo

a través del tercio de legítima estricta, y de ahí que en mi opinión pueda incluso, por qué no, adjudicarle el tercio de legítima estricta directamente como heredero sin límite alguno, tal y como puede hacerlo con el tercio de libre disposición y el de mejora.

Es decir, que puede entenderse que la frase «salvo disposición contraria del testador» que aparece en el 808 propuesto por el APL faculta al testador para disponer algo en contrario a la sustitución fideicomisaria de la que se habla a continuación, ya que esta regirá por defecto, repetimos, siempre y cuando el testador no haya dispuesto nada en contrario.

Por todo lo anteriormente expuesto, llego a la conclusión de con la redacción del 808 que propone el APL, los testadores españoles con hijos que se encontrasen en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma (finalmente la ley optó por incluir a las personas con discapacidad como beneficiarios)*, podrán disponer a favor de estos del tercio de legítima estricta sin ningún límite, lo cual vulneraría cuantitativamente la legítima estricta del resto de hijos o descendientes, atentando tal situación contra el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta cuantitativa, ya que respecto a la cualitativa se contemplaba ya alguna excepción»* (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2793 y 2794).

A todo lo anterior, y dando pie al próximo apartado, podemos sumar otra duda que puede reforzar la libertad de testar en los casos en los que el causante tenga un descendiente legitimario con discapacidad, como es el hecho de que de la misma forma ya pueden beneficiarse en España más de cuatro millones de personas sin discapacidad, ¿por qué no podrán hacerlo entonces las personas con discapacidad que necesitan más protección que las que no tienen ninguna discapacidad por los motivos esgrimidos por el Banco Mundial?

2. La legítima colectiva de Aragón y del País Vasco, y la libertad de testar en Navarra

Cuando hablamos de legítima colectiva hacemos referencia a lo que ocurre en Aragón y en el País Vasco, donde, tal y como expondré a continuación, el testador puede dejar la herencia completa a cualquiera de sus descendientes, sin necesidad de que el beneficiario tenga reconocida ninguna discapacidad para convertirse en el único heredero, ni tampoco se le exige que ostente la condición de legitimario.

Sin embargo, la misma operación también tiene cabida en Navarra, donde hay censadas 661 537 personas según el INE[18], y según la Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra establece que *«La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de "cinco sueldos 'febles' o 'carlines' por bienes muebles y una robada de tierra en los montes*

comunes por inmuebles", no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.

La atribución de la «legítima navarra» con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal».

Por tanto, en palabras de LASARTE, no existe, propiamente hablando, legítima en Navarra, pues se considera únicamente en sentido formal y, por tanto, basta con no preterir a los hijos, pero haciéndolos exclusivamente de una disposición de carácter simbólico. Actualmente, pues, rige en términos materiales la libertad de testar (LASARTE, 2021, pág. 169),

Por ello, podemos afirmar que también en Navarra puede aplicarse el supuesto de legítima colectiva del que hablo en a partir del siguiente párrafo, ya que todo testador que tenga libertad de testar podrá dejar evidentemente toda su herencia a cualquiera de sus descendientes de forma individual.

Centrándonos ya en la legítima colectiva de Aragón, donde hay censadas 1 326 261 personas según el INE[19], debemos saber que la ordenación sucesoria aragonesa se contiene en 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, que derogó, entre otras normas, la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

En el preámbulo del Código se recoge que «*la legítima, como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio».*

Al igual que ocurre en el Derecho común[20], en Aragón los hijos son legitimarios de grado preferente antes que los nietos, ya que como expone el 488 en su primer párrafo *«Son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes».*

Sin embargo, dicha preferencia solo rige para las sucesiones intestadas, ya que en las testadas el testador no tiene ningún límite a la hora de elegir a cuál de sus descendientes puede beneficiar con toda la legítima (la cual asciende a la mitad de la herencia y no se divide entre legítima estricta y legítima de mejora), o, dicho de otra forma, el testador puede elegir a cualquiera de sus descendientes para que herede toda la legítima (puede elegir a su nieto aunque su hijo viva), ya que el artículo 486, que lleva por título el de «Legítima colectiva», expone que:

«1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios.

2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal».

En definitiva, los testadores aragoneses pueden hacer con toda su legítima lo mismo que pueden hacer con el tercio de mejora los testadores sujetos al Derecho común, ya que dicho tercio puede dejarse a cualquiera de sus descendientes sin necesidad para ello de que sea legitimario.

Por su parte, en el País Vasco hemos de resaltar que la sucesión forzosa se encuentra regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, norma de carácter uniformizador, ya que la ley anterior, Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, mantenía sensibles diferencias en los criterios sucesorios de los territorios de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, y en concreto en el ámbito sucesorio que es el que nos interesa en este trabajo. Así se recoge en la exposición de motivos de la Ley 5/2015, cuando expone: *«En cuanto a la sucesión forzosa, hay grandes divergencias en nuestro Derecho histórico que convendría reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se cree prudente mantener (…).*

El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlo a otras legislaciones europeas.

La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento».

Precisamente por ello, la norma prevé una importante serie de reglas aplicables a todo el territorio, ya que tal y como recoge en su artículo 8 *«La presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la comunidad autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto».*

La legítima que afecta a todo el País Vasco (menos al valle de Ayala, formado por menos de 3000 personas, donde existe libertad absoluta a la hora de testar) asciende a una tercera parte del caudal hereditario, y tal y como recoge el artículo 48.2 de la 5/2015 *«El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita».*

Es decir, que, en dicha región, donde hay censadas 2213993 personas según el INE[21], los testadores disfrutan de una legítima colectiva al igual que

ocurre en Aragón, definición de legítima colectiva que sí usa literalmente la norma vasca en su artículo 51.3 cuando establece que *«El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva».*

Existen autores que a la hora de abordar la futura reforma del sistema legitimario español planteaba la posibilidad de que se aplicase en nuestro Derecho común una legítima estricta colectiva entre los descendientes legitimarios sin discapacidad, como VAQUER ALOY cuando expresó que *«Una opción a plantearse sería establecer una legítima colectiva, al modo de la legítima aragonesa y vizcaína o de la mejora del Código Civil, de modo que el testador pudiera elegir de entre los legitimarios a quien favorecer, más ello no tendría por qué conllevar ineludiblemente que el causante favoreciera a aquel de los legitimarios que realmente se hallare en mayor situación de necesidad»* (VAQUER ALOY, 2007, 14),

Pero, volviendo a la posibilidad real que existe a día de hoy conforme a la actual redacción del 808, bajo mi punto de vista no resulta carente de sentido jurídico plantearnos la posibilidad de que el legislador actual, a través de la Ley 8/2021, haya permitido en beneficio de los españoles con discapacidad sujetos al Derecho común, la misma posibilidad de la que ya disfrutan millones de españoles sin discapacidad.

Eso sí, de admitirse la posibilidad de que el 808 actual permite una legítima similar a la colectiva de las regiones forales, haríamos referencia a una legítima colectiva mucho más reducida en el Derecho común, principalmente por dos motivos:

1.º. Que mientras en Navarra tienen una legítima simbólica, en Aragón y el País Vasco la legítima colectiva no exige que el descendiente que se beneficie de ella sea legitimario, por lo que el testador podrá dejarle toda la legítima a un nieto aunque su padre (hijo del testador) viva, situación que no podría darse en el Derecho común ya que el 808 limita como únicos posibles beneficiarios de la legítima estricta a los descendientes legitimarios con discapacidad, es decir, que los beneficiados tienen que ostentar la condición de legitimarios, por lo que un nieto con discapacidad nunca podrá beneficiarse de la legítima estricta si su padre (que sería el legitimario) vive y no ha sido justamente desheredado ni ha incurrido en causa de indignidad sucesoria.

2.º. Que la Ley 8/2021 limita como posibles beneficiarios de la legítima estricta a los descendientes legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, reconocimiento que, por el contrario, no se exige ni en Navarra, ni en Aragón ni en el País Vasco, donde se puede elegir libremente entre cualquiera de sus descendientes para dejarle toda la legítima, tal y como ocurre en el Derecho común con el tercio de mejora.

3. Su encaje en el artículo 813 del Código Civil

Parte de la doctrina considera que el testador no podrá disponer sin límites de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad en beneficio del legitimario con discapacidad, porque no puede privarles de ella.

Así, ESPEJO LERDO DE TEJADA al estudiar la redacción del 808 propuesta por el Anteproyecto de la Ley 8/2021 expresaba que «*Hay, finalmente, una importante novedad cuyo alcance es difícil de interpretar: a tenor de la propuesta, la figura del fideicomiso no sería la única posibilidad con la que el testador puede disponer o gravar la legítima estricta de los descendientes no discapacitados, ya que el proyecto prevé una redacción del artículo 808 del Código Civil en que el fideicomiso existe* «*salvo disposición contraria del testador*». *No podemos estar de acuerdo con la idea de que esto supone la posibilidad de que el testador pueda disponer a favor de los discapacitados del tercio de legítima estricta sin ningún límite, o de que también pueda el testador autorizar al discapacitado que realiza sobre esos bienes atribuidos en fideicomiso los actos dispositivos* inter vivos *gratuitos o* mortis causa *que desee, por una razón sistemática de primer orden: el artículo 813 del Código Civil sigue considerando que lo posible en esta materia es el gravamen de la legítima, no la privación absoluta a voluntad del causante o del discapacitado, como supondrían, en cambio, estas otras formas de articular las necesidades del discapacitado*» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 77 y 78).

Aun siendo ello cierto, también lo es que el primer párrafo del 813 recoge que *«El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley»*.

Por tanto, existen supuestos expresamente determinados en la ley, en los cuales el testador está facultado para privar a los herederos de su legítima.

¿Podrá considerarse conforme a la literalidad actual del 808, párrafo cuarto, que tener un descendiente legitimario con discapacidad es uno de los casos en los que expresamente la ley faculta al testador a privar a sus herederos (en este caso, a los legitimarios sin discapacidad) de su legítima, en base al 813?

De admitirse tal posibilidad considero que no se hablaría de desheredación de los legitimarios sin discapacidad, porque en Aragón la legítima colectiva (art. 486 del Código de Derecho Foral de Aragón) coexiste con las causas de indignidad para suceder (art. 328) y las causas de desheredación (arts. 509 y sigs.), lo que implica que cuando el testador decida favorecer a uno de los descendientes con toda la herencia no estará desheredando al resto de herederos, sino que simplemente les estará privando de su legítima porque la ley le faculta a ello.

O, dicho de otra forma, en nuestro Derecho común podría entenderse que cuando un testador apueste por favorecer con toda la legítima a

un descendiente legitimario con discapacidad no estará desheredando al resto de legitimarios sin discapacidad, sino que les estará privando de su legítima no por una conducta merecedora de ser desheredados o de ser considerados indignos, sino porque el testador puede hacerlo, ya que beneficiar al descendiente legitimario con discapacidad sería una de las causas determinadas expresamente en el Código Civil para poder hacerlo.

Respecto a por qué deben dejar los padres bienes a todos los hijos si tiene alguno más necesitado que los demás, expresa ROCA TRÍAS que «*hay supuestos en los que la herencia cumpliría su función social obligando a la protección de determinados grupos familiares, tal como se deduce de las propias normas constitucionales, de modo que podría obligarse al propietario/causante a atribuir bienes, ya sea en forma de legítima, ya sea en forma de patrimonios vinculados (trust), a los hijos menores de edad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 39.3 CE y a los hijos que se encuentren en situaciones dignas de protección, como los discapacitados (art. 39.3 in fine y 49 CE). De hecho, la reforma del Código Civil producida por Ley 41/2003 modificó el artículo 808 CC, que permitió establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta cuando uno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado; en este caso los fiduciarios serán dichos hijos y los demás legitimarios serán fideicomisarios. La función social en estos casos la cumplirá la herencia porque los bienes privados van a ir dirigidos a quienes de otro modo, dependerían de las prestaciones sociales y la pregunta lógica será ¿por qué si el causante tiene bienes para afrontar las necesidades que presenta un hijo suyo incapacitado judicialmente, debe dejar la legítima libre a los demás legitimarios y enviar al más necesitado a la prestaciones sociales? El 808.3 del Código Civil presenta un supuesto de solidaridad familiar, que incluso podría ir más allá. Con esta reflexión volvemos a lo que ya había dicho: la única función social de una legítima en su relación con la familia es la dirigida a la subvención de las necesidades de determinados miembros, admitidas de forma clara en la Constitución. En definitiva, lo que puede calificarse como legítima alimenticia*» (ROCA TRÍAS, 2020, 39).

4. Posibles motivos por los que oponerse a la libertad de disposición del testador

Aunque personalmente defiendo justo lo contrario, entiendo que en base a la literalidad actual del 808 (a la que tanto hago referencia a la hora de intentar defender mis argumentos) también pueden existir motivos para defender que la intención del legislador de la Ley 8/2021 no fue la de permitir que el testador pudiese disponer incluso en pleno dominio de la

legítima estricta en beneficio del descendiente legitimario con discapacidad, como son, principalmente:

1.º. El hecho de que trate de forma diferente a los legitimarios con discapacidad y a los legitimarios sin discapacidad.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ entiende que «*la reforma está posibilitando tratar de diferente manera a los legitimarios que presenten discapacidad, lo que, se justifique como se quiera justificar, es contrario a las premisas de la Convención. Se mire como se mire, la igualdad y la plena inclusión implican que se herede en idénticas condiciones a cualquier otro*» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2021, 937).

Personalmente discrepo de dicha afirmación, ya que, tal y como pone de manifiesto el Banco Mundial en el informe[22] publicado el 21 de marzo de 2021, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos, y cuentan con menos oportunidades de formación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza, así que, en definitiva, las personas con discapacidad necesitan una mayor protección, por tanto diferente, que la que necesitan las personas sin discapacidad, y precisamente por ello cuentan con varias medidas especiales de protección de las que no disponen las personas sin discapacidad en el ámbito sucesorio, y no solo en dicho ámbito, sino también en el fiscal, laboral.

Bajo mi punto de vista, el hecho de que al permitir la protección de las personas con discapacidad con la legítima estricta se les esté diferenciando de las personas sin discapacidad no es argumento para oponerse a la teoría que vengo planteando en el artículo, ya que de ser así también se opondrían al espíritu de la Convención todas las medidas fiscales, laborales, administrativas… que también las diferencian, pero es que, las personas con discapacidad necesitan una protección diferente de aquellas que no tienen ninguna discapacidad.

2.º. La restricción a favor de los descendientes legitimarios con discapacidad como únicos posibles beneficiarios de la legítima estricta.

Aun siendo cierto que el legislador ha ampliado de forma exponencial la tangibilidad de la legítima estricta al elegir como nuevos beneficiarios en el 808 a las personas con discapacidad en vez de haber limitado su alcance a las personas con discapacidad con curatela representativa, y apostando por la modalidad de residuo sobre la legítima estricta cuando el testador no haya dispuesto otra cosa, también lo es que con la redacción anterior del 808 se podía gravar la legítima estricta en favor de cualquiera de los descendientes incapacitados, mientras que en la actualidad tan solo se puede disponer de ella en beneficio de los descendientes con discapacidad que ostenten la condición de legitimarios.

Por tanto, podemos afirmar que con el actual 808 un abuelo no podrá beneficiar a un nieto con discapacidad con la legítima estricta si su padre vive, ya que en este caso el nieto no es legitimario.

Sin embargo, la literalidad actual del Código Civil obliga a que nos cuestionemos si tan solo serán los hijos con discapacidad los que puedan hacerlo, y no los nietos aun ostentando la condición de legitimarios (por ejemplo, por sobrevivir a su padre, o porque su padre haya sido desheredado o declarado indigno). Y es que, mientras la primera oración del párrafo cuarto del 808 habla de que el testador podrá favorecer a sus legitimarios con discapacidad, y dentro de los descendientes como herederos forzosos pueden ser legitimarios tanto los hijos como los descendientes, el artículo 782, en cambio, contempla a los hijos del testador como únicos posibles beneficiarios de lo establecido en el artículo 808, y la segunda oración del párrafo cuarto del 808 también se refiere al hijo beneficiado con la sustitución fideicomisaria de residuo.

En mi opinión, carecería de toda lógica jurídica que si un descendiente con discapacidad fuese legitimario del causante no pueda verse beneficiado de la legítima estricta del resto de legitimarios, y más teniendo en cuenta que la literalidad de dichos artículos se ha implementado en nuestro del Código Civil precisamente por una ley que tiene como finalidad la protección de las personas con discapacidad.

Es más, incluso el hecho de que un abuelo no pueda favorecer con toda la legítima estricta a un nieto con discapacidad porque su padre vive, resulta un tanto paradójico si tenemos en cuenta el hecho de que ese mismo nieto, incluso sin discapacidad, sí que podría ser favorecido con toda la legítima en Aragón o el País Vasco.

Por su parte CARRIÓN OLMOS considera que *«Varias son las puntualizaciones que cabe hacer aquí: de un lado, se repite, como se apuntó, ese extraño, e incomprensible, maridaje terminológico "hijo"/"legitimarios", cuando lo cierto es que el/ o los/legitimarios no tienen por qué ser necesariamente "hijos", cabría incluso concurriesen "hijos" con "nietos" (hijos del hijo premuerto), y que como consecuencia del fallecimiento de su progenitor pasen a ser legitimarios inmediatos del abuelo (siquiera sucediéndole por representación, y cabría asimismo que la situación de discapacidad afecte a uno de los nietos, y no a todos. Resulta del todo impensable que el designio legislativo haya tratado de ir más allá, y en un afán de tratar de proteger al máximo la legítima de los hijos no discapacitados, haya identificado con carácter excluyente (siquiera a los efectos de lo dispuesto en los preceptos de referencia) la condición de "hijo" con la de "legitimario", excluyendo así del marco protector al "legitimario" en situación de discapacidad que no sea sin embargo "hijo" del testador»* (CARRIÓN OLMOS, 2022, 3025).

También MARÍN CALERO expone que «*¿Es realmente necesario que se trate directamente de un hijo, excluyendo a los descendientes ulteriores?*

Veremos lo que decide la jurisprudencia, pero en mi opinión lo relevante debería ser la condición de legitimario, de manera que los descendientes también entrarán en juego, pero solo cuando ellos mismos sean también legitimarios» (MARÍN CALERO, 2022, 186).

Pero, dado que nos encontramos en el apartado que dedico a los posibles motivos por los que oponerse a la libre disposición de la legítima por parte del testador, considero que uno puede ser el hecho de que el legislador no haya mantenido a cualquier descendiente con discapacidad como posible beneficiario de la legítima estricta, sino que ha restringido su alcance exclusivamente en favor de los que sean legitimarios.

3.º. El «gravamen de la legítima estricta» del que habla el párrafo quinto del 808.

Recoge el quinto y último párrafo del 808, también nuevo e introducido en nuestro del Código Civil por la Ley 8/2021, que *«Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique»*.

En base a la literalidad del precepto, lo que podrá impugnar el legitimario de cuya legítima estricta se hubiese dispuesto es que se haya hecho sin causa que lo justifique, siendo la única causa que puede justificar tal disposición la de que se use para beneficiar a un descendiente legitimario con discapacidad[23].

Sin embargo, el motivo que considero puede ser usado en contra de la libertad de disposición absoluta del testador sobre la legítima estricta es que en dicho párrafo se expresa que el hijo puede impugnar «el gravamen de su legítima estricta».

Es decir, habla de la facultad del testador en base al párrafo cuarto y solo recoge el gravamen sobre la legítima dentro de la facultad de disposición del testador.

¿Deberá entenderse entonces que la verdadera intención del legislador de la Ley 8/2021 era permitir como máximo un gravamen sobre la legítima estricta porque así aparece en el párrafo quinto?

Aunque lo considero un motivo lógico para oponerse a la plena libertad de disponer de la legítima estricta por parte del testador que quiera beneficiar a los descendientes legitimarios con discapacidad, lo cierto es que entiendo que son más los motivos que hacen aconsejable interpretar en su máxima expresión la literalidad del párrafo cuarto del 808, lo cual, reitero, no supondría la supresión del régimen de legítimas, sino que simplemente permitiría que toda ella fuera a parar a un mismo descendiente legitimario, en este caso, uno con discapacidad, porque el testador lo entienda oportuno, facultad que tampoco obliga al testador a apostar por dicho medio de protección cuando no lo considere necesario.

IV. UN SUPUESTO PRÁCTICO COMO EJEMPLO

Con la redacción actual del 808 del Código Civil, y por los motivos que he ido argumentando a lo largo del presente artículo, no es descabellado imaginar que en los próximos años puedan existir testamentos con una redacción similar a la siguiente:

«*Dado que mi hija Carla tiene una discapacidad psíquica del 85%, quiero disponer en su favor del tercio de libre disposición, del de mejora y del de legítima estricta.*

Expresamente en este acto manifiesto que la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad quiero adjudicársela en pleno dominio, al igual que la mejora y la libre disposición, a mi hija Carla.

Para el caso de que el resto de mis legitimarios sin discapacidad impugnen el testamento, quiero hacer constar en este acto que de prosperar sus pretensiones, es mi deseo favorecer entonces a mi hija Carla con el tercio de libre disposición y con el de mejora, más su cuota de legítima estricta, y gravar la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad en favor de Carla mediante una sustitución preventiva de residuo que le faculte a disponer sin ningún límite, tanto inter vivos *(de forma onerosa y gratuita) como* mortis causa.

Por último, si de igual forma impugnan el contenido de la anterior cláusula mis legitimarios sin discapacidad y prosperasen sus argumentos, dejo recogida que entonces es mi última voluntad la de favorecer a mi hija Carla con el tercio de libre disposición y con el de mejora, más su cuota de legítima estricta, y gravar en su favor la legítima estricta del resto de mis legitimarios sin discapacidad con una sustitución fideicomisaria de residuo que le permita disponer onerosamente de dicho tercio sin ninguna limitación, tal y como permite el artículo 808, párrafo cuarto».

Imaginémonos que los hermanos de Carla, que son los legitimarios sin discapacidad privados de su legítima estricta por voluntad del testador, impugnan en los tribunales el contenido del testamento en base al artículo 815 del Código Civil, que permite ejercer la acción de complemento de legítima en los casos en que el testador no ha respetado con su disposición los derechos de los legitimarios.

En tal caso, los letrados de la hija con discapacidad favorecida en el testamento con la legítima estricta podrían contestar la demanda argumentando:

1.º. Que el artículo 813 del Código Civil en su primer párrafo permite al testador privar a los herederos de su legítima en los casos expresamente determinados por la ley, y que precisamente el beneficio de un descendiente legitimario con discapacidad es uno de esos casos en los que la ley posi-

bilita que el testador prive a los herederos de su legítima, ya que en tales casos podrá disponer sin ningún límite de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad, tal y como reza la primera oración del párrafo cuarto del 808.

2.º. Que no consta ningún límite en la literalidad del 808 respecto a la facultad de disponer de la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad por parte del testador.

4.º. Que la sustitución fideicomisaria de residuo de la que habla ese mismo párrafo cuarto del 808 pero en su segunda oración, será el gravamen elegido por el testador sobre dicha legítima *«salvo disposición en contrario»*, y en el presente procedimiento consta como el testador dispuso expresamente que su intención era dejarle la legítima estricta a su hija con discapacidad en pleno dominio, tal y como hacía con la mejora y la libre disposición.

3.º. Que existen más de cuatro millones de españoles, en concreto los navarros, vascos y aragoneses, que pueden beneficiarse con toda la legítima sin necesidad de tener reconocida ninguna discapacidad, ya que en dichas regiones los testadores pueden dejarle toda la legítima a cualquiera de sus descendientes.

¿Por qué no podrán entonces beneficiarse exactamente igual los descendientes legitimarios con discapacidad cuando sea esa la voluntad del testador, si así lo permite la literalidad del 808 tras la reforma del Código Civil llevado a cabo por una ley protectora de las personas con discapacidad, como es la Ley 8/2021?

4.º. Que para el caso de que no se permita el pleno dominio de la legítima estricta para Carla por atentar tal posibilidad contra la legítima estricta de los herederos, subsidiariamente debe tener acogida la voluntad del testador de que sobre ella recaiga una sustitución preventiva de residuo sin ningún límite, institución admitida por nuestro Tribunal Supremo en base al artículo 783 y la disposición en contrario que pueda fijar al respecto el testador, disposición en contrario que aparece en el presente testamento, motivo por el cual no hay ningún motivo legal para que no rija la sustitución preventiva de residuo deseada por el testador.

5.º. Por último, alegan los abogados de Carla que lo que pretenden evitar los demandantes, que Carla herede toda la herencia, puede llegar a producirse incluso aunque se admita la demanda, ya que como mal mayor para Carla se acabará aplicando la sustitución fideicomisaria de residuo que le faculta a disponer onerosamente de todos los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios sin discapacidad (los demandantes).

Solo el tiempo dirá qué postura adoptarán nuestros tribunales al respecto.

V. CONCLUSIONES

Al estudiar el contenido del Anteproyecto de la Ley 8/2021, y en concreto la nueva redacción que en él se proponía para el artículo 808 del Código Civil, en 2019 expuse (BOTELLO HERMOSA, 2019, 2800):

«*Resulta de una trascendencia jurídica enorme lo que propone el Anteproyecto con su artículo 808 principalmente por dos motivos:*

1.º. Porque apuesta decididamente por la tangibilidad de la legítima estricta, tan ansiada desde algunos sectores de nuestro ordenamiento.

Y es que, a través de su redacción, dicho artículo permite a los españoles con hijos que se encuentren en una situación física o psíquica que les impida desenvolverse de forma autónoma (finalmente la Ley 8/2021 apostó por las personas con discapacidad)*, que dispongan a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes sin ningún tipo de límite, si bien habrá de reflejarse así expresamente en el testamento.*

2.º. Porque en aquellos casos en los que el testador no haya dispuesto nada al respecto y quiera proteger con la legítima estricta a dichos hijos, lo hará obligatoriamente mediante una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad si aliquid supererit limitada, ya que se prohíbe al fiduciario disponer mortis causa *ni* inter vivos *de forma gratuita.*

La importancia de este segundo punto es doble, por un lado, porque se incluiría por primera vez en nuestro del Código Civil la modalidad de residuo de dicha institución, y por otro, porque si bien limita literalmente al fiduciario a disponer mortis causa *ni* inter vivos *de forma gratuita de los bienes que componen el tercio de legítima estricta, a sensu contrario le faculta para poder disponer libremente* inter vivos *de forma onerosa de todos los bienes, por qué no, que componen la legítima estricta, lo cual, una vez más, podría conllevar la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta del resto de herederos forzosos*».

Más de tres años después, y aun siendo plenamente consciente de que tal planteamiento no tendrá ninguna acogida entre la doctrina, me reafirmo en el pensamiento de que, como mínimo, debemos cuestionarnos si la nueva redacción del artículo 808 del Código Civil tras la Ley 8/2021, faculta al testador a dejar toda la herencia al legitimario con discapacidad, incluso en pleno dominio, por los siguientes motivos:

1.º. El legislador de 2021 suprimió el «podrá establecer de la legítima estricta» del 2003, por el actual «podrá disponer de la legítima estricta». ¿Con qué finalidad?

2.º. A la referida facultad de disponer no le ha fijado ningún límite, cuando, por el contrario, sí que ha fijado otros límites en ese mismo

párrafo, como los de no disponer de forma gratuita o *mortis causa* por el fiduciario con discapacidad de los bienes fideicomitidos, salvo disposición en contrario del testador.

3.º. El legislador de 2021 descartó seguir con una mirada restrictiva sobre los posibles beneficiados-perjudicados con la legítima estricta, ya que ha descartado a las personas con discapacidad con curatela representativa como únicos posibles beneficiarios (que sería apostar por una línea continuista-restrictiva conforme a la Ley 41/2003), y, sin embargo, ha reflejado expresamente su intención de una tangibilidad de la legítima estricta cada vez más amplia, permitiendo como posibles beneficiarios de dicho tercio a los que hasta entonces lo tenían prohibido por la Ley 41/2003: las personas con discapacidad.

4.º. En vez de posicionarse junto a la mayoría de la doctrina que con mirada restrictiva se oponía tajantemente a la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, ya que consideran que tal decisión podría atentar contra el artículo 813 del Código Civil al privar al resto de legitimarios de su herencia, el legislador de 2021 lo ha tenido claro: el tipo de sustitución fideicomisaria que recae sobre el tercio de legítima estricta, salvo disposición contraria del testador, será la de residuo, y dentro de sus modalidades, la de residuo que faculta al fiduciario con discapacidad a disponer onerosamente, y sin ningún motivo para ello, de los bienes que componen la legítima estricta del resto de legitimarios.

¿Por qué volver a interpretar las novedades de esta reciente Ley 8/2021 con una visión restrictiva respecto a la posible tangibilidad de la legítima estricta?

5.º. Si en Aragón, País Vasco y Navarra, cualquier testador puede dejarle toda su herencia a cualquier descendiente sin que ello haya supuesto el fin de las familias en dichas regiones, ¿qué sentido tiene que en el Derecho común los testadores no puedan hacerlo en favor de un descendiente legitimario con discapacidad cuando así parece permitírselo el Código Cilvil?

6.º. Nuestro Código Civil establece que existen casos expresamente determinados por la ley en los que el testador puede privar a los herederos de su legítima (art. 813, primer párrafo), por lo que podríamos contemplar el caso de tener un descendiente legitimario con discapacidad como uno de los supuestos expresamente determinados en la ley para dejar sin legítima al resto de herederos, coexistiendo perfectamente esta posibilidad con los supuestos de desheredación y de indignidad sucesoria, tal y como ocurre en Aragón.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2005). El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* núm. 35, 37-45.

BOTELLO HERMOSA, P. (2015). Aceptación de nuestro Tribunal Supremo de la institución de residuo como tipo de sustitución fideicomisaria a término. *Revista de Derecho Civil,* número 2, 127-170.

— (2019). La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 776, 2783-2804.

CABEZUELO ARENAS, A. (2021). El fideicomiso de residuo del artículo 808.IV del Código Civil: Cambio de condiciones subjetivas del fiduciario. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8.

CARRIÓN OLMOS, S. (2021). Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los artículos 782 y 808 del Código Civil tras su redacción por la Ley 8/21, de 2 de junio. *IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano*, 1-4.

— (2022). Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español? *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 16 bis, 3010-3039.

CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo (dirs.)/C. Gil Membrado y J. J. Pretel Serrano (coords.). *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad,* Madrid: Bosch Wolters Kluwer, 691-706.

CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te "ningunean" tus hijos? ¡Desherédalos!, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 896.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Apartados treinta y ocho, treinta y nueva y cuarenta del artículo segundo. En C. Guilarte Martín-Calero (directora). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Navarra, Editorial Thomson Reuters, 933-953.

DE SALAS MURILLO, S. (2010). Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración. *Anuario de Derecho Civil,* núm. 2, 677-717.

DÍAZ ALABART, S. (2004). La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). *Revista de Derecho Privado*, número 88, 259-270.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). Prólogo. *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el del Código Civil*, La Coruña: Andavira.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, 113-160.

— (2020). *Tendencias reformistas en el Derecho Español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas.* Bosch Wolters Kluwer.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2013). *Comentarios al Código Civil*. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (director). Valencia: Tirant Lo Blanch.

GIL MEMBRADO, C. (2014). Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio. *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista.* En: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores). Madrid: Dykinson (103-132).

GOMÁ LANZÓN, I. (2019) ¿Tienen sentido las legítimas en el Siglo XXI? En M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza (dirs.)/ J.P. Murga Fernández, C. Hornero Méndez y F. Capilla Roncero (coords.). *Las legítimas y la libertad de testar*. *Perfiles críticos y comparados.* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (61-76).

GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J.M.ª (2013). La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad. Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad,* organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.

HERRERO OVIEDO, M. (2007). Pertinencia de la sustitución fideicomisaria a favor del incapacitado. *La protección jurídica del incapacitado, II Congreso Regional.* En: Serrano García (coordinador). Valencia: Tirant Lo Blanch (287-294).

LASARTE, C. (2021). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII.* Editorial Marcial Pons.

LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2005). Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003. *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20, 179-272.

MARÍN CALERO, C. (2022). *La herencia a favor de un hijo con discapacidad intelectual.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (2010). *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Madrid: Editorial Dykinson.

MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2022). Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 57.

MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). *Autorregulación precautoria de la discapacidad. Adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*, en Editorial universitaria Ramón Areces.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). Curatela y representación. En S. de Salas Murillo y M.ª V. Mayor del Hoyo (dirs.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad.* Valencia: Tirant lo Blanch (253-270).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2013). *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala).* Madrid: La Ley.

MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídicos civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 2173, 1-26.

NANCLARES VALLE, J. (2011). Sustituciones Fideicomisarias en Navarra. En: María del Carmen Gete-Alonso y Calera (directora), *Tratado de Derecho de Sucesiones.* Navarra: Aranzadi (121-160).

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). La sustitución fideicomisaria como instrumento de protección del incapacitado: cuestiones críticas relativas a sus presupuestos objetivos. En J. R. Prieto, C. Hornero Méndez y J.M. Macarro Osuna (coords.). *Derecho y fiscalidad de las sucesiones* mortis causa *en España: una perspectiva multidisciplinar.* Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi (183-200).

PÉREZ RAMOS, C. (2021). Incidencia de la Ley 8/21 sobre las sustituciones hereditarias. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 99, 42-29.

PEREÑA VICENTE, M. (2007). La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados? En J. Pérez de Vargas Muños (coord). *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad.* Madrid: La Ley (687-700).

ROCA TRÍAS, E. (2020). La libertad de testar: entre constitución y familia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 13-46.

RIPOLL SOLER. A. (2005). La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: Fideicomiso de Residuo. *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 114, 823-828.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2009). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral.* Madrid: Dykinson.

RIVERA ÁLVAREZ, J. (2004). La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes. *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García.* En: González Porras y Méndez González (coordes). Murcia: Universidad de Murcia (4185-4206).

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (2022). La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales. A propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 790, 815-841.

VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del Derecho,* núm. 3, 1-25.

VERDERA SERVER, R. (2022). *Contra la legítima*. Madrid: Fundación Notariado.

VIVAS TESÓN, I. (2010). *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica.

NOTAS

[1] Lo cual supuso que algún autor resaltase la Ley 41/2003 como un gran paso en la protección de las personas incapacitadas, como MAYOR DEL HOYO, María Victoria, La interrelación de los aspectos jurídicos civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad, *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año LXVIII, núm. 2173, 20014, 13.

[2] En este mismo sentido MARTÍN MELÉNDEZ argumentó que «*el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos artículos 782, 808 y 813 del Código Civil, puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (…), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquella que, simplemente, ha sido declarada discapacitada*» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, 63 y 64); mientras que GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ expuso que «*tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la intan-*

gibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad» (GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, 2013).

[3] El artículo 269 del Código Civil fija que «*Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».*

MARTÍNEZ CALVO expresa que «*únicamente en situaciones en que no pueda darse de otro modo, la curatela puede concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener alcance general»* (MARTÍNEZ CALVO, 2022, 29).

[4] Apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ que «*las discapacidades son muy diferentes entre sí (físicas, sensoriales, psíquicas), como lo son los apoyos que necesitan los discapacitados en función de la discapacidad que les afecta»* (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, 270). Por su parte, DE SALAS MURILLO expresa que «*La clasificación tradicional distingue entre discapacidad física, psíquica o intelectual y sensorial; no obstante, cada uno de estos apartados se ha abierto a nuevos contenidos (v.gr. la discapacidad intelectual, prácticamente identificada con el retraso mental, actualmente incluye enfermedades como el autismo, que no tiene porqué llevar aparejado aquel), y se alude a un cuarto tipo de discapacidad, que es la que deriva de los trastornos psiquiátricos o psicológicos. Sea del tipo que sea, si por algo se caracteriza la discapacidad es por la necesidad de apoyo social para poder hacer real la igualdad de oportunidades, y la articulación de estos apoyos pasa por la valoración de la discapacidad»* (DE SALAS MURILLO, 2010, 700).

[5] Expone la disposición adicional cuarta del Código Civil tras la reforma de la ley 8/21 que: «*La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia».*

[6] Las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

[7] b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

[8] Así, por orden cronológico, RIVERA ÁLVAREZ llegó a la conclusión de que «*no podrá afectar una cláusula de residuo a la legítima estricta de tal modo que suponga la pérdida de los derechos legitimarios por cuanto supondría considerar esta como una expectativa de derecho y no como un derecho propiamente dicho»* (RIVERA ÁLVAREZ, 2004, 4204).

También LEÑA FERNÁNDEZ indicó que «*ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código Civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliese la condición puesta por*

el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo» (LEÑA FERNÁNDEZ, 2005, 195).

ESPEJO LERDO DE TEJADA, por su parte, argumentó que «*no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso porque relegaría a los legitimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido expresamente autorizado por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada)*» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, 133).

HERRERO OVIEDO también expuso que «*no es posible admitir, al amparo de la nueva regulación del Código Civil, un fideicomiso de residuo que recaiga sobre la legítima estricta*» (HERRERO OVIEDO, 2007, 292).

RIVAS MARTÍNEZ igualmente se posicionaba dentro de la corriente doctrinal negativa al afirmar que «*ante el silencio del Código, en principio, puede pensarse que no lo limita y que es admisible poder aplicar la figura del fideicomiso de residuo al supuesto que la ley regula, todo ello al amparo del principio de libertad de la voluntad del testador.*

Aceptando este punto de partida, inmediatamente nos asalta la duda de si el fideicomiso de residuo en cualquiera de sus modalidades (si aliquid supererit, o de eo quod supererit) es la figura adecuada para resolver los intereses en juego, en una situación como la recogida en el artículo 808.3.

Una de las finalidades de la norma es, efectivamente, favorecer al discapacitado declarado judicialmente incapacitado, pero no es menos cierto que el mismo precepto no quiere ir más allá de lo que sea lógico y equitativamente razonable y ello porque de admitirse que el testador pueda acogerse a esta figura en la que el fiduciario pudiera enajenar, no solo en los supuestos excepcionales, sino en los términos más o menos amplios que se pueden alcanzar en el fideicomiso de residuo, de hecho se llegaría (o se podría llegar) a que los fideicomisarios-colegitimarios quedarían reducidos a meros receptores del residuo lo que implicaría un agravamiento en la legítima de los no incapacitados. (…) Así, tratándose el fideicomiso del artículo 808.3 de un supuesto excepcional parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria.

En esta línea restrictiva, a la que me adhiero, se manifiesta, además, el resto de la doctrina que ha estudiado esta cuestión inclinándose por la no admisión del fideicomiso de residuo y por solo aceptar la sustitución pura o fideicomiso ordinario» (RIVAS MARTÍNEZ, 2009, 1483).

MARTÍN MELÉNDEZ por su parte se planteaba: «*¿cabría que el causante estableciera un fideicomiso de residuo sobre la legítima estricta? (…) En nuestra opinión, esta posibilidad no es admisible cuando la sustitución grava la legítima estricta, ya que ello supondría poder privar de forma definitiva a los legitimarios de su legítima, vulnerándose así el principio de intangibilidad cuantitativa de esta, no solo el de intangibilidad cualitativa. A favor de esta postura se ha alegado que de admitir el fideicomiso de residuo en nuestro caso, estaríamos ante una causa de desheredación no recogida expresamente por la Ley (art. 848 y sigs. CC), desheredación que, además, hay que destacar que quedaría en manos del fiduciario, no solo del testador*» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2010, 115-116).

NANCLARES VALLE expuso: «*Entiendo que no cabe que el fiduciario incapacitado (por sí mismo con el complemento de capacidad del curador o por medio de sus representantes legales) disponga libremente de los bienes fideicomitidos, ni tan siquiera cuando con ello se persiga hacer frente a sus necesidades vitales*» (NANCLARES VALLE, 2011, 115).

Por su parte, GALICIA AIZPURÚA indicó que «*aunque el fideicomiso de residuo sea una modalidad de sustitución fideicomisaria, la naturaleza excepcional que el artículo 782 muestra frente al principio general sentado por el artículo 813 lleva a entender que el testador no puede gravar con esta modalidad el tercio de legítima estricta, ya que si al*

fiduciario le fuese posible disponer (a través de su representante) de los bienes fideicomitidos, los legitimarios sufrirían, antes que un mero retardo en el disfrute de su cuota legal, una verdadera pérdida de la misma» (GALICIA AIZPURÚA, 2013, 5727).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ se limitó a exponer «*Entendemos que tampoco es admisible la posibilidad de que el fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta de los fideicomisarios se configure como un fideicomiso de residuo*» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, 910).

Igualmente, GIL MEMBRADO recogía que «*siendo como es una excepción, parece más conveniente decantarse por una interpretación restrictiva que no abarque el fideicomiso de residuo, por el riesgo que conlleva para el fideicomisario, ya que como hemos apuntado podría ver vaciado su derecho si el fiduciario dispone de la total cantidad de bienes fideicomitidos»* (GIL MEMBRADO, 2014, 118).

[9] Así, la primera fue DÍAZ ALABART quien, aun apostando por lo contrario, no descartaba tal posibilidad dado que el legislador no había puesto límites respecto al tipo de sustitución fideicomisaria que podía gravar la legítima estricta, cuando expresó que «*Precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los bienes fideicomitidos es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 del Código Civil De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitir que el fideicomisario del artículo 808.3 del Código Civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras esta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso»* (DÍAZ ALABART, 2.004, 1050).

Posteriormente PEREÑA VICENTE sí consideró posible dicho gravamen sin ningún género de dudas al exponer que «*incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer. Desde luego, una medida drástica que, esperemos, logre resolver más problemas de los que puede plantear*» (PEREÑA VICENTE, 2007, 2).

O, también, CÁMARA LAPUENTE, cuando afirmó que «*más difícil es dilucidar si el testador puede crear un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas a favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante); aunque con el tenor de los artículos 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria*» (CÁMARA LAPUENTE, 2010, 726).

[10] *RJ* 2008, 7696.

[11] Así lo refleja, entre otras, la sentencia de 25 de mayo de 1.971, mediante la cual el Alto Tribunal confirma que «*en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste (si aliquid supererit), si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar*».

[12] *RJ* 1987, 6042.

[13] *RJ* 2009, 3278.

[14] *RJ* 2008, 7696.

[15] Hoy en día parece casi unánime la opinión doctrinal en tal sentido, como, por ejemplo, DOMÍNGUEZ LUELMO cuando recoge al respecto que «*dando una vuelta más de tuerca, se podría posibilitar claramente la atribución a los hijos discapacitados de la legítima estricta de los demás hijos y descendientes. Y en tales casos, salvo disposición en contra del testador, lo recibido por el hijo beneficiado quedaría gravado con una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta. Cabría discutir si se permite o no, y en qué medida, al hijo discapacitado disponer de tales bienes, pero lo cierto es que un interés considerado como más digno de protección posibilita lisa y llanamente que el testador pueda llegar a privar de su legítima a los demás hijos*» (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2020, 12 y 13).

CABEZUELO ARENAS escribe que «*La primera consiste en constituir un fideicomiso de residuo si aliquid supererit. Esto implicaría que los hijos fideicomisarios expuestos quedasen a no recibir nada, pues ninguna obligación se impone al fiduciario de conservar para ellos un resto o sobrante si hiciera uso de sus facultades dispositivas*» (CABEZUELO ARENAS, 2021, 6).

De la misma forma lo interpreta PÉREZ RAMOS, cuando argumenta que «*Frente al régimen anterior, que se limitaba a permitir imponer una sustitución fideicomisaria, ahora se hace referencia expresamente al fideicomiso de residuo lo que implica que se aumente mucho su contenido ya que en la sustitución fideicomisaria el fiduciario se limita a disfrutar los bienes, esto es poseerlos y poder obtener sus frutos, pero no podía consumirlos —salvo que fueran de cosa consumible como el dinero— ni enajenarlos aunque ello le permitiera obtener una remuneración con la que sufragar sus gastos. Además la posibilidad de enajenar los bienes y de consumir la remuneración puede conllevar una reducción del importe de las legítimas de los coherederos forzosos con lo que se está atacando no solo la intangibilidad cualitativa sino también cuantitativa; más aún, se está atacando por primera vez, puesto que aunque había casos de posibles excepciones a la intangibilidad cualitativa como el usufructo del cónyuge viudo, el artículo 831 del Código Civil nunca había regulado una excepción a la intangibilidad cuantitativa*» (PÉREZ RAMOS, 2021, 46).

MARÍN CALERO, quien expresa que «*por otro lado, y quizá es el asunto principal, la reforma actual transforma radicalmente el régimen de tal sustitución fideicomisaria, que de no tener adjetivos pasa a ser «de residuo» (una categoría no legal, sino doctrinal, y como he dicho al tratar del testamento otorgado «en nombre de» la propia persona con discapacidad es una figura muy controvertida en sus perfiles técnicos, de modo que el fiduciario podría gastar o consumir incluso los bienes que sus hermanos hayan recibido en pago de su legítima estricta, quienes no tienen asegurado que recibirán alguna vez su derecho; por lo tanto, algo muchísimo más gravoso que lo dispuesto en el régimen anterior, en el que solo había una dilación en el tiempo, pero los demás hijos tenían asegurado recibir su parte, en algún momento. El nuevo límite está en que —salvo disposición en contrario del testador— el fiduciario no tendrá permitidas las disposiciones gratuitas y las* mortis causa *(como por otro lado es lo usual en la sustitución de residuo)*» (MARÍN CALERO, 2022, 187).

Por su parte, MARTÍN SANTISTEBAN expone que «*En la actualidad, la posibilidad de constituir un fideicomiso de residuo queda confirmada por la nueva redacción del artículo 808 del Código Civil, que además atribuye a dicho fideicomiso, en su modalidad* si aliquid supererit *(si queda algo), el carácter de institución por defecto cuando el testador no haya dispuesto otra cosa*» (MARTÍN SANTISTEBAN, 2022, 8); para afirmar en otra parte de su trabajo que «*en aquellos casos en que el testador quiera proteger a un legitimario que se encuentra en una situación de discapacidad, instituyéndolo heredero de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad, pero sin disponer nada de forma expresa, se entenderá que ha instituido un fideicomiso de residuo que faculta al fiduciario a disponer de todos los bienes que gravan la legítima,* inter vivos *y a título oneroso, y sin*

necesidad de que se dé situación de necesidad alguna por parte del fiduciario» (MARTÍN SANTISTEBAN, 2022, 147).

Mientras que CARRIÓN OLMOS afirma que, *«Al fiduciario se le faculta para disponer solo* inter vivos *y a título oneroso. Este es literalmente el alcance del párrafo cuarto, inciso final, del 808 en su nueva redacción. Los bienes de los que el fiduciario no hubiese dispuesto («el residuo») pasarán (a la muerte de este) a aquellos que «hubieren visto afectada su legítima estricta». Con todo, como es sabido, el llamado fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades (*si quid supererit*, «si queda algo»; y* de eo quod supererit *«de aquello que deba quedar»). Parece claro que la opción legislativa lo ha sido por la primera de las modalidades («si queda algo»), puesto que, si bien el «hijo beneficiado» no podrá disponer de los bienes «ni a título gratuito ni por acto* mortis causa*», es claro que podrá hacerlo a título oneroso. Y, previsiblemente, deberá hacerlo a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra, lo cual obliga a concluir que la premisa a tener en cuenta no es la de «bienes que deban quedar», sino la de «si quedan bienes», estos pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima»* (CARRIÓN OLMOS, 2022, 3025).

[16] En palabras de CARRASCO PERERA, *«La legítima es una institución a suprimir (…). La legítima sucesoria tuvo sentido acaso en sociedades patrimoniales cerradas en las que la riqueza de las generaciones se sustenta en la continuada posesión de bienes tangibles, preferentemente raíces. Tuvo sentido cuando la expectativa de vida era baja o muy baja, abandonando a su suerte a una prole menor de edad, pero no la tiene hoy cuando en los casos ordinarios la expectativa de vida es tal que los hijos del causante ya están dentro o por llegar a la tercera edad cuando sus padres fallecen, y han tenido tiempo y ocasión para construir sus vidas al margen de las expectativas sucesorias»* (CARRASCO PERERA, 2014).

Coincido con GOMÁ LANZÓN cuando al apoyar una mayor libertad de testar en nuestro sistema defiende que *«carece hoy de sentido el mantenimiento de unas legítimas tan fuertes que no corresponden a la realidad de la familia actual. Es más, están en contra de uno de los valores hoy predominantes en la sociedad, como es el de la libertad. No corresponde a este valor una institución que limita tanto la capacidad de disponer de aquello que pertenece legítimamente al ciudadano; contraría la tendencia a la individuación y al desarrollo personal, sin que los intereses que presuntamente protegen tengan hoy la importancia de antaño. No parece coherente que hoy quepa el matrimonio homosexual, se hable de la maternidad subrogada, o la adopción internacional, exista la libertad absoluta de unión y el divorcio en tres meses, pero no pueda hoy un testador dejar su empresa a quien considere que va a mantener la unidad de la misma o sencillamente favorecer a la persona, hijo o no, con quien mantiene mejores vínculos afectivos o considere que lo necesite, económicamente, por padecer discapacidad o por cualquier otro motivo. Creo, además, que esta libertad de testar no iría en contra de la familia —al menos de la familia como se concibe hoy— sino todo lo contrario»* (GOMÁ LANZÓN, 2019, 74).

También MARÍN CALERO expresó que «*hay muchos autores defensores de la idea de eliminar por completo las legítimas de nuestro ordenamiento; (…) pero aún hay muchos más que propugnan esta supresión cuando hay descendientes discapacitados. Se parte de la base de que todos los padres con hijos con discapacidad desean compensar la desventaja comparativa que estos hijos van a tener necesariamente en relación con sus hermanos*» (MARÍN CALERO, 2005, 108).

El mismo autor hace escasos meses volvía a afirmar que «*una de las medidas más constantes, la más importante de cuantas he conocido a favor de personas con discapacidad, en particular en el mismo sentido que yo me refiero a ellas en este estudio, esto es, en cuanto que hijos con discapacidad que podrían, que esperan recibir una herencia, ha sido y yo creo que sigue siendo la de o bien derogar las legítimas sucesorias —al menos, las de los descendientes— o bien atribuir solo a ese hijo toda la porción de la legítima de la herencia. Como una especie de compensación por sus propias dificultades de vida, así como por la convicción de que ese hijo necesitará de la herencia, de sus bienes, mucho más que*

sus hermanos. Y siempre en el bien entendido de que lo que conviene a una persona con discapacidad es disponer de una reserva de bienes con los que hacer frente a sus necesidades, un acopio mayor que el de otra persona sin su hándicap.

(…) En tal situación (se refiere el autor a la de un hijo con discapacidad que sobrevive a los padres y que apenas tiene relación con los hermanos)*, los juristas profesionales —los notarios muy especialmente, entendiendo que la mejor respuesta, como digo, era dejarles todos los bienes, renegaban del «anticuado» e insensible sistema de legítimas, un sistema de otros tiempos, propio de sociedades de base económica agrícola, en su mayor parte, por lo que habría perdido su sentido en unos tiempos en los que la verdadera herencia que los padres dejan a sus hijos son sus estudios, sacrificándose hasta el extremo para poder costeárselos, porque con ellos podrían alcanzar una buena vida, generalmente, mejor que la de sus padres. De modo que el remanente, el que sea, debe quedar reservado para el hijo con discapacidad»* (MARÍN CALERO, 2022, 43 y 44).

RIPOLL SOLER, en la misma línea, contaba que «*un testamento que siempre tiene un carácter especial o una nota diferenciadora es el de los padres de un discapaz. Muchas veces son los padres los que tienen la preocupación de que no falten recursos al hijo cuando ellos no estén y ya no puedan velar por él; […] Antes de la reforma del Código Civil con ocasión de la Ley 41/2.003, el notario advertía desolado la decepción de esos padres y hermanos cuando se les informaba sobre las limitaciones legitimarias*» (RIPOLL SOLER, 2005, 823).

También LEÑA FERNÁNDEZ expresó que «*ha quedado dicho que, en materia sucesoria, la Ley que comentamos camina en dos direcciones: la primera es la de dar un primer golpe de piqueta en una barrera jurídica, hoy tan trasnochada, entorpecedora, absurda e injusta (¿qué tiene que ver la economía y la familia actual con la de finales del XIX?) como es la imposición legitimaria de nuestro Código Civil, sobre todo cuando esa barrera afecta de modo sustancial a la igualdad de oportunidades en materia patrimonial del discapaz en relación con el capaz*» (LEÑA FERNANDEZ, 2005, 186).

[17] En este sentido CARRIÓN OLMOS argumenta que «*El papel que juega, entonces el artículo 808 es el de complementar el mensaje legislativo contenido básicamente (como se ha dicho) en el 782, en cuanto precisa que, salvo disposición contraria del testador, esa sustitución fideicomisaria lo será de residuo «a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta». Se trata de una especificación de la naturaleza misma que esa sustitución podrá adoptar, a salvo la voluntad en contrario del testador, el cual obviamente podrá, si así lo desea, proceder al establecimiento de la sustitución fideicomisaria, disponiendo sin embargo que aquella sea ordinaria y no de residuo. En definitiva, soberano es el testador en cuanto al establecimiento de la sustitución, y soberano lo es asimismo para, estableciéndola, disponer que no lo sea de residuo. Modalidad esta «agravada» de sustitución fideicomisaria para los restantes legitimarios, pero sin duda mucho más favorable para el legitimario hijo en situación de discapacidad.*

Asimismo, y en cuanto a ese papel complementario que el 808 desempeña respecto del 782, no cabe duda alguna que el inciso «el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios» (art. 808, párrafo cuarto) hay que referirlo al posible establecimiento de una sustitución fideicomisaria, limitándose el 808 a configurar como de residuo la sustitución fideicomisaria que, en su caso, hubiere establecido el testador (a salvo, disposición contraria del mismo)» (CARRIÓN OLMOS, 2021, 2).

Por su parte, PÉREZ RAMOS tras cuestionarse cómo debe interpretarse la expresión «salvo disposición contraria del testador» recoge dos posibilidades, una de interpretación amplia y restringida, para acabar apostando por esta última cuando expresa: «*¿Cómo interpretar la expresión «salvo disposición contraria del testador»? Dos son las posibilidades:*

a) El testador podrá ampliar el fideicomiso de residuo, puesto que así resulta del tenor del precepto y de que el mismo se dispone en beneficio de la persona con discapacidad y por ello debe interpretarse ampliamente.

b) Lo máximo que puede ordenar el testador es un fideicomiso de residuo limitado a los actos a título oneroso, por lo que puede ordenar un fideicomiso de residuo más restringido, por ejemplo, no permitiendo todos los actos onerosos sino alguno de ellos (como por ejemplo,

solo vender o hipotecar), o limitado a parte de los bienes fideicomitidos y no a todos ellos. Esta creo que es la interpretación correcta puesto que es la más respetuosa con el respeto a las legítimas sin traicionar el tenor literal del precepto, y además que el testador pudiera ampliar el fideicomiso de residuo no implicaría mejorar la posición del fiduciario discapaz puesto que no se entiende en que puede beneficiar a su protección económica el que pueda disponer a título gratuito» (PÉREZ RAMOS, 2021, 46).

También CERVILLA GARZÓN, quien primero apuesta por la sustitución fideicomisaria en sus dos modalidades como único posible gravamen sobre la legítima estricta afirmando *«Pero es quizás la mención del fideicomiso de residuo (nombrado por primera vez en el articulado del CC) la novedad más original de la ley. Efectivamente, el legislador establece que, si el testador no especifica la modalidad de sustitución fideicomisaria por la que opta, se considera que esta es de la modalidad de residuo, limitada a la disposición onerosa* inter vivos*. Una presunción* iuris tantum *«en toda regla» que solo se destruye con la voluntad expresa (y no tácita) del testador; pues no olvidemos que las sustituciones fideicomisarias, sean del tipo que sean, deben constituirse de forma explícita por el testador»;* para, acto seguido recoger que *«No comparto, en modo alguno, la tesis de BOTELLO HERMOSA, que interpreta «salvo disposición contraria del testador», del artículo 808 del Código Civil de forma amplia y descontextualizada, estimando que dicha frase legitima al testador a disponer cualquier forma de gravamen sobre la legítima estricta, incluida su atribución en pleno dominio al discapaz»* (CERVILLA GARZÓN, 2021, 698).

Mientras que ESPEJO LERDO DE TEJADA afirma: *«Hay, finalmente, una importante novedad cuyo alcance es difícil de interpretar: a tenor de la propuesta, la figura del fideicomiso no sería la única posibilidad con la que el testador puede disponer o gravar la legítima estricta de los descendientes no discapacitados, ya que el proyecto prevé una redacción del artículo 808 del Código Civil en que el fideicomiso existe «salvo disposición contraria del testador». No podemos estar de acuerdo con la idea de que esto supone la posibilidad de que el testador pueda disponer a favor de los discapacitados del tercio de legítima estricta sin ningún límite, o de que también pueda el testador autorizar al discapacitado que realiza sobre esos bienes atribuidos en fideicomiso los actos dispositivos* inter vivos *gratuitos o* mortis causa *que desee, por una razón sistemática de primer orden: el artículo 813 del Código Civil sigue considerando que lo posible en esta materia es el gravamen de la legítima, no la privación absoluta a voluntad del causante o del discapacitado, como supondrían, en cambio, estas otras formas de articular las necesidades del discapacitado»* (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2020, 77 y 78).

[18] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2884

[19] https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=02002.px

[20] Concretamente el 932 del Código Civil recoge que «*Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales»,* mientras que el 933 recoge que *«Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre estos por partes iguales».*

[21] https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=02002.px

[22] https://www.bancomundial.org/es/topic/disability.

[23] Es decir, que si por ejemplo mi padre decide recoge en su testamento que quiere que la legítima estricta vaya a parar a mi hijo, que tiene una discapacidad psíquica del 50%, pero no es legitimario porque yo estoy vivo, en ese caso el resto de legitimarios sí podremos impugnar la decisión de mi padre en base al párrafo quinto del 808, ya que se estará privando de su legítima estricta a los legitimarios y no se estará favoreciendo con ello a un legitimario con discapacidad (el legitimario soy yo, no mi hijo). O, un caso diferente, en el que también podrá invocarse el párrafo quinto del 808 sería, por ejemplo, si el descendiente legitimario con discapacidad que el testador quiso proteger con la legítima estricta tenía una discapacidad física del 65% cuando se hizo el testamento, pero años después cuando el testador fallece la discapacidad se ha reducido a un 60%. En tal

supuesto, el descendiente legitimario no cumple el grado de discapacidad exigido en el del Código Civil para poder favorecerse con la legítima estricta. O, un último ejemplo, si ha dispuesto de mi legítima estricta porque cuando hizo el testamento yo no tenía una discapacidad reconocida, pero tras su fallecimiento yo también soy una persona con discapacidad según el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, por lo no podré ser perjudicado en mi legítima estricta, ya que solo pueden serlo los legitimarios sin discapacidad.

(Trabajo recibido el 30 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre de 2022)

DERECHO COMPARADO

La fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho comparado* (Primera parte)

Real estate fiduciary projects in Comparative Law (Part One)

por
EVA JIMÉNEZ PALMA
Profesora de Derecho Internacional Privado

RESUMEN: La fiducia inmobiliaria de construcción se caracteriza por recibir un dispar tratamiento en Derecho comparado. Cabe distinguir tres grupos o escenarios normativos diferentes: de un lado, aquellos sistemas jurídicos en los que está firmemente consolidada, como es el caso de numerosos ordenamientos latinoamericanos; en segundo lugar, aquellos sistemas

* Este trabajo constituye la primera parte que se publica con el título «La fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho comparado». Por razones metodológicas no puede ser abordada la materia en un único bloque. De ahí que se proceda a estructurar y dividir el trabajo en dos partes diferentes. En la primera parte, aquí presentada, se realiza una primera aproximación a la fiducia inmobiliaria de construcción en Derecho latinoamericano (primer escenario normativo). En una segunda parte, necesariamente posterior y diferenciada, se examinará la viabilidad de la fiducia inmobiliaria de construcción en el contexto europeo, haciendo especial referencia a los potenciales problemas de validez y eficacia que puede plantear. Tanto en los países que regulan la fiducia con carácter general, como es el caso de Francia (segundo escenario normativo); como en sistemas jurídicos que aún no regulan la fiducia de forma general, como es el caso español (tercer escenario normativo).

jurídicos que no cuentan con una regulación especial para la fiducia de construcción pero que sí han regulado los negocios fiduciarios en general (y por tanto permiten el desarrollo de tales operaciones en el marco de dichas disposiciones generales); y un tercer grupo de Estados, que aún no han regulado la fiducia. Este trabajo se centra en el primer escenario. Se examinan los antecedentes históricos y la consolidación de la fiducia de construcción en América Latina; y, posteriormente, su funcionamiento y estructura, haciendo especial referencia para ello a la figura colombiana, por constituir el ejemplo más significativo de la institución.

ABSTRACT: Real estate fiduciary projects are characterized by receiving disparate treatment in Comparative law. Three different groups or regulatory scenarios can be distinguished: on the one hand, those legal systems in which it is firmly consolidated, as is the case of numerous Latin American ones; secondly, those legal systems that do not have a special regulation for these transactions but do have regulated fiduciary arrangements in general (and therefore allow the development of such operations within the framework of the aforementioned general provisions); and a third group of States, which have not yet regulated the fiducia. This article focuses on the first scenario. The historical antecedents and the consolidation of the real estate fiduciary projects in Latin America are examined; and, subsequently, its functioning and structure, making special reference to the Colombian case, as it represents the most significant example of the institution.

PALABRAS CLAVE: Fiducia. Fideicomiso. Trusts. Derecho comparado. Proyectos inmobiliarios. Derecho latinoamericano.

KEY WORDS: Fiducia. Fideicomiso. Trusts. Comparative Law. Real Estate Projects. Latin American Law.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA *FIDUCIA CUM AMICO* EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO.—II. INFLUENCIA DE LOS COMMERCIAL TRUSTS: 1. Precisiones terminológicas: *A) Common law, civil law, mixed legal jurisdictions. B) «Trust» vs. «trusts». C) «Commercial trusts» vs. «Family trusts».* 2. Los trusts como instrumentos inspiradores de negocios fiduciarios regulados en sistemas jurídicos de Derecho civil del continente americano.—III. CONSOLIDACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN EN AMÉRICA LATINA.—IV. FUNCIONAMIENTO Y ESTRUCTURA: ESPECIAL REFERENCIA A LA FIDUCIA INMOBILIARIA CO-

LOMBIANA: 1. Delimitación conceptual. 2. Etapas de la constitución de la fiducia inmobiliaria de construcción: *A) Etapa preliminar. B) Etapa de desarrollo o ejecución. C) Etapa de liquidación.* 3. Estructura interna: *A) La fiducia inmobiliaria de construcción como una «operación contractual compleja». B) Entramado de relaciones jurídicas que presentan un nexo funcional entre sí:* a) Contrato marco: contrato de fiducia inmobiliaria en sentido estricto. b) Contratos secundarios celebrados por el fiduciario en el marco de sus funciones. 4. El «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto: elementos subjetivos y objetivos: *A) Celebración del contrato: requisitos de forma y contenido:* a) Previsiones generales de obligado cumplimiento. b) Autonomía privada y estandarización de contratos de fiducia inmobiliaria. *B) Partes contratantes: delimitación subjetiva, derechos y obligaciones:* a) Fiduciantes. b) Sociedad fiduciaria. *C) El papel de los beneficiarios. D) Objeto y naturaleza del contrato marco: el alcance de la transmisión de los bienes fiduciarios a debate. E) Patrimonio autónomo.* —V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. —VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA *FIDUCIA CUM AMICO* EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Los orígenes de los esquemas fiduciarios actuales se remontan al Derecho romano clásico, donde la fiducia vino a colmar la escasez de formas contractuales típicas y su consecuente inadaptabilidad a las necesidades sociales, derivadas del carácter rigorista y formalista del sistema. Existe una vasta bibliografía que analiza los antecedentes históricos de esta figura[1]. No se pretende realizar aquí un exhaustivo estudio de Derecho romano ni aportar nuevas luces sobre este terreno, pues excede de los objetivos de este trabajo. Únicamente serán referenciadas las cuestiones más destacables de la fiducia romana; en particular, aquellas relacionadas con la configuración de los esquemas fiduciarios inmobiliarios que se desarrollan en la actualidad.

El trasfondo histórico-social de la fiducia romana se encontraba en el concepto de *fides,* que cumplía una importante función en las relaciones jurídicas de esa época. Se trataba de un fenómeno ético social que se basaba en la «lealtad a la palabra dada». Todos los ciudadanos romanos se veían obligados en conciencia a cumplir lo prometido. Desde el punto de vista jurídico, la *fides* constituía un «compromiso solemne» que, basado en la *bona fides negocial*, configuraba las relaciones jurídicas del pueblo romano como uno de los principios informadores del Derecho romano[2].

Según la distinción realizada por GAYO[3], en Derecho romano clásico existían dos modalidades de fiducia: la fiducia con fines de administración (*fiducia cum amico*) y la fiducia con fines de garantía (*fiducia cum creditore*).

Mientras la primera modalidad, conocida también como «fiducia pura» o «fiducia gestión», tenía por objeto la transmisión de ciertos bienes para que quien los recibía los administrara de una forma determinada y los retransmitiera al fiduciante una vez cumplido el plazo o condición acordada; en la segunda, el objetivo consistía en entregar la propiedad del bien a fin de recuperarla una vez satisfecha la deuda garantizada.

De acuerdo con esta tradicional clasificación, la fiducia inmobiliaria de construcción se enmarca en la modalidad fiduciaria de administración, esto es, la que tiene por objeto la transmisión de ciertos bienes con el fin de que estos sean gestionados por el fiduciario y retransmitidos una vez cumplida la función encomendada. De ahí que en adelante centremos nuestro estudio en la fiducia de administración, excluyendo por tanto los esquemas fiduciarios que tienen finalidad de garantía.

La *fiducia cum amico* se configuraba como un negocio en virtud del cual el propietario de un bien (*res mancipati*) transmitía el mismo al fiduciario agregando un acuerdo (*pactum fiduciae*)[4] por el que el fiduciario se comprometía a administrarlo bajo unas determinadas condiciones y a retransmitirlo al fiduciante una vez cumplida la obligación o el plazo acordado para ello. Esta institución buscaba, por tanto, transferir ciertos bienes al fiduciario para que este pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño (tales como la administración, la celebración de contratos, o la defensa contra el ataque de terceros, entre otros) con el fin de ponerlos a resguardo[5]. La propiedad de los bienes se transmitía a través de la *mancipatio* o la *in jure cessio*[6]. El *pactum fiduciae* determinaba las condiciones en las que procedería la retransmisión de la propiedad y el alcance de la *causa fiduciae*. La confianza en recobrar la propiedad era precisamente la razón de ser del negocio. No obstante, no llegó a configurarse como causa, pues se trataba de un negocio abstracto y formal. Para exigir la restitución de la *res mancipati*, el fiduciante disponía de la *actio fiduciae*. Al fiduciario, por su parte, le correspondía la *actio fiduciae contraria*. A través de estas acciones, los sujetos podían reclamarse recíprocamente el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

A pesar de las ventajas que presentaba, la *fiducia cum amico* fue suprimida tácitamente en la legislación justinianea por el *mandatum*, el *comodatum* y el *depositum*, que cumplían funciones similares (CÁMARA LAPUENTE, 2005, 242-275). Las estrictas fórmulas o formalismo de la *mancipatio* y la *in jure cesio* fueron reemplazadas por la *traditio*, que constituyó el modo causal y no formal de transmisión de la propiedad. La Compilación Justinianea no recogía la fiducia, pues aquella se basó en los grandes clásicos del Derecho romano en un momento en el que la fiducia había desaparecido del mismo. No quedaron más que las normas relativas al *fideicommissum* (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 8)[7].

II. INFLUENCIA DE LOS *COMMERCIAL TRUSTS*

1. Precisiones terminológicas

A) Common law, civil law, mixed legal jurisdictions

Los *trusts* suelen ser considerados como una institución única del *English law*. De hecho, representan probablemente el instrumento del que los *common lawyers* han estado siempre más orgullosos. Frecuentemente se han referido al mismo como su gran logro o su creación más original. Como una de las aportaciones más formidables del Derecho inglés a la cultura jurídica universal, a pesar de las dificultades que para ciertos juristas ha supuesto asimilarlo. Incluso algunos autores han llegado a afirmar que los *trusts* pueden ser la creación legal que los juristas civiles más han envidiado[8].

Sin embargo, muchos *trusts* han sido establecidos en *non-English legal systems*, esto es, en ordenamientos de Derecho civil (*civil law jurisdictions*) y en sistemas jurídicos mixtos (*mixed legal jurisdictions*). Asimismo, debe tenerse en cuenta que en cada *common law jurisdiction* se conciben los *trusts* de un modo particular, compartiendo entre sí algunos puntos, pero difiriendo en otros.

El estudio de los *trusts* y de instituciones fiduciarias equivalentes ha constituido uno de los esfuerzos más destacables para entender las posibles diferencias existentes entre distintas familias jurídicas: *common law*, *civil law* y *mixed legal jurisdictions*. Así, es frecuente caracterizar tales instituciones en función del sistema jurídico en el que se localicen, esto es, según si se trata de un sistema rígido o cerrado o, por lo contrario, de un sistema abierto. Por ejemplo, considerar la propiedad como inequívoca, consolidada y absoluta conlleva, según parte de la doctrina, una difícil comprensión de la noción de *trust* y de su alcance (BRAUN, 2017, 121-149). Asimismo, ha supuesto entender generalmente que los elementos fundamentales de la institución angloamericana son contrarios a los principios básicos de la *civil law doctrine* (HANSMANN y MATTEI, 1998, 434-435). Por lo contrario, otros autores sostienen que el principio de *numerus clausus* de los derechos reales y la mayor parte de las razones que se esgrimen para mostrar las dificultades que presentaría la inserción del *trust* en los sistemas romano-germánicos parecen tan incomprensibles y arcaicos a los juristas angloamericanos como lo es la distinción entre el *common law* y la *equity* para los juristas continentales (GAILLARD, 1990, 305).

B) «Trust» vs. «trusts»

En Francia, Italia y otros países del ámbito continental se suele emplear el singular «*trust*», mientras que en inglés se utiliza el término en plural

«*trusts*». El ejemplo más significativo quizás lo constituya el Convenio de La Haya de 1985. En francés se titula *Convention relative à la loi aplicable au trust et à sa reconnaissance*. La versión inglesa, en cambio, lleva por título *Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (LUPOI, 2000b, 5-8)[9].

¿Esta diferencia lingüística tiene alguna repercusión? Como sostiene M. LUPOI, emplear el término en singular o plural no es una cuestión baladí. El término en plural sirve para subrayar la polimórfica naturaleza de la institución. También sirve para destacar la multiplicidad de experiencias legislativas que han sido impulsadas desde una nueva dimensión, como consecuencia de la adopción de normas especiales en sistemas jurídicos mixtos y de Derecho civil (LUPOI, 2000b, 5-8).

No es conveniente, por tanto, hablar de «*trust*» en singular, pues existen numerosas modalidades de *trusts* en los sistemas jurídicos de *common law* (como Inglaterra, EEUU, Australia, Canadá o Nueva Zelanda) y en sistemas jurídicos mixtos (*e.g*. Escocia), y no hay un núcleo común único en todos ellos.

C) «Commercial trusts» vs. «Family trusts»

El concepto de *trusts* se desarrolló en Inglaterra principalmente en el contexto de las relaciones familiares y sucesorias, pero en las últimas décadas ha demostrado ser mucho más valioso y versátil en el contexto comercial y financiero (*commercial trusts*). De hecho, se estima que en el siglo XX menos del 10% de los *trusts assets* estaban integrados en *family* y *charitable trusts* (HANSMANN y MATTEI, 1998, 435)[10].

La utilidad de los *commercial trusts*, en virtud de los cuales los *trustees* gestionan bienes y derechos integrados en *trust funds* en beneficio de otros y protegidos de las reclamaciones de sus acreedores personales, se vio reflejada especialmente en aquellos supuestos en los que se trataba de ayudar a personas a recaudar fondos para una serie de proyectos que les beneficiaban tanto a ellos mismos como a quienes proporcionaban la financiación (ya fuera como inversores o como prestamistas —*money-lender*—) (HAYTON, 2002, 23-55)[11].

Este trabajo se centra en los *commercial trusts*. Entre las prácticas comerciales modernas más destacables, debemos hacer especial referencia a los «*building construction contracts*» (*retention trusts*). Los contratos estándar de construcción de edificios contienen una cláusula en virtud de la cual el *management contractor*, que emplea a varios contratistas de obras, establece un *retention trust fund* (HAYTON, 2002, 23-55)[12]. Constituyendo una medida de seguridad para garantizar que la obra se complete correctamente y

que todas las partes intervinientes en el proyecto tengan cierta protección contra la insolvencia del *employer*.

2. Los trusts como instrumentos inspiradores de negocios fiduciarios regulados en sistemas jurídicos de Derecho civil del continente americano

Los *trusts* del *common law* han inspirado la regulación de instrumentos fiduciarios en numerosos sistemas jurídicos de *civil law* latinoamericanos y europeos. En estos ordenamientos, las familias y las empresas han tenido las mismas necesidades que en países del *common law*, pero los vínculos estrechos con el Derecho romano y el impacto de los códigos basados en el Código napoleónico llevaron a que sus legislaciones se desarrollaran de manera poco sistemática[13].

La necesidad de adoptar figuras jurídicas más funcionales y versátiles, que superasen la rigidez de otros negocios del *civil law* y que atrajesen la atención de inversores extranjeros, llevó a que se implementaran en esos sistemas jurídicos figuras inspiradas en los *trusts* que se venían utilizando en el ámbito comercial en Inglaterra y en Estados Unidos (CRUZ TORRES, 2018, 125-126; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 379 y 447).

El interés latinoamericano en los *common law trust* se remonta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con motivo de las negociaciones llevadas a cabo entre México y Estados Unidos, en el marco de las inversiones estadounidenses en líneas ferroviarias. Estas inversiones despertaron el interés por los *trusts*, hasta entonces ignorados por los ordenamientos jurídicos ajenos a los sistemas jurídicos anglosajones. Aunque no fue posible implementar esta institución tal cual, en América Latina se logró desarrollar una institución equivalente: el fideicomiso. De ahí que se afirme que el fideicomiso latinoamericano encuentra sus antecedentes directos en los *common law trusts* (GIRALDI, 1988, 11-14).

La primera norma que se adoptó en este sentido en América Latina fue la Ley panameña núm. 9 del 29 de enero de 1925, basada en un proyecto de ley sobre la institución del fideicomiso, preparado por Ricardo J. Alfaro. Sus estudios sobre la materia (así como los de Pierre Lepaulle) y la promulgación de la mencionada Ley propiciaron la propagación de esta figura por otros ordenamientos de la región (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 92-93).

Tan solo un año más tarde, en 1926, fue promulgada la Ley de Bancos de Fideicomiso en México, compuesta por 86 artículos divididos en cinco capítulos: (1) objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, (2) operaciones de fideicomiso, (3) departamento de ahorros, (4) operaciones bancarias de depósito y descuento y (5) disposiciones generales[14].

En Colombia, el fideicomiso fue introducido primeramente por la Ley 45 de 1923, inspirada por el profesor Edwin Walter Kemmerer. El gobierno colombiano pretendía reorganizar el sistema financiero-bancario y contable del país. De ahí que promoviera una «misión de consejeros norteamericanos», capitaneada por el profesor Kemmerer, para que presentara una serie de recomendaciones. Estas fueron transformadas en distintas disposiciones legislativas, como la mencionada Ley 45 de 1923, que permitía que los bancos tuvieran secciones fiduciarias. El capítulo IV de dicho texto legal les facultaba para tomar, aceptar y desempeñar encargos fiduciarios de confianza que les fueran legalmente encomendados (BAENA CÁRDENAS, 2013, 67-68).

Posteriormente, se introdujo el fideicomiso en el Código de Comercio colombiano de 1971, cuyos artículos 1226 y siguientes regulaban la denominada «fiducia mercantil» con carácter general. Los integrantes de la comisión redactora del Código consideraron que la posición del fiduciario podía plantear ciertos problemas o incertidumbres. De ahí que decidieran «profesionalizar» la condición de fiduciario. Lo lograron con la Ley 45 de 1990, que eliminaba la posibilidad de que las entidades bancarias prestaran servicios fiduciarios. Sin embargo, se les autorizó a invertir en sociedades fiduciarias mediante las cuales se prestaban tales servicios. Dicha Ley establecía que las sociedades fiduciarias, como entidades de «servicios financieros», debían organizarse como sociedades anónimas subordinadas del respectivo banco matriz (BAENA CÁRDENAS, 2013, 68-69; CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, 2004, 11-24).

En Argentina, el contrato de fideicomiso también fue regulado. Particularmente, por la *Ley 24.441 de 1994 de financiación de la vivienda y la construcción*[15]. Los aspectos técnico-registrales sobre bienes inmuebles están regulados en la Disposición técnico-registral RPI 4/95 y en la Disposición técnico-registral RPI 1/97, dictadas por el Registro de la Propiedad del Inmueble el 18 de agosto de 1995 y el 30 de diciembre de 1997, respectivamente (ETCHEGARAY, 2008, 205-208).

III. CONSOLIDACIÓN DE LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE CONSTRUCCIÓN EN AMÉRICA LATINA

Como se ha señalado anteriormente, la fiducia[16] goza actualmente de gran aceptación en América Latina[17]. A partir de la rica experiencia mejicana —cuya Ley de fideicomiso de 1926 fue influida claramente por el Derecho anglosajón pero adaptada a los sistemas fundados en el Derecho continental europeo (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22)—, la institución fue incorporada progresivamente en la gran mayoría de las legislaciones la-

tinoamericanas (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 380-382). Tuvo que adaptarse a la situación económica y a las necesidades sociales de cada sistema jurídico, de ahí que su tratamiento e implementación presente características comunes[18] y, a su vez, cuestiones propias en cada uno de los ordenamientos en los que se ha consolidado (LUPOI, 2000b, 271-272; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 371).

Destacan, sobre todo, las legislaciones de México, Colombia y Panamá. Aunque también fue incorporada en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La popularidad de esta institución se debió al hecho de que podía amoldarse a las necesidades de las partes. Les inspiraba certeza y seguridad —para sí y frente a terceros— en el desarrollo de las operaciones económicas que emprendían a través de la misma (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 371-372 y 452-453).

En particular, uno de los negocios fiduciarios que se generalizó en la práctica empresarial latinoamericana fue la «fiducia inmobiliaria de construcción»[19]. La complejidad del mercado inmobiliario llevó a que los modos tradicionales de construcción y adquisición de vivienda sufrieran importantes modificaciones. Traían consigo ciertas preocupaciones para los futuros adquirentes de vivienda, como la no finalización del proyecto, la existencia de defectos en la unidad inmueble o la insolvencia del promotor o constructor. Con el fin de minimizar tales riesgos, la ejecución o desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles mediante una figura especial denominada «fiducia inmobiliaria de construcción» ha alcanzado una actualidad indiscutible. Al tratarse de un negocio fiduciario, cuya característica fundamental radica en la confianza, tanto los promotores/constructores como los futuros compradores de las unidades inmuebles tienen la tranquilidad y seguridad de que un profesional experto (la sociedad fiduciaria) va a analizar la viabilidad técnica, económica y jurídica desde la primera fase del proyecto, administrando y controlando su ejecución hasta la entrega y escrituración de cada una de las unidades inmobiliarias.

En el caso colombiano, la fiducia inmobiliaria de construcción se desarrolló como solución a los problemas surgidos en las ventas sobre planos, en las que los adquirentes celebraban promesas de compraventa y se comprometían a pagar una cuota inicial y a continuar desembolsando la mayor parte del precio durante la ejecución de la obra, asumiendo los riesgos del incumplimiento de constructores que, de mala fe o de forma involuntaria, no concluyeran el proyecto e incumplieran su promesa de vender. Tales riesgos llevaron a que se asignara a la Superintendencia Bancaria (hoy «Superintendencia Financiera de Colombia» o «SFC») la vigilancia y el control de los planes de ventas de vivienda a plazos. Dentro de las medi-

das preventivas adoptadas, se acordó que no era posible celebrar promesas de compraventa ni recibir anticipos sin el permiso otorgado por la SFC, para lo que debían demostrar previamente la titularidad sobre el inmueble, aportar los estudios de factibilidad que indicaran la posibilidad de llevarlo a cabo, y haber desarrollado el proyecto en cierto grado (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 472-473).

En ese contexto surgió la posibilidad de acudir a una sección o sociedad fiduciaria con el objeto de constituir un fideicomiso inmobiliario, en virtud del cual se transfería a la fiduciaria un lote de terreno, que pasaba a integrar un patrimonio autónomo con el fin de llevar a cabo la construcción y enajenar finalmente las unidades inmuebles resultantes a los compradores interesados. Tal operación permitía diseñar acuerdos jurídicos con múltiples actores que tenían intereses distintos y a veces contrapuestos: propietarios de lotes de terreno que no tenían recursos ni la capacidad empresarial para acometer por su cuenta el desarrollo del proyecto; entidades financieras deseosas de proveer tales recursos; personas interesadas en la adquisición de viviendas en proceso de construcción pero que no estaban dispuestas a anticipar sumas de dinero al dueño del terreno ni al promotor sin la garantía de que tales recursos se fuesen a administrar adecuadamente, etc. Al encargarse de la recaudación de cuotas periódicas y del desarrollo progresivo del proyecto por etapas, no solo garantizaba la culminación de la obra, sino también la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 473-474 y 484)[20].

En buena parte de los sistemas latinoamericanos, el fideicomiso ha sido incorporado con carácter general en los Códigos de Comercio, en leyes bancarias o en otras leyes especiales. Salvo excepciones, no han sido reguladas con carácter especial las distintas modalidades fiduciarias, sino que han sido reconocidas por la doctrina o la jurisprudencia, o por disposiciones de naturaleza administrativa (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22):

i) En Colombia, por ejemplo, el régimen jurídico al que quedó sujeta la fiducia inmobiliaria fue el propio del contrato de fiducia mercantil consagrado en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio[21]. De ahí que estos preceptos hayan debido ser complementados necesariamente con otras disposiciones en materia de publicidad, de información, de calidad, idoneidad y seguridad. Resulta muy destacable el significativo papel que ha tenido la Superintendencia Financiera de Colombia en este punto. Las definiciones y precisiones que ha venido realizando a través de sus «circulares externas»[22] han aportado un mejor conocimiento sobre la figura y ello ha ayudado a que esta se consolide en la práctica comercial del país (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 22).

ii) El caso de Argentina, donde también se generalizó el fideicomiso inmobiliario de construcción, resulta igualmente ejemplificativo en este sentido. Aunque la *Ley 24.441 de 1994 de financiación de la vivienda y la construcción* no distinguía las distintas variantes del contrato de fideicomiso, la práctica empresarial desarrolló esquemas de modalidad inmobiliaria que quedaban amparados por las disposiciones generales que regulaban el fideicomiso (ETCHEGARAY, 2008, 113-114; MOLINA SANDOVAL, 2009, 467-470).

IV. FUNCIONAMIENTO Y ESTRUCTURA: ESPECIAL REFERENCIA A LA FIDUCIA INMOBILIARIA COLOMBIANA

1. Delimitación conceptual

Se debe partir de la base de que la «fiducia inmobiliaria» es una modalidad de «fiducia de administración»[23]. Como tal, responde a las notas características de esta. Se trata de una estructura jurídica en el marco de la cual el propietario-fiduciante le transmite al administrador-fiduciario la propiedad de uno o más bienes, para que los administre conforme a los términos estipulados[24].

Resulta complejo ofrecer un concepto universal de «fiducia inmobiliaria» o «fideicomiso inmobiliario». Estos términos, que suelen ser utilizados indistintamente en los países latinoamericanos, pueden abarcar diversas modalidades de mecanismos fiduciarios desarrollados en el sector inmobiliario[25]. No obstante, en este trabajo se utilizará dicha expresión para hacer referencia exclusivamente a la «fiducia inmobiliaria de construcción»[26].

La Superintendencia Financiera de Colombia ha definido la «fiducia inmobiliaria de construcción» como aquella operación fiduciaria que, en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato[27]. Dicho concepto representa el modelo teórico más extendido, denominado «clásico» o «tradicional», que corresponde en lo básico a la suma de modalidades de fiducia inmobiliaria mencionadas en la Circular Básica Jurídica, esto es, a las modalidades de preventas[28], de administración y pagos[29] y de tesorería[30].

La doctrina latinoamericana afirma de forma generalizada que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes (constructores o promotores, en su caso) transmiten un lote de terreno y otros bienes al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada «sociedad fiduciaria») con el fin de que esta administre y gestione el completo desarrollo del proyecto

inmobiliario en los términos y plazos convenidos. Integrándose tales bienes en un patrimonio autónomo. Y retransmitiendo la sociedad fiduciaria, en la última fase de la operación, las unidades inmuebles resultantes, bien a título de beneficiario (a los fiduciantes o a otras personas designadas por ellos) o bien a título de compraventa (a terceros interesados en la adquisición de dichos inmuebles)[31].

2. Etapas de la constitución de la fiducia inmobiliaria de construcción

La denominada fiducia inmobiliaria clásica se suele constituir usualmente en tres etapas: (1) la etapa previa o preliminar, destinada a examinar la viabilidad técnica, jurídica y económica del proyecto, y a vincular a los futuros adquirentes de vivienda dispuestos a participar en dicha operación inmobiliaria; (2) la etapa de desarrollo, en la que se celebran los contratos de obra y suministros necesarios para ejecutar el proyecto de edificación, asumiendo la gestión fiduciaria la gestión de ello; y (3) la etapa de liquidación, en la que se procede a la entrega y escrituración de las unidades inmuebles resultantes y, finalmente, la correspondiente rendición final de cuentas, propia de los negocios fiduciarios (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 38-39).

A) Etapa preliminar

En esta primera etapa, conocida también como «fase de preventas», la sociedad fiduciaria, tras celebrar el correspondiente contrato de fiducia (en sentido estricto)[32], y en virtud de este, tiene la obligación principal de promocionar el proyecto y recaudar el dinero necesario para su desarrollo. La fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación al proyecto inmobiliario y los administra conforme a las condiciones establecidas en el mismo[33].

Con esta etapa se trata de obtener el «punto de equilibrio comercial», con el que se trata de garantizar que el proyecto sea viable desde el punto de vista técnico, jurídico, económico y ambiental. Comprende la obtención de permisos municipales, la realización de los estudios de factibilidad y la elaboración de planos, la obtención de los compromisos o cartas de intención de las entidades financieras sobre el crédito que estarían dispuestas a otorgar al proyecto, la preparación y evaluación del presupuesto general y del flujo de caja, etc. Todo ello con el fin de obtener el denominado «punto de equilibrio comercial», garantizando un número mínimo de compradores

que aseguren la recuperación de los gastos del proyecto (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 474-475).

De otro lado, se celebran los correspondientes negocios jurídicos entre la sociedad fiduciaria y las personas interesadas en la adquisición de unidades inmuebles resultantes del proyecto. Tales negocios pueden ser de dos tipos: «negocios fiduciarios de preventas» o «negocios de participaciones fiduciarias».

En cuanto a los «negocios fiduciarios de preventas», estos tienen por objeto la recaudación de los recursos necesarios a través de la vinculación de las personas interesadas en adquirir uno o varios de los inmuebles que serán construidos. Como dispone expresamente la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Básica Jurídica, resulta fundamental que en el contenido de tales contratos haya suficiente claridad e información acerca del objeto y la finalidad del negocio fiduciario, de los recursos recibidos del adquirente de la unidad inmobiliaria, del responsable de la construcción del proyecto, del alcance de las funciones y actividades que realiza la sociedad fiduciaria, del estado actual en la obtención del punto de equilibrio establecido para el proyecto, de la calidad en que la sociedad fiduciaria transfiere las unidades inmobiliarias, etc.[34]. Asimismo, se dilucidará si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos; si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio; cuáles serán las causas y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria; la identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario; los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario, etc. Adicionalmente, siempre que los acuerdos en los que se fundamenten las preventas constituyan contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tal y ser sometidos previamente a autorización de la SFC[35].

De otro lado, los negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, deben contener información sobre: «las etapas y riesgos del proyecto; el número total de participaciones fiduciarias a comercializar, con la indicación de las participaciones que a la fecha de vinculación del inversionista se hayan transferido; la identificación del promotor y constructor; si se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones; la posición contractual que adquiere con su inversión el adquirente de las participaciones, así como sus derechos y obligaciones; el valor de las participaciones fiduciarias previsto en el contrato de fiducia y el valor de comercialización de las mismas; la indicación clara y expresa de que la participación fiduciaria no garantiza rentabilidad, está sujeta a eventuales pérdidas, no da lugar al reconocimiento y pago de rentas vitalicias, ni se trata de un producto equivalente a una pensión de

jubilación; los eventos de salida o de terminación del contrato fiduciario; el estado en el que se encuentra el cumplimiento de las condiciones para el inicio de la fase de desarrollo o punto de equilibrio; los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituido»[36].

B) Etapa de desarrollo o ejecución

Una vez examinada la viabilidad del proyecto y alcanzado el «punto de equilibrio comercial», da comienzo la segunda etapa de la operación, denominada «fase de administración y pagos», en la que se lleva a cabo la ejecución material del proyecto (BAENA CÁRDENAS, 2017, 182; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 476-477).

En esta etapa, el fiduciante o fiduciantes transfiere(n) un lote de terreno a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas (bien a título de beneficio fiduciario o bien a título de compraventa). Todo ello en el marco del contrato de fiducia inmobiliaria celebrado entre ambas partes[37].

C) Etapa de liquidación

En esta última fase del proyecto, la sociedad fiduciaria se compromete a la transmisión y escrituración de las unidades inmuebles construidas. Además, se procede a la liquidación de todos los contratos celebrados con terceros, incluida la liquidación de los créditos contraídos, en su caso, con entidades financieras. Por último, la sociedad fiduciaria presenta la rendición final de cuentas, cuya importancia es incuestionable (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 477-478 y 481).

3. Estructura interna

A) La fiducia inmobiliaria de construcción como una «operación contractual compleja»

Actualmente, buena parte de los negocios celebrados se articulan jurídicamente como «operaciones económicas complejas», esto es, operaciones formadas por: un «contrato marco» o «contrato matriz» en el que se regulan

los aspectos de base del negocio (como las obligaciones de las partes) y varios «contratos secundarios o de ejecución» que se celebran generalmente en cumplimiento de las obligaciones pactadas en el primero (CEBRIÁN SALVAT, 2017, 334-338)[38].

Se trata, por tanto, de esquemas de negocio en los que los efectos de cada relación jurídica —individualmente considerada— inciden directa o indirectamente en las restantes[39]. Existe conexión contractual en tanto que, desde la perspectiva económico-jurídica, los acuerdos no pueden ser considerados independientes (LÓPEZ FRÍAS, 1994, 282). Por tanto, la finalidad económico-social de la operación trasciende la individualidad de cada uno de los contratos y constituye la razón de ser de su unión[40].

Uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria de construcción es precisamente el relativo al fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual (BAENA CÁRDENAS, 2017, 38). La fiducia inmobiliaria de construcción (entendida en sentido amplio) constituye un «esquema» u «operación contractual compleja» que está compuesta (i) por un «contrato marco»: el «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto, celebrado únicamente por fiduciantes y sociedad fiduciaria; y (ii) varios «contratos secundarios» o «contratos subyacentes» celebrados en el marco de dicha operación, necesarios para la consecución de la finalidad fiduciaria del esquema negocial.

Si los negocios fiduciarios plantean por sí mismos numerosos problemas —de validez y/o eficacia— en el tráfico interno de numerosos países, todo se complica aún más cuando presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico, como sucede usualmente con entramados fiduciarios de esta envergadura. Como se examinará más adelante, las operaciones contractuales complejas con repercusiones transfronterizas plantean numerosos problemas en sede de ley aplicable. De ahí que sea necesario hacer una primera aproximación a este fenómeno de conexidad contractual desde el punto de vista material.

B) Entramado de relaciones jurídicas que presentan un nexo funcional entre sí

Como se ha afirmado en el apartado precedente, la fiducia inmobiliaria de construcción (en sentido amplio), se caracteriza por la coexistencia de numerosas relaciones jurídicas, de distinta naturaleza, celebradas con profesionales de diferentes ámbitos. Formalmente, son independientes entre sí; pero, desde el punto de vista funcional, se configuran de forma que solo el conjunto de las relaciones jurídicas conduce a la consecución del objetivo perseguido. Esa relación de dependencia o conexidad implica que los contratos y su contenido se justifican con relación al contrato de fidu-

cia propiamente dicho, que se convierte así en la razón de ser de aquellos (BAENA CÁRDENAS, 2017, 39).

Concurren, por tanto, dos fines o funciones: uno individual, particular de cada una de las relaciones jurídicas celebradas en el marco de la operación; y otro global, común a todos los contratos agrupados, relativo al desarrollo del proyecto de construcción y adquisición de las unidades inmuebles resultantes[41].

a) Contrato marco: contrato de fiducia inmobiliaria en sentido estricto

Como ya se ha tenido ocasión de afirmar, el contrato de fiducia inmobiliaria, en sentido estricto, constituye el contrato marco de esta operación compleja. Se trata de un contrato de fiducia entre el fiduciante del proyecto de construcción (usualmente, el promotor) y la sociedad fiduciaria, en virtud del cual se transfiere el inmueble en el que se desarrollará el proyecto y, en su caso, los planos, licencias y demás documentos necesarios para llevar a cabo el proyecto.

El carácter complejo de este negocio —en tanto que no solo origina la transmisión de un bien inmueble sino también una prestación de servicios fiduciarios de administración— no implica que estemos ante dos o más negocios jurídicos. Se trata, en cambio, de un negocio complejo o mixto.

b) Contratos secundarios celebrados por el fiduciario en el marco de sus funciones

Tales contratos secundarios son celebrados generalmente entre la sociedad fiduciaria —como encargada de la gestión del proyecto de construcción— y otros sujetos que intervienen indirectamente en la operación fiduciaria. Entre estos negocios accesorios, la doctrina especializada menciona comúnmente los contratos de vinculación, como contratos de consumo celebrados entre la sociedad fiduciaria y los beneficiarios; los contratos de opción de compra o contratos de promesa, que les vinculan con los futuros adquirentes de vivienda; los contratos de crédito celebrados con entidades financieras para financiar el proyecto; la propia contratación de la construcción con la empresa encargada de edificar los inmuebles; etc. (BAENA CÁRDENAS, 2017, 204-214).

4. El «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto: elementos subjetivos y objetivos

A) Celebración del contrato: requisitos de forma y contenido

a) Previsiones generales de obligado cumplimiento

En la fiducia inmobiliaria de construcción, suelen sucederse los siguientes actos jurídicos y negocios jurídicos: 1.º) En primer lugar, se produce la celebración del contrato de fiducia propiamente dicho, en el que se especifica el objeto de la fiducia, los derechos y obligaciones de las partes, las facultades del fiduciario, su remuneración, el destino de los bienes fiduciarios al momento de finalización del proyecto, etc.; 2.º) Consecuentemente, se procede a la escrituración de la transmisión del dominio, en la que se detallan todos los aspectos contractuales trascendentes para el desarrollo del proyecto inmobiliario, tales como el plazo, las facultades del fiduciario, su obligación de rendir cuentas, la necesidad o no de consentimiento para realizar ciertos actos jurídicos de trascendencia patrimonial, etc. Este acto tendrá trascendencia registral en tanto que se ha modificado la titularidad del bien. 3.º) Por último, y como finalización de la operación, se transmite el dominio de las unidades inmuebles resultantes a favor de los beneficiarios de la operación fiduciaria y/o a favor de los adquirentes de las viviendas a título de compraventa (ETCHEGARAY, 2008, 114-115).

Debe tenerse en cuenta que las disposiciones que regulan los contratos de fiducia en los distintos sistemas latinoamericanos no contemplan requisitos de fondo y de forma particulares para cada una de las modalidades de fiducia existentes en la práctica comercial. La constitución de tales instrumentos fiduciarios, que deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes[42], quedará sujeta por tanto a previsiones generales relativas a su redacción y presentación, a ciertas normas y principios de obligado cumplimiento, etc.

Entre otros extremos, se prevé que los contratos de fiducia deben ser redactados en términos sencillos, de modo que sean de fácil comprensión para los usuarios[43]. La redacción debe reflejar con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas derivadas del contrato para las partes del mismo, independientemente de su posición contractual[44]. Deben prever, al menos, (a) el objeto del contrato, esto es, las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocio fiduciario celebrado. De la lectura del objeto del contrato debe quedar clara la conveniencia y necesidad de la utilización del vehículo fiduciario; (b) los bienes fiduciarios[45]; (c) las obligaciones y derechos de las partes[46]; (d) la

remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión; y (e) la forma como se transferirán los bienes y activos del negocio.

b) Autonomía privada y estandarización de contratos de fiducia inmobiliaria

Como se ha señalado *supra*, no se contemplan normas especiales acerca de los requisitos de fondo y de forma exigidos para la constitución de la fiducia inmobiliaria de construcción. De ahí que la autonomía de la voluntad juegue un papel importante en los contratos fiduciarios celebrados en el marco de proyectos de construcción inmobiliaria[47].

El postulado de la autonomía de la voluntad, formulado en los siglos XVIII y XIX por la doctrina civilista francesa, se concibe como un poder que el Estado otorga a los particulares para autorregular sus intereses privados. La idea de que el contrato es obra exclusiva de la voluntad de los dos contratantes se ve desdibujada ante la posibilidad de que una de las partes, la más poderosa, imponga a la otra el contenido del contrato. Esto es especialmente importante en la contratación fiduciaria, en tanto que es evidente el proceso de estandarización que han experimentado los productos fiduciarios. Como se ha mencionado *supra*, los sistemas jurídicos tienden a regular únicamente cuestiones generales de los negocios fiduciarios, dejando que sean las partes quienes configuren el contenido del contrato. No obstante, la praxis contractual latinoamericana demuestra que solo excepcionalmente los contratos fiduciarios son negociados por ambas partes[48]. En los restantes casos, la mayoría, los modelos de contratos fiduciarios que utilizan las fiduciarias son exactamente iguales para todos los potenciales fiduciantes. Corresponden a contratos cuyas condiciones generales han sido predispuestas previa y unilateralmente por las propias sociedades fiduciarias para fijar el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de las partes. Así, la autonomía de la voluntad privada se ha visto seriamente limitada a la aceptación o rechazo de la propuesta de negocio presentada por el fiduciario. Los potenciales fiduciantes difícilmente podrán acceder a los servicios fiduciarios que prestan las sociedades fiduciarias sin someterse a los modelos de contrato que estas predisponen (BAENA CÁRDENAS, 2017, 155-163).

B) Partes contratantes: delimitación subjetiva, derechos y obligaciones

En el esquema de «fiducia inmobiliaria de construcción», como sucede en cualquier otra operación fiduciaria, suelen identificarse al menos tres sujetos: fiduciante, fiduciario y beneficiario. No obstante, la relación

contractual o relación jurídica fiduciaria (contrato marco, en este caso) se celebra única y exclusivamente entre el fiduciante y el fiduciario (BAENA CÁRDENAS, 2017, 77). Solo son ellos quienes se obligan en el contrato de fiducia, sin perjuicio de los posibles efectos que la fiducia conlleva respecto de otros sujetos involucrados (beneficiarios, fideicomisarios, etc.), que son considerados terceros sobre los que el contrato de fiducia producirá efectos.

a) Fiduciantes

En términos generales, los «fiduciantes», también conocidos como «fideicomitentes» o «constituyentes», son las personas físicas o jurídicas que, a través de un contrato de fiducia, asumen el compromiso de transferir al fiduciario ciertos bienes de su patrimonio para afectarlos o destinarlos al cumplimiento de una determinada finalidad[49]. En la fiducia inmobiliaria de construcción, en particular, los fiduciantes se comprometen a aportar la parcela o las parcelas de terreno sobre las que se desarrollará posteriormente el proyecto inmobiliario. En ciertos supuestos, también aportan las licencias, proyectos arquitectónicos y recursos necesarios para la construcción del complejo inmobiliario (BAENA CÁRDENAS, 2013, 77; MOLINA SANDOVAL, 2009, 27; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 229).

Existe la posibilidad de prever en los contratos de fiducia inmobiliaria distintas categorías de fiduciantes (ETCHEGARAY, 2008, 17-18)[50]. Estos ocuparán la posición de beneficiarios cuando se haya acordado la adjudicación de un cierto número de unidades inmuebles, que variará en función del precio del terreno. Recibirán, en cambio, la cantidad de dinero que resulte de la recaudación de capital aportado por potenciales adquirentes de vivienda cuando no se haya acordado la adjudicación de ninguno de los inmuebles construidos (RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 453-454 y 464). Durante la ejecución de la operación, también se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten otros bienes a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario (MOLINA SANDOVAL, 2009, 470-471; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 478).

Destacan los siguientes tipos de fiduciantes[51]:

i) Los «fiduciantes iniciales o constituyentes», que celebran el respectivo contrato de fiducia inmobiliaria[52] después de que haya sido garantizada la viabilidad jurídica, técnica y económica del proyecto en la primera fase del mismo. A su vez, esta categoría se puede dividir en: a) «Fiduciantes aportantes»: aquellos que transfieren, a título fiduciario, el terreno en el que se va a construir el proyecto inmobiliario[53]; b) «Fiduciantes promotores»:

aquellos que diseñan, impulsan y financian el proyecto con recursos propios o ajenos para la posterior enajenación de los inmuebles a los terceros interesados en adquirirlos. Normalmente no contratan la construcción con terceros sino que son ellos mismos o una compañía de su grupo quienes aparecen implicados en la construcción; c) «Fiduciantes gerentes»: aquellos que gestionan el proyecto y supervisan su ejecución, es decir, quienes procuran que la construcción se ejecute con arreglo a las normas correspondientes, derivando esto en su potencial responsabilidad en aquellos supuestos en los que la falta de vigilancia, control e inspección de la construcción derive en una desviación o desajuste del proyecto; d) «Fiduciantes constructores»: aquellos que se encargan de adelantar la construcción del proyecto, lo que implica que los bienes fiduciarios se encuentran estrechamente relacionados con la ejecución del proyecto.

ii) Los denominados «fiduciantes adherentes», inversores o beneficiarios, interesados en adquirir los bienes inmuebles resultantes, que se vinculan o adhieren al contrato de fiducia propiamente dicho mediante contratos de vinculación[54].

b) Sociedad fiduciaria

En la fiducia inmobiliaria de construcción, el fiduciario o sociedad fiduciaria es la persona cualificada, profesional e independiente que se encarga de gestionar el completo desarrollo del proyecto de construcción. Al serle entregados los bienes fiduciarios, se le asigna la construcción de los edificios, que será realizada por sí mismo (cuando su capacitación profesional lo hiciere aconsejable) o por una empresa constructora contratada por él a tal efecto[55]. Asimismo, en la última etapa de la operación, se ocupará de comercializar las unidades inmuebles resultantes.

En numerosos ordenamientos latinoamericanos la función del fiduciario se ha reservado a los bancos y otras entidades de naturaleza fiduciaria (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 29)[56]. No obstante, esta solución no es universal[57]. Como se ha comentado anteriormente, el ordenamiento jurídico colombiano restringió el acceso a la calidad de fiduciario, permitiendo que sean tales exclusivamente las sociedades fiduciarias autorizadas preceptivamente por la Superintendencia Financiera de Colombia[58].

A diferencia de otras instituciones financieras vigiladas por la SFC, las sociedades fiduciarias carecen de normas especiales que precisen cuál es el ámbito de las operaciones de su objeto social. No obstante, en el artículo 29 del Decreto Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante, EOSF) se enumeran las operaciones y negocios que tales sociedades pueden llevar a cabo[59].

Como se analizará *infra*, las obligaciones de las sociedades fiduciarias suelen ser las propias del arrendador de servicios. Lo verdaderamente característico del contrato de arrendamiento de servicios[60] es la actividad desplegada en pro de la consecución de un determinado fin. En los negocios fiduciarios, el fiduciario asume las respectivas obligaciones en calidad de experto de la gestión de negocios ajenos. El carácter profesional que ostentan las sociedades fiduciarias hace que la prestación fiduciaria sea una «prestación cualificada» (BAENA CÁRDENAS, 2013, 81-88).

La presencia de las sociedades fiduciarias asegura la recaudación de las cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto[61]. Les corresponde, como parte de sus deberes en este tipo de contratos, analizar los riesgos que involucra cada proyecto, celebrar contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación[62].

En este sentido, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia establece que la sociedad fiduciaria, al decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe evaluar, valorar y verificar: (i) que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el cumplimiento de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones; (ii) que la tradición de los inmuebles no presenten problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes; (iii) que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto; (iv) que se encuentren dadas las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores; (v) que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra; (vi) que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto; (vii) que se hayan establecido las fuentes de financiación para el desarrollo del proyecto; (viii) que se cuente, durante todas las etapas del proyecto inmobiliario según resulte aplicable en cada caso, con pólizas de seguro que amparen, por los menos, los riesgos de daños a la obra y los riesgos en la construcción, los daños a la maquinaria de la obra, los daños a terceros y los riesgos de responsabilidad civil[63].

Con la misma intención de proteger a los intervinientes en la operación fiduciaria, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia también prevé ciertos deberes de publicidad. En todos los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios,

debe informarse de manera expresa la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria, de tal forma que para el adquirente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros a los que se circunscribe la labor fiduciaria. Las sociedades fiduciarias deben publicar en su página web: (i) los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de servicios de fiducia inmobiliaria aprobados por la SFC, con indicación de la fecha de aprobación; y (ii) la cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida la SFC. Igualmente deben garantizar que los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se expongan al público con carteles fácilmente visibles donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto[64].

C) El papel de los beneficiarios

Como su propio nombre indica, los beneficiarios son las personas, físicas o jurídicas, que reciben el beneficio o provecho resultante de un negocio fiduciario. En los supuestos de fiducia inmobiliaria de construcción, la condición de beneficiario puede recaer en los propios fiduciantes de la operación (en cuyo caso estaríamos ante una «superposición de roles»)[65] y/o en terceros interesados en adquirir, a título de compraventa, alguno de los bienes inmuebles construidos[66]. En ambos casos, será la sociedad fiduciaria quien les transmita, en la última fase de la operación negocial, la propiedad de las viviendas y locales resultantes del esquema de fiducia que les corresponda.

Al contrario de lo que sucede con el fiduciante y con el fiduciario, no es requisito indispensable que los beneficiarios existan al tiempo en que se celebra el contrato fiduciario, puesto que tal condición puede recaer directamente en el propio fiduciante, o bien en un tercero[67]. Lo que sí debe constar en dicho momento es la forma en la que tales beneficiarios serán designados en el futuro[68].

Usualmente, los beneficiarios firman contratos de opción de compra en la etapa inicial (denominada «fase de preventas») del proyecto. Entregan una cuota programada que oscila entre un 10% y un 30% del valor del inmueble que pretenden adquirir. De darse la imposibilidad de materialización del proyecto inmobiliario, se les restituirá las cantidades entregadas. Esta es una de las características que otorgan transparencia y seguridad a esta institución (RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 37-39; RODRÍGUEZ PADILLA, 2019, 454-455).

Es muy importante tener en cuenta que los beneficiarios que participan en la operación fiduciaria en calidad de terceros, esto es, cuando se trata de personas interesadas en la adquisición de unidades inmuebles a título de

compraventa, no ostentan la condición de parte contratante en el contrato marco (contrato de fiducia inmobiliaria propiamente dicho)[69]. En cambio, cuando se trate de beneficiarios que ostentan igualmente la condición de «fiduciantes iniciales», sí serán partes contratantes en el contrato marco.

Mientras esté pendiente el cumplimiento de la finalidad del contrato de fiducia, los beneficiarios no tienen ningún derecho real sobre los bienes fiduciarios. Solamente son titulares de una expectativa de adquirir el dominio de algunos de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario. De ahí que sus acreedores no puedan perseguir tales bienes antes de la finalización de la operación fiduciaria, momento en el que le serán transmitidos los mismos a los beneficiarios[70].

D) Objeto y naturaleza del contrato marco: el alcance de la transmisión de los bienes fiduciarios a debate

Todo contrato de fiducia consiste en la transmisión de ciertos bienes (muebles y/o inmuebles)[71] con fines de administración o bien con fines de garantía[72]. La fiducia inmobiliaria de construcción, como ya se ha mencionado anteriormente, es una modalidad de fiducia con fines de administración. En esencia, consiste en la transmisión de ciertos bienes con el fin de que la sociedad fiduciaria preste —en el marco del proyecto de construcción y posterior atribución de unidades inmuebles resultantes— determinados servicios de administración fiduciaria.

Al caracterizarse por esta doble circunstancia (de un lado, la transmisión de bienes inmuebles; y, de otro, la prestación de servicios de administración fiduciaria), la determinación de la naturaleza jurídica de estos negocios no es pacífica en la doctrina.

La doctrina mayoritaria sostiene que el negocio fiduciario es un negocio complejo, caracterizado por su doble juego de relaciones: está compuesto por un vínculo real, que incorpora todos los aspectos reales relativos a la transmisión de la propiedad fiduciaria, y que tiene efectos *erga omnes* una vez se cumplan las formalidades correspondientes[73]; y un vínculo obligacional, relativo a los aspectos personales o internos del negocio, configurado por los derechos y obligaciones contractuales y legales que el fiduciario y el fiduciante han asumido. Esta conexión personal solo afecta a las partes, no a terceros (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 173-176). Con respecto a la vinculación entre ambas relaciones, hay distintas teorías. Algunos autores consideran que se trata de dos negocios autónomos (subordinado el obligatorio al real). Otros, en cambio, defienden que se trata de un solo negocio en el que, si bien hay un elemento real y otro obligatorio, sus efectos se influyen recíprocamente[74].

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista funcional, el contrato marco es un contrato de prestación de servicios fiduciarios. El objeto de la fiducia de administración consiste en una actividad material del fiduciario: la prestación de un servicio consistente en administrar y/o enajenar los bienes fiduciarios en los términos estipulados contractualmente. Por ello se afirma que los negocios fiduciarios de administración son contratos de prestación de servicios[75]. El objeto del contrato de fiducia lo constituye, por tanto, el servicio que el fiduciario deberá prestar de acuerdo con la finalidad del negocio. No se puede confundir, entonces, el objeto del contrato de fiducia (la prestación del servicio de que se trate) con los bienes (muebles o inmuebles) que se transmiten en el marco de dicho negocio[76].

E) Patrimonio autónomo

Como se ha afirmado anteriormente, la entrega de los bienes fiduciarios a la sociedad fiduciaria constituye un requisito indispensable, de forma que, si dicha entrega no se produce en el acto constitutivo, no podemos hablar válidamente de la celebración de un negocio fiduciario[77]. Existe la posibilidad de que un contrato de fiducia por el que se produzca la transferencia de un bien inmueble se realice por instrumento privado, sin perjuicio de que cada adquisición se efectúe según las formalidades necesarias para la válida transmisión de la propiedad fiduciaria[78]. La transferencia del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles, en función de la naturaleza de los bienes de que se trate. En el caso de inmuebles, se requiere la previa inscripción en el Registro de la Propiedad, de modo que no será oponible frente a terceros mientras no esté registrada[79].

Aunque el fiduciario adquiere la plena propiedad de los bienes fiduciarios, dicha titularidad jurídica se ve limitada por el contenido obligacional del contrato, esto es, por el cumplimiento de la finalidad del negocio fiduciario en cuestión. Tales bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fiduciante, pero no se integran en el patrimonio personal del fiduciario, sino que conforman un patrimonio especial, sin personalidad jurídica[80], denominado «patrimonio autónomo»[81] o «patrimonio fiduciario»[82].

Al integrarse los bienes en dicho patrimonio autónomo, se logra minimizar muchos de los riesgos que suelen presentar los proyectos de construcción inmobiliaria, como la no finalización de la obra, la insolvencia del promotor/constructor, o el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los adquirentes de las unidades inmuebles, entre otros[83]. Esta impermeabilidad o aislamiento patrimonial constituye una de las principales ventajas de este negocio jurídico, pues los futuros adquirentes de vivienda tienen

la tranquilidad de que la finalización y éxito del proyecto inmobiliario no se va a ver truncado por las vicisitudes económicas que puedan sufrir los sujetos que intervienen en el esquema fiduciario (ESTRADA ALONSO, 2010, 105 y 109; RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 203-211). Este queda desvinculado, por tanto, de los riesgos empresariales de aquellos (MOLINA SANDOVAL, 2009, 210).

Como dispone el artículo 1227 del Código Civil colombiano[84], el patrimonio fiduciario solo responde por las obligaciones contraídas en el marco de la actividad fiduciaria (MOLINA SANDOVAL, 2009, 83; RODRÍGUEZ AZUERO, 2007, 31). No se verá afectado, por tanto, por las deudas personales del fiduciario ni de cualquier otro interviniente en el proyecto (BAENA CÁRDENAS (2017: 26-29); RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 139-140 y 172-173).

Salvo situaciones excepcionales en las que las partes hayan actuado en fraude de ley, los bienes que integran el patrimonio de afectación se encuentran exentos, inmunes, a las reclamaciones de los acreedores del fiduciario, del beneficiario, del fiduciante y del resto de sujetos que intervienen en la operación fiduciaria (ETCHEGARAY, 2008, 27 y 34; MOLINA SANDOVAL, 2009, 245-262).

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. La fiducia goza actualmente de gran aceptación en América Latina. A partir de la rica experiencia mejicana —cuya Ley de fideicomiso de 1926 estuvo influida claramente por el Derecho anglosajón, aunque adaptada a los sistemas fundados en el Derecho continental europeo—, la institución fue incorporada progresivamente en la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Tuvo que adaptarse a la situación económica y a las necesidades sociales de cada sistema jurídico, de ahí que su tratamiento e implementación presente características comunes y, a su vez, cuestiones propias en cada uno de los ordenamientos en los que se ha consolidado. En particular, uno de los negocios fiduciarios que se generalizó en la práctica empresarial latinoamericana fue la «fiducia inmobiliaria de construcción». La complejidad del mercado inmobiliario llevó a que los modos tradicionales de construcción y adquisición de vivienda sufrieran importantes modificaciones. Traían consigo ciertas preocupaciones para los futuros adquirentes de vivienda, como la no finalización del proyecto, la existencia de defectos en la unidad inmueble o la insolvencia del promotor o constructor. Con el fin de minimizar tales riesgos, la ejecución o desarrollo de proyectos de construcción de inmuebles mediante una figura especial denominada «fiducia inmobiliaria de construcción» ha alcanzado una actualidad indiscutible.

II. En esencia, la «fiducia inmobiliaria de construcción» es una modalidad de «fiducia de administración» (conocida también como «fiducia pura» o «fiducia gestión») cuyos antecedentes históricos se remontan a la *fiducia cum amico* del Derecho romano clásico. Resulta complejo ofrecer un concepto universal de esta institución. Se puede afirmar que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes (constructores o promotores, en su caso) transmiten un lote de terreno y otros bienes al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada «sociedad fiduciaria») con el fin de que esta administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario en los términos y plazos convenidos.

III. La entrega de los bienes fiduciarios a la sociedad fiduciaria constituye un requisito indispensable, de forma que, si dicha entrega no se produce en el acto constitutivo, no podemos hablar válidamente de la celebración de un negocio de fiducia inmobiliaria. Aunque el fiduciario adquiere la plena propiedad de los bienes fiduciarios, dicha titularidad jurídica se ve limitada por el contenido obligacional del contrato, esto es, por el cumplimiento de la finalidad del negocio fiduciario en cuestión. Tales bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fiduciante, pero no se integran en el patrimonio personal del fiduciario, sino que conforman un patrimonio especial, sin personalidad jurídica, denominado «patrimonio autónomo» o «patrimonio fiduciario».

IV. Uno de los rasgos más característicos de la fiducia inmobiliaria de construcción es el relativo al fenómeno de la conexidad o agrupamiento contractual. La fiducia inmobiliaria de construcción (entendida en sentido amplio) constituye un «esquema» u «operación contractual compleja» que está compuesta (i) por un «contrato marco»: el «contrato de fiducia inmobiliaria» en sentido estricto, celebrado únicamente por fiduciantes y sociedad fiduciaria; y (ii) varios «contratos secundarios» o «contratos subyacentes» celebrados en el marco de dicha operación, necesarios para la consecución de la finalidad fiduciaria del esquema negocial.

V. La relación contractual o relación jurídica fiduciaria (contrato marco, en este caso) se celebra única y exclusivamente entre el fiduciante y el fiduciario. Solo son ellos quienes se obligan en el contrato de fiducia, sin perjuicio de los posibles efectos que la fiducia conlleva respecto de otros sujetos involucrados en la operación, que son considerados terceros sobre los que el contrato de fiducia producirá efectos.

VI. En cuanto al objeto del contrato marco, debe partirse de la base de que todo contrato de fiducia consiste en la transmisión de ciertos bienes (muebles y/o inmuebles) con fines de administración o bien con fines de garantía. El objeto de la fiducia de administración consiste en una actividad material del fiduciario: la prestación de un servicio consistente en administrar y/o enajenar los bienes fiduciarios en los términos estipulados

contractualmente. Por ello se afirma que los negocios fiduciarios de administración son contratos de prestación de servicios. El objeto del contrato de fiducia lo constituye, por tanto, el servicio que el fiduciario deberá prestar de acuerdo con la finalidad del negocio. No se puede confundir, entonces, el objeto del contrato de fiducia (la prestación del servicio de que se trate) con los bienes (muebles o inmuebles) que se transmiten en el marco de dicho negocio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, R.J. (1920). *El Fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del Derecho inglés*, Panamá: Imprenta Nacional.

BAENA CÁRDENAS, L.G. (2013). *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— (2017). *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BELLO KNOLL, S.I. (2013). *Fideicomiso público*, Buenos Aires: Marcial Pons Argentina.

BOSCH CARRERA, A. (2005), La admisión en nuestro Derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos). En M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Barcelona: Bosch (565-600).

BRAUN, A. (2017). The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts. En: M. Graziadei y L. Smith (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing (121-149).

BUCKLAND, W.W. y MCNAIR, A.D. (1952). *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge: Cambridge University Press.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2005). Elementos para una regulación internacional del trust. En: S. Areal Ludeña y A-.L. Calvo Caravaca, (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid: Colex (242-275).

— (2006). Breve Compendio Geo-Conceptual sobre Trust. En: M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, *III Congreso de Derecho Civil catalán*, Madrid: Marcial Pons (25-52).

CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, E. (2004). *Del «Trust» anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3.ª ed., Bogotá: Temis.

CASTRESANA, A. (1991). *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid: Tecnos.

CRUZ TORRES, Z. (2018). *El trust anglosajón y el derecho internacional privado: evolución y futuro*, Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, Repositorio institucional de documentos ZAGUAN.

DE ARESPACOCHAGA, J. (2000). *El «trust», la fiducia y figuras afines,* Madrid: Marcial Pons.

ESTRADA ALONSO, A. (2010). *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica: proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

ETCHEGARAY, N.P. (2008). *Fideicomiso: técnica y práctica documental,* Buenos Aires: Astrea.

FUENTESECA, C. (1997). *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch.

FUENTESECA, M. (2016). *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid: Marcial Pons.

GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. (1981), *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid: Cuadernos Civitas.

GIMÉNEZ-CANDELA, T. (2020). *Derecho privado romano*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020 (422-424).

GIRALDI, P.M. (1988). *Fideicomiso (Ley 24.441),* Buenos Aires: Depalma.

GÓMEZ BUENDÍA, M.C. (2006). La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución. En: M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*: *III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid: Marcial Pons (157-172).

HANSMANN, H. y MATTEI, U. (1998). The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis. *New York University Law Review*, núm. 73, 434-479.

HAYTON, D. (2002). English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (23-55).

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). Los contratos internacionales de construcción «llave en mano». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 161-235.

HERNANDO AGUAYO, I. (2020). *Fiducia: Estudio de Derecho Romano*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

JORDANO BAREA, J.B. (1959). *El negocio fiduciario*, Barcelona: Bosch.

LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona: Bosch.

LUPOI, M. (2000a). The Development of Protected Trust Structures in Italy. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (85-94).

— (2000b). *Trusts: a comparative study*, Cambridge: Cambridge University Press.

MEDINA VANEGAS L.M. y VÁSQUEZ TORRES, J.A. (2014). *Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios*, Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

MOLINA SANDOVAL, C.A. (2009). *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires: Euros Editores.

NAVARRO MARTORELL, M. (1950). *La propiedad fiduciaria*, Barcelona: Bosch.

NÓRR, D. (1996). *La «fides» en el Derecho internacional romano*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

RODRÍGUEZ AZUERO, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 70, enero-abril, 7-55.

— (2017). *Negocios fiduciarios: su significación en América latina*, Colombia: Legis.
RODRÍGUEZ PADILLA, M. (2019). *La inversión extranjera a través del fideicomiso inmobiliario para mitigar el déficit habitacional en la República Dominicana*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona.
SÁNDOR, I. (2015). *Fiduciary property management and the trust. Historical and comparative law analysis*, Budapest: HVG-ORAC.
STEWART BALBUENA, R. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*, Lima: Grijley.
SMITH, T.B. (1976). Mixed Jurisdictions: Trusts, Fideicommissa and Trustlike Institutions. En: F.H. Lawson (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Structural Variations in Property law,* vol 6*,* Tübingen: Mohr (§262-267).
WATERS, D. (2002). Convergence and Divergence: Civil Law and Common Law. En: D. Hayton (ed.), *Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, The Hague: Kluwer Law International (59-84).

NOTAS

[1] Para mayor profundización sobre los antecedentes históricos de la fiducia y su evolución en distintos sistemas jurídicos, *vid*. entre otros, BOSCH CARRERA (2005: 565-600); FUENTESECA, M. (2016: 33-38); GIMÉNEZ-CANDELA (2020: 422-424); GÓMEZ BUENDÍA (2006: 157-172).

[2] Etimológicamente, el término fiducia proviene de *fides*, que significa fe o confianza. *Vid*. CÁMARA LAPUENTE (2006: 25-52); *id.* (2005: 242-275). En palabras de este autor, «la *fides* impregnaba toda la vida romana, ya que se empleaba tanto en las invocaciones a los dioses como en las relaciones internacionales o en la interjección espontánea. Su incumplimiento se castigaba con la infamia, que comportaba graves consecuencias sociales y personales para quien traicionaba la confianza en él depositada»; CASTRESANA, (1991); DE ARESPACOCHAGA (2000); GARRIGUES DIAZ CAÑABATE (1981); JORDANO BAREA, (1959); NÓRR, (1996).

[3] Instituciones, II, 60.

[4] A diferencia del *fideicommisum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicaba un acuerdo *inter vivos* en el que constaba las obligaciones de las partes, como la de retransmitir los bienes llegado el plazo o las condiciones previstas.

[5] Por ejemplo, cuando se daba el supuesto de que el propietario debía ausentarse para ir a la guerra, solía entregar sus bienes a un amigo de su entera confianza. Para ello, celebraban un contrato en el que se otorgaba a este poderes para que gozara del bien y lo protegiera como un buen *paterfamilias*. En dicho contrato se establecía en qué condiciones y plazos debía devolver los bienes. *Vid*. BOSCH CARRERA (2005: 565-600); FUENTESECA, M. (2016); IGLESIAS (2002); GARCÍA GARRIDO (1985).

[6] En cualquier caso, se mantiene un profundo debate doctrinal acerca de si se producía o no la transmisión de la propiedad de los bienes fiduciarios. Algunos autores sostienen que mediante la fiducia no se producía traspaso de la propiedad del fiduciante al fiduciario, sino tan solo de la cosa (la cual quedaba bajo la potestad del fiduciario, quien no adquiría la propiedad de Derecho civil, sino el ejercicio fiduciario de la función dominical con una finalidad concreta, en base al *pactum fiduciae* o pacto de confianza. Para profundizar sobre la disparidad doctrinal existente en este punto, *vid*. DE ARESPACOCHAGA, (2000:17); GIMÉNEZ-CANDELA (1999: 449); GÓMEZ BUENDÍA (2006: 157-172); PANERO GUTIÉRREZ, (2000: 400).

[7] Esto explica por qué numerosos tratadistas del Derecho romano (que partían del *Corpus Iuris Civilis*) solo se refieren al *fideicommissum* y no a las otras dos modalidades; y por qué los legisladores franceses que prepararon el proyecto de Código Civil eliminaron prácticamente toda referencia a las formas fiduciarias que en él se registraron (RODRÍGUEZ AZUERO, 2017, 8).

[8] *Vid*. BRAUN (2017: 121-149); BUCKLAND y MCNAIR (1952); HANSMANN y MATTEI (1998: 434-479); SÁNDOR (2015); SMITH (1976: 262-267).

[9] Este autor aboga por la siguiente clasificación: «*English-model trust*», «*international-model trust*» y «*civil law model trust*».

[10] El especial interés mostrado hacia los *trusts* e instituciones fiduciarias empleados en el contexto comercial, financiero y de los negocios se debe, probablemente, al hecho de que las legislaciones modernas (como la francesa o la luxemburguesa, entre otras) se han centrado en las figuras que se desarrollan en dicho ámbito patrimonial.

[11] Tales necesidades comerciales y económicas eran satisfechas en otros sistemas jurídicos usando figuras funcionalmente homólogas a los *commercial trusts*, como los fondos separados.

[12] En virtud del *retention trust fund*, se retiene un porcentaje de la cantidad certificada por el arquitecto (por ejemplo, un 3 o 5%). La mitad de esa cantidad se paga cuando el arquitecto expide el «*certificate of practical completion*» y la mitad definitiva cuando se expide el «*certificate of completion of making good defects*». «El empleador está obligado a pagar hasta el 5% de los pagos adeudados en una cuenta de representante o parte interesada en una institución financiera, y cuando el trabajo del constructor haya recibido la aprobación final, el saldo de la cuenta se liberará al constructor, protegiendo así al constructor contra el empleador. Alternativamente, el constructor debe otorgar una garantía del 5% del precio del contrato, respaldada por una fianza, o brindar una garantía bancaria. Por lo tanto, se brinda protección de facto al empleador».

[13] Tras la celebración del Convenio de La Haya de 1985, numerosos países europeos de Derecho civil, al igual que los latinoamericanos, también han tratado de homologar la figura. En el marco de la Unión Europea, donde la cooperación e integración económica y política son cada vez más estrechas, surgió la duda de hasta qué punto la legislación de los distintos Estados miembros debería converger. De hecho, se planteó si era posible la armonización del concepto de *trust* (propio de los países de *common law*) o si, por lo contrario, era incompatible con los conceptos jurídicos fundamentales de los países de *civil law.* Como se analizará *infra*, numerosos autores sostienen que la disparidad o incompatibilidad entre las jurisdicciones de *common law* y *civil law* ha sido exagerada. Argumentan que, de hecho, la separación de bienes (*asset segregation*) y demás particularidades de los *trusts* son perfectamente compatibles con los principios de *civil law*. *Vid*. LUPOI (2000a: 85-94); WATERS (2002: 59-84).

[14] Las legislaciones de Panamá y México han sido las más consultadas, por ser las primeras en contemplar los fideicomisos y las que han servido de modelo o inspiración para los demás ordenamientos latinoamericanos. *Vid*. ETCHEGARAY (2008: 12-13); RODRÍGUEZ PADILLA (2019: 379-380); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 68-74).

[15] Título I, titulado «Del Fideicomiso», compuesto por 27 artículos. Estas disposiciones han sido derogadas por el art. 3° inc. e) de la Ley N° 26.994 (B.O. 8/10/2014), en relación con el artículo 1° de la Ley núm. 27.077 (B.O. 19/12/2014).

[16] En América Latina se suele emplear el término «fideicomiso» como sinónimo de fiducia o negocio fiduciario en general. Salvo mención expresa, por tanto, no se refieren al denominado «fideicomiso *mortis causa*» o «sustitución fideicomisaria». En este trabajo también se emplearán indistintamente los términos fiducia y fideicomiso.

[17] En las figuras latinoamericanas, el soporte más representativo del fideicomiso está constituido por el negocio fiduciario, entendido este mayoritariamente como un «acto jurídico bilateral» o «contrato». *Vid*. RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 139-140 y 191): «En las legislaciones latinoamericanas parece clara la propensión mayoritaria a regular la

fiducia como un acto jurídico bilateral, como un contrato, perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, cuando se trata de un negocio constituido *inter vivos* (…). Dicho acuerdo de voluntades se produce entre el fiduciante y el fiduciario, de modo que el beneficiario tiene el papel de tercero y el fiduciante interviene a manera de quien contrata para otro, sin que pueda hacerse un símil absoluto entre ambas figuras». En el mismo sentido, STEWART BALBUENA (1996: 31). Debe aclararse que la única y verdadera modalidad de negocio fiduciario lo constituye la «fiducia mercantil»; excluyendo, por tanto, los denominados «encargos fiduciarios», en los que no se transmite la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 1.1).

[18] Entre las características que suelen tener en común, destacan: la existencia de tres sujetos (fiduciante, fiduciario y beneficiario); la transferencia del dominio de los bienes al fiduciario; y la constitución de un patrimonio autónomo; afecto exclusivamente a las obligaciones propias del negocio.

[19] RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 37-38): «La presencia de numerosos interesados, con intereses distintos y no pocas veces contrapuestos, logra conciliarse con ventaja cuando una entidad especializada soporta en su cabeza la titularidad del inmueble y ofrece, por consiguiente, plena seguridad de que existe un esquema equilibrado y profesional para que el contrato se desarrolle en la forma y términos que se hayan convenido».

[20] RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 473-474 y 484). En palabras de este autor, la fiducia inmobiliaria de construcción fortaleció el sector inmobiliario, dotó a los proyectos de independencia patrimonial al garantizar la aplicación de todos los recursos a la construcción de los mismos, garantizó los flujos de caja, y permitió crear grupos de interesados en la construcción de edificaciones eliminando así el riesgo de no encontrar compradores suficientes y en tiempo para vender las unidades resultantes.

[21] Artículo 1226 del Código de comercio colombiano: «*La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios*».

[22] Estos actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad, pero carecen de virtualidad jurídica suficiente para ser consideradas como una disciplina orgánica reguladora de la denominada fiducia inmobiliaria. BAENA CÁRDENAS (2017: 25-31).

[23] En la fiducia de administración y, especialmente, en los denominados «fideicomisos de administración y pagos», la finalidad principal consiste en el desarrollo de operaciones comerciales; especialmente, de obras públicas o construcción. El contratante, público o privado, pone a disposición del fiduciario los fondos necesarios para el pago progresivo de la obra y este se compromete a ir haciendo los desembolsos correspondientes en función de los requisitos que se hayan señalado en el contrato como de previo cumplimiento para exigirlos. *Vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 32).

[24] En el clausulado del acuerdo celebrado por las partes se detallan sus derechos y obligaciones, las fechas en las que el fiduciario deberá rendir cuentas, la remuneración que este recibirá por los servicios prestados, etc. *Vid.* ETCHEGARAY (2008:105-107).

[25] Como se ha señalado en la Introducción de la Tesis, al delimitar el objeto de estudio, los entramados fiduciarios de naturaleza inmobiliaria pueden ser clasificados en función de numerosos parámetros: i) según la función económica de la obligación asumida; ii) según la naturaleza pública o privada del fiduciante; etc. De forma muy general, cabe afirmar que la fiducia inmobiliaria puede ser de administración, de inversión (e.g., fondos de inversión inmobiliaria), de garantía o de titulización. Para una

clasificación de estos negocios fiduciarios, *vid*., por ejemplo, BELLO KNOLL (2013: 171-131); CASAS SANZ DE SANTAMARÍA (2004: 34-38); ESTRADA ALONSO (2010: 149-197); ETCHEGARAY (2008: 81-115); MEDINA VANEGAS y VÁSQUEZ TORRES (2014: 10-18); MOLINA SANDOVAL (2009: 381-503); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 399-559).

[26] Quedan excluidas, por tanto, otras operaciones fiduciarias desarrolladas en el sector inmobiliario, como la fiducia de inversión inmobiliaria, la titulización inmobiliaria, etc.

[27] Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.

[28] La fiducia inmobiliaria de preventas conlleva para la sociedad fiduciaria, como obligación principal, efectuar el recaudo del dinero proveniente de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.3).

[29] En virtud de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.1).

[30] La fiducia inmobiliaria de tesorería tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario (Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.2). *Vid*. BAENA CÁRDENAS, *Fiducia inmobiliaria*…, *op. cit*., 32 y 184-187.

[31] *Vid*., entre otros, BAENA CÁRDENAS (2017: 25-37); ETCHEGARAY (2008: 113); MOLINA SANDOVAL (2009: 470); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 474).

[32] *Vid*. *infra* la distinción entre «operación o esquema de fiducia inmobiliaria» (en sentido amplio) y el «contrato fiduciario» (en sentido estricto), celebrado este último entre fiduciante(s) y sociedad fiduciaria.

[33] Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 8.2.3.

[34] Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 6.2.1. En el caso de los negocios fiduciarios de preventas, solo debe suministrarse la información referida en los subnumerales 6.2.1.1 a 6.2.1.6. En los negocios fiduciarios de administración y pagos que no prevean la fase de preventas, no se debe informar lo indicado en el subnumeral 6.2.1.6.

[35] Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.2.

[36] Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.3. Tales recursos únicamente serán transferidos al patrimonio autónomo constituido en el caso de que se haya obtenido el mencionado punto de equilibrio. En caso contrario, las sumas invertidas deberán serle devueltas. Los inversores no reciben a cambio un inmueble propiamente dicho, sino unos derechos fiduciarios en relación con el proyecto global o con algunas de sus unidades. En el sistema jurídico colombiano, no se conciben como títulos valores ni han sido calificados como valores por la Superintendencia Financiera.

[37] Como se expondrá *infra*, dicho contrato de fiducia inmobiliaria, celebrado entre fiduciante(s) y sociedad fiduciaria, constituye el «contrato marco» o «contrato matriz» de esta operación fiduciaria. *Vid*. Apartado Cuarto del presente Capítulo, en el que se analizan todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho negocio fiduciario.

[38] Esta autora se decanta por el término «operaciones contractuales complejas», por ser más apropiado que otros como «grupos de contratos» o «contratos mixtos o complejos». En el mismo sentido, BAENA CÁRDENAS (2017: 53-56).

[39] Para determinar si estamos ante un agrupamiento contractual, existen diferentes teorías en la doctrina latinoamericana. La posición mayoritaria atiende a la noción de «causa», sosteniendo que se tratará de un único contrato si la causa es única, y de una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas entre sí. Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia, existe agrupamiento contractual cuando estamos ante una pluralidad de relaciones jurídicas distintas, autónomas e independientes, con su propia individualización, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico. Resulta imprescindible, por tanto, la existencia de un «nexo/vinculación/unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos, en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral). Para profundizar sobre este punto, *vid*., entre otros, BAENA CÁRDENAS (2017: 60); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 177-178).

[40] BAENA CÁRDENAS (2017: 40): «Individualmente considerados, cada uno de los contratos que conforman la red o sistema contractual son actos jurídicos bilaterales (o plurilaterales) que producen relaciones contractuales típicas o atípicas. No constituyen un contrato atípico, ni una unión de contratos meramente externa o con alguna dependencia temporal o funcional; se trata de una red contractual donde los efectos de cada contrato individualmente considerado incide —al menos de manera indirecta— en los restantes contratos».

[41] Dicha finalidad global puede ser detectada de la interpretación contextual o conjunta de los contratos que forman parte de la agrupación. BAENA CÁRDENAS (2017: 58-59).

[42] *Vid*. el artículo 1228 del Código de Comercio colombiano.

[43] De tal modo que se cumplan todas las condiciones previstas en la Ley 1328 de 2009 y en el Capítulo I, Título III, Parte I, de la Circular Básica Jurídica, titulado «Acceso e información al consumidor financiero».

[44] Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Capítulo I, apartado 2.1.

[45] Se deben indican los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fiduciarios, que debe atender siempre a la naturaleza de los bienes y la finalidad señalada por el fiduciante, según el tipo de negocio fiduciario a celebrar.

[46] Deben estipularse en cláusulas separadas las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente y/o beneficiario. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos deben convenirse con arreglo a lo establecido en este Capítulo. Las obligaciones, los derechos y las limitaciones deben guardar relación de causalidad con la finalidad perseguida en el contrato.

[47] Por ello se sugiere que estos contratos incluyan cláusulas que prevean: a) la identificación de las partes y los roles asumidos por cada una de ellas en el marco del proyecto de construcción; b) la descripción detallada del inmueble propiedad del fiduciante que será transmitido al fiduciario, incluyendo todos los datos que se suelen identificar en cualquier escritura traslativa del dominio; c) todas las características del proyecto inmobiliario, incluyendo anexos al contrato principal; d) las obligaciones del fiduciante y si es necesaria su conformidad para la realización de ciertos actos de disposición; e) el plazo o condiciones de extinción del fideicomiso; etc. Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en los contratos de fiducia, *vid*., entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 21, 30 y 109).

[48] Cuando el potencial fiduciante tiene tal capacidad negocial que puede evitar que le impongan el contenido obligacional del contrato.

[49] Al tratarse de contratos de fiducia mercantil (y no de meros «encargos fiduciarios»), la titularidad del derecho de propiedad por parte del fideicomitente constituye un requisito indispensable para poder realizar su transferencia al fiduciario.

[50] En estos casos, se distinguirán los distintos bienes que los integrantes de cada categoría transmitirán en propiedad al fondo fiduciario y, consecuentemente, los beneficios que percibirán. *Vid*., a modo de ejemplo, el artículo 1.º de la Ley 24.441 argentina. ETCHEGARAY (2008: 17-18).

[51] Clasificación de BAENA CÁRDENAS (2017: 188); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478-479). Este autor los clasifica también en grupos: fideicomitente inicial y fideicomitentes inversionistas o adherentes.

[52] RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478). Según este autor, el fideicomitente da nacimiento al contrato, que puede consistir en realidad en un doble acuerdo: un negocio fiduciario para el desarrollo de la etapa preliminar y un contrato de fiducia mercantil cuando se transfiere el inmueble.

[53] «En la práctica comercial, es frecuente que la vinculación de este tipo de fiduciantes al esquema fiduciario inmobiliario se lleve a cabo a través de la celebración de las denominadas «fiducias de parqueo», a través de las cuales se vinculan propietarios aportantes de los inmuebles y personas que realizan la construcción y comercialización de los proyectos, facilitando así la adquisición de los inmuebles resultantes. A través de esta modalidad fiduciaria, la sociedad fiduciaria mantiene la titularidad del inmueble, en su condición de «representante» del patrimonio autónomo». L. G. BAENA CÁRDENAS, *Fiducia inmobiliaria… op. cit*., 189.

[54] Clasificación realizada por BAENA CÁRDENAS (2017: 188); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 478). Según este autor, estos sujetos participan en dos momentos: inicialmente celebran encargos fiduciarios de inversión y, posteriormente, una vez logrado el punto de equilibrio, al vincularse como prometientes compradores, se adherirán al contrato principal y así, como beneficiarios del fideicomiso.

[55] Se ha afirmado que resulta más efectivo cuando el fiduciario es meramente administrador y cede a terceros las gestiones de desarrollo, venta y promoción de los inmuebles. *Vid*., en este sentido, ETCHEGARAY (2008: 51); RODRÍGUEZ PADILLA (2019: 465-466).

[56] Ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela. *Vid*. RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 29).

[57] RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 29-30): «En Argentina cualquier persona puede ser fiduciaria pero solo pueden anunciarse públicamente como tales las entidades financieras y las personas jurídicas expresamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores (L. 24441 de 1994). En Uruguay la solución es similar porque cualquier persona puede actuar como tal, pero se reserva a las entidades financieras y a los fiduciarios profesionales la posibilidad de anunciarse como prestadores habituales del servicio (L.17703 de 2003). En Costa Rica (L.3284 de 1964) y Panamá (L.1 de 1984) cualquier persona natural o jurídica puede actuar como fiduciario, incluidas las entidades bancarias».

[58] *Vid*., entre otras, la sentencia de 1 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

[59] Artículo 29 EOSF, titulado «Operaciones autorizadas»: «*Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social: (a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio; (b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece; (c) Obrar como agente de transferencia y registro de valores; (d) Obrar como representante de tenedores de bonos; (e) Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin; (f) Prestar servicios de asesoría financiera; (g) Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1 y 2. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y*

se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión; (h) Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar. Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto; (i) Celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación».

[60] Esta calificación va a determinar la posterior elección de la ley aplicable en los supuestos de fiducia de construcción con elementos transfronterizos.

[61] Puede encargarse de la construcción del inmueble, o bien delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construir. *Vid*. MOLINA SANDOVAL (2009: 470).

[62] Además de las obligaciones específicas que le correspondan a la sociedad fiduciaria en el marco del contrato de fiducia inmobiliaria, habrá de cumplir igualmente todas las obligaciones que, con carácter general, correspondan a la figura del fiduciario. *Vid*., entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 35 y 279-281).

[63] Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Cap. I, apartado 5.2.

[64] Circular Básica Jurídica, Parte I, Título III, Cap. I, apartado 3.4.7.1, referido particularmente a las medidas de protección del consumidor financiero en los supuestos de fiducia inmobiliaria.

[65] A los fiduciantes que son, a su vez, beneficiarios de la operación, se les conoce como «fiduciantes iniciales».

[66] Como se examinará *infra*, los terceros interesados en adquirir inmuebles del esquema fiduciario firman los correspondientes «contratos de vinculación». RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 230).

[67] *Vid*. la sentencia de 1 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; BAENA CÁRDENAS (2013: 104-106).

[68] Artículo 1229 del Código de comercio colombiano: «*La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto*». RODRÍGUEZ AZUERO (2007: 30-31).

[69] BAENA CÁRDENAS (2013: 108 y 203-204); En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO (1979: 262); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 255-262).

[70] BAENA CÁRDENAS (2013: 110); MOLINA SANDOVAL (2009: 251-252); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 326).

[71] La fiducia es una modalidad contractual que se caracteriza por conllevar un traspaso efectivo del derecho de propiedad del fiduciante al fiduciario. La transmisión de la plena titularidad de los bienes no constituye un mero elemento de ejecución del contrato, sino un elemento constitutivo del mismo. Sin dicha transferencia de dominio, el contrato no nace desde el punto de vista jurídico. *Vid*. BAENA CÁRDENAS (2013: 120).

[72] Tanto en los supuestos de «transmisión con fines de administración» como en los de «transmisión con fines de garantía», la transmisión en sí misma no es más que un mero mecanismo o medio necesario para obtener los resultados pretendidos. La finalidad última de dichas operaciones es otra: administrar ciertos bienes fiduciarios, en el primer caso; y garantizar un crédito, en el otro.

[73] En el caso de inmuebles, el dominio se adquiere entre partes con título y modo —inscripción en el Registro de la Propiedad—, de forma que la adquisición no será oponible frente a terceros mientras no esté registrada, en MOLINA SANDOVAL (2009: 20, 75, 79, 193 y 194); RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 155). En palabras de este autor, «entre las partes, el acto que no ha sido publicado tiene plena validez y surte todos los efectos. La inoponibilidad se refiere a terceros ajenos a la celebración del acto».

[74] Para un análisis detallado de dichas teorías, *vid*. RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 173-177).

[75] BAENA CÁRDENAS (2013: 112). Este autor sostiene que la prestación fiduciaria puede comprender uno o varios actos jurídicos. Sin embargo, ello no significa que la gestión encomendada al fiduciario se descompone en un supuesto de pluralidad de prestaciones.

[76] El grado de compromiso que adquiere el fiduciario varía según las circunstancias particulares en las que se celebre el negocio fiduciario. Depende, por tanto, de la modalidad de fiducia de que se trate. Por ejemplo, en la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, la obligación es administrar un proyecto inmobiliario y transferir las unidades inmuebles construidas. El listado detallado del objeto de cada una de las modalidades fiduciarias puede verse en BAENA CÁRDENAS (2013: 110-114).

[77] BAENA CÁRDENAS (2017: 188). Al transferirse la propiedad del bien al fiduciario, este goza de las facultades de dueño, pudiendo ejercer todas las acciones que correspondan a la defensa de los bienes fiduciarios e incluso disponer de ellos o gravarlos cuando lo requieran los fines de la fiducia. Si el fiduciario fue designado con la finalidad de adquirir y vender propiedades como objeto primordial de la fiducia, tal acto de enajenación será un ejercicio de administración pues forma parte del giro normal y habitual de la dinámica fiduciaria. Si se trata de la disposición o grabación de bienes inmuebles, deberá efectuarse mediante escritura pública. MOLINA SANDOVAL (2009: 263-271).

[78] MOLINA SANDOVAL (2009: 64-65). La doctrina ha debatido de *lege ferenda* sobre la necesidad de inscripción registral del contrato fiduciario. Este autor expone las diferentes posiciones doctrinales existentes en este punto. Considera que la inscripción de este tipo de contratos dotaría de mayor seguridad jurídica el tráfico comercial. No obstante, dicha inscripción solo sería al efecto de la oponibilidad frente a terceros, ya que, para las partes, e incluso terceros intervinientes, el contrato tendría plena validez desde su elaboración.

[79] ETCHEGARAY (2008: 30); MOLINA SANDOVAL (2009: 193-194 y 455).

[80] El patrimonio fiduciario no tiene personalidad jurídica. Es un patrimonio de afectación. *Vid*., entre otros, MOLINA SANDOVAL (2009: 453).

[81] Artículo 1233 del Código de Comercio colombiano: «*Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*». Por su parte, el artículo 1244 de dicho texto establece que «*será «ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos*». BAENA CÁRDENAS (2013: 120-125).

[82] Una separación patrimonial efectiva excluye cualquier confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fiduciario. ETCHEGARAY (2008: 30); MOLINA SANDOVAL (2009: 247).

[83] RODRÍGUEZ AZUERO (2017: 202). Según este autor, «el Código de Comercio colombiano, inspirado sin duda en la teoría de la afectación, considerados bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad, de modo que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario ni con los de otros patrimonios autónomos administrados por el fiduciario. La calificación ha sido criticada, pues se trataría más bien de un patrimonio especial cuyo titular es el fiduciario, más que de uno autónomo».

[84] Artículo 1227 del Código Civil colombiano: «los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida».

(Trabajo recibido el 6 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)

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 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Reus, número 2.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

Para inscribir un convenio de un divorcio en el Registro de la Propiedad es necesario acreditar la previa constancia en el Registro Civil.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

La inscripción en el Registro Civil tiene efectos no solo probatorios y de legitimación (art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros (art. 1218 CC, en combinación con el art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), eficacia esta última que conduce al rechazo de la inscripción en el Registro de la Propiedad sin la previa indicación del régimen económico matrimonial (o de los hechos que afecten el mismo) en el Registro Civil, pues ello podría traer la consecuencia de que se produjera una colisión entre la inoponibilidad derivada de la falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad nacida de la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 32 LH), al publicar cada Registro una realidad distinta.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3.

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: PAGOS APLAZADOS

En relación con el control de los medios de pago, no alcanza a los pagos que hayan quedado aplazados y deban hacerse en el futuro.

De cuanto antecede resulta que, según la normativa vigente, respecto de la identificación de los medios de pago empleados, el registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados. Como ya expresó este Centro Directivo en la resolución de 18 de mayo de 2007, «obviamente, sí que debe examinar el registrador, por el contenido de la misma escritura, que es su canon de control, si existen omisiones en esa identificación. Por ejemplo, si se dice que el precio es una cantidad determinada, pero de la suma de los importes identificados por el notario resulta que hay una parte no identificada; o, en el mismo sentido, si no existe mención alguna en la escritura pública acerca de cuáles son los medios de pago o, por supuesto, si los otorgantes se negaron total o parcialmente a identificarlos».

Las manifestaciones y constancia documental de los medios de pago empleados exigidas tanto por los artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, como por los artículos 24 de la Ley del Notariado y 177 de su Reglamento aparecen referidas, en todo caso, a los pagos realizados en el momento del otorgamiento de la correspondiente escritura pública o con anterioridad al mismo, pero no se refieren en ningún caso a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquel otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros correspondientes a la parte del precio aplazado.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Rota.

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.

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 aun 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.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

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.

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 aun 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.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

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.

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 aun 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.

En el presente caso se trata de la transmisión de una nave industrial construida en una parcela que tiene una superficie de 485 metros cuadrados, de la cual la edificación ocupa una superficie de 375 metros cuadrados y el resto de 110 metros cuadrados se destina a patio. De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho cabe la posibilidad de que, en la indicada finca, que dispone de un terreno no edificado, se haya podido realizar una actividad que potencialmente sea contaminante del suelo, por lo que será preciso que el transmitente manifieste, no si el suelo está contaminado o no, sino, más bien, si se ha realizado o no, en la finca transmitida, alguna actividad potencialmente contaminante del suelo.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

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.

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 aun 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.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

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.

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 aun 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.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Lepe.

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.

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 aun 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.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Saldaña.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de una rectificación de cabida no es viable cuando de las circunstancias concurrentes determinan la existencia de 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 tubularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

Resuelto el expediente anterior con calificación denegatoria, es cierto que la misma no vincula al registrador, sea el mismo que firmó la nota u otro posterior, según reiterada doctrina de esta Dirección General, en resolucio-

nes como la de 12 de julio de 2022, entre otras, pues el registrador no está vinculado por las calificaciones de sus predecesores o de otros registradores, ni por las propias respecto de documentos similares, pero ello no impide que el registrador comparta los argumentos del anterior registrador y reitere la nota de calificación y comunique al Ayuntamiento la existencia de un bien de dominio público para que proceda a su inscripción, que es obligatoria, conforme al artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas.

Además, de la respuesta del Ayuntamiento ya se deduce que, de haber sido notificado en el seno de un nuevo expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, su posición habría sido la misma, según resulta de su respuesta a la comunicación registral del artículo 39 citado. Y existiendo pendiente un expediente catastral de subsanación de discrepancias, según resulta de su escrito, aportando documentación técnica, que determina que la cartografía catastral vigente pueda resultar modificada, lo lógico es o bien presentar una georreferenciación alternativa de la finca que excluya el vía público, cuya existencia acredita el asiento registral, o esperar a que se concluya ese expediente y se realice, si procede, la alteración catastral correspondiente, o se confirme la actual cartografía catastral, para que pueda lograrse una auténtica coordinación gráfica.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO EMBARGADO.

La anotación de un embargo trabado sobre la propiedad de un inmueble requiere que el derecho aparezca inscrito previamente a favor del titular embargado.

En este caso lo que se declara embargado y cuya anotación se pretende no es la finca como propiedad del Instituto de la Vivienda de Madrid —embargo cuya anotación, de acuerdo con lo expuesto, no revestiría mayor inconveniente desde el plano registral—, sino los «derechos de propiedad que ostenta el demandado en la vivienda del IVIMA — titular registral—». Al no constar inscritos en el Registro estos concretos derechos de propiedad, por imperativo expreso de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no podrán ser registralmente trabados en tanto no se presente e inscriba previamente el título adquisitivo del titular de los mismos. En ningún caso se puede considerar suficiente para lograr esta previa inscripción la manifestación realizada en testimonio aportada por el recurrente de la comunicación del Instituto de la Vivienda de Madrid en el que se manifiesta que la vivienda objeto de esta controversia fue vendida por contrato privado a don M. B. M., concretamente el día 3 de abril de 1987, padre del hoy ejecutado.

No obstante, en estos casos, cabe la posibilidad de solicitar anotación preventiva de suspensión de la anotación preventiva de embargo y solicitar que se realice la inscripción omitida (*vid.* resoluciones de 7 de octubre de 2004 y 2 de julio de 2014).

Resolución de10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Totana.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: CONSENTIMIENTO PARA LA CANCELACIÓN.

Para cancelar una servidumbre es necesario el consentimiento del titular registral actual del predio dominante.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1, párrafo tercero, LH). Como consecuencia de ello, para cancelar un derecho —como en el presente supuesto es una servidumbre inscrita a favor de un tercero, en este caso el titular de uno de los departamentos en que se ha dividido el predio dominante— es preciso el consentimiento de su titular (el expresado tercero).

Además, no solo el titular de la propiedad del elemento transmitido, finca registral 46 064, debe prestar su consentimiento, sino también las entidades acreedoras titulares de las hipotecas inscritas sobre los restantes departamentos de la propiedad horizontal constituida sobre el predio dominante, tal como señala el registrador. Por otro lado, quien debe prestar el consentimiento para la cancelación es el titular actual de los departamentos en que se ha dividido horizontalmente el predio dominante, no la persona que adquirió uno de ellos, pero posteriormente lo transmitió. Ello es consecuencia de la presunción de existencia y titularidad en la forma determinada por el asiento respectivo de los derechos reales inscritos que resulta del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos del artículo 32 de la misma.

Tampoco podría aplicarse en este caso el supuesto del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación de la inscripción sin necesidad del consentimiento del titular del derecho inscrito por extinción del mismo.

Para la cancelación de la servidumbre constituida en favor de un departamento de una división horizontal es necesario el consentimiento individualizado de su titular, al afectar al contenido esencial del dominio del departamento, del que la servidumbre establecida a su favor es inseparable, sin que baste un acto colectivo de la comunidad en régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 10-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

URBANISMO: EJECUCIÓN POR IMPAGO DE CUOTAS DE URBANIZACIÓN.

En la ejecución por cuotas de urbanización impagadas, cuando la subasta quede desierta, es factible que la administración actuante acuerde la adjudicación a favor del urbanizador.

La calificación sustitutoria no puede ser entendida por la registradora sustituta como un mero trámite que quepa despachar, sin más, confirmando la calificación inicial, como sucede en este caso, ya que en ese supuesto se estaría produciendo un resultado contrario al pretendido por la norma. 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. Del mismo modo que no

puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido.

Ha de comenzarse recordando que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución da lugar al nacimiento de las fincas de resultado que, desde ese mismo momento, se afectan al pago de los gastos de urbanización en la proporción que individualmente les corresponda. Para la efectividad de dicha afección el Real Decreto 1093/1997, reguló su constancia registral en sus artículos 19 y 20. La más reciente sentencia número 1255/2020 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de fecha 25 de mayo de 2020, que distingue entre la naturaleza de estos créditos y la regulación de la exigencia de las cuotas de urbanización cuando son apremiadas.

Las cuotas de urbanización deben ser satisfechas por los propietarios al urbanizador, si bien serán objeto de previa aprobación por la Administración actuante, y su impago podrá dar lugar a la ejecución forzosa, por medio de apremio sobre la finca afectada. Dado que el apremio es un procedimiento exclusivamente administrativo solo Administración pública (en cualquiera de sus estamentos: el Estado, las autonomías, las diputaciones, los ayuntamientos…) puede iniciarlo y resolver todas sus incidencias. Pero, como dice el citado artículo, la ejecución forzosa de la liquidación de las cuotas se efectúa a través de la administración actuante y en beneficio del urbanizador que es el acreedor del importe de las cuotas. Respecto a la ejecución, en el caso de que la subasta quede desierta, debe igualmente entenderse que el ayuntamiento actúa en beneficio del urbanizador; por lo tanto, es perfectamente viable que la finca, en caso de quedar desierta la subasta, se adjudique al urbanizador. Por lo tanto, no estamos ante una subrogación de los titulares de cargas posteriores a la cuota objeto de ejecución sino ante una adjudicación al acreedor, que no es otro que el urbanizador, así como destaca la más autorizada doctrina, en las actuaciones urbanizadoras donde la reclamación de los costes de urbanización derivados de la afección urbanística son por cuenta de un tercero, distinto a la Administración actuante.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Cangas del Narcea-Tineo.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso solo tiene por objeto discutir la calificación negativa de un documento presentado a inscripción.

Conforme al artículo 19 bis LH solo cabe interponer recurso ante esta Dirección General cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. En este mismo sentido el artículo 324 de la Ley Hipotecaria, motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Es por tanto continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 326 LH y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajus-

tada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de rectificar asientos ya practicados o resolver respecto de expedientes de doble inmatriculación no iniciados, cuestiones todas ellas extrañas al recurso.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

El ámbito del convenio regulador no alcanza a las eventuales transmisiones que los excónyuges realicen al margen de la liquidación del régimen económico matrimonial.

El convenio objeto de calificación no se liquida ninguna comunidad de bienes existente entre los cónyuges [cfr. art. 233-2.5.d) del Código Civil de Cataluña, en orden al contenido del convenio], pues en aquel cada uno de los inmuebles se inventarían como propiedad exclusiva del respectivo cónyuge, cediéndose recíprocamente el pleno dominio de los mismos (pacto cuarto del convenio).

El convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

La aprobación del convenio (en este caso en virtud de decreto del letrado de la Administración de Justicia), no posee una virtualidad taumatúrgica por la cual un acuerdo privado *inter partes* pase a revestir el carácter de documento judicial. Por ello, la calificación registral de este tipo de documentos se regula por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, no estando constreñida por los límites que impone el citado artículo 100, abarcando consiguientemente su contenido.

El registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

En relación con el defecto tercero expresado en la calificación, debe advertirse que en esta se afirma que la guardia y custodia de los hijos ha sido atribuida a la adjudicataria, cuando en este caso los hijos son mayores de edad (y ya lo

eran en 2016, cuando se suscribió el convenio) y lo único que se indica en el convenio regulador es que continuarán residiendo, con ella, en lo que fue el domicilio conyugal. En el presente caso hay un plazo fijado implícitamente, pues, como se indica en el convenio, una vez que este haya desplegado sus efectos («se hagan efectivos los acuerdos contenidos en el pacto Cuarto»), conllevará, para la vivienda adjudicada —en ese momento, pues hasta entonces es titularidad del otro consorte— la pérdida del carácter de domicilio conyugal, lo que comportaría necesariamente el cese del uso atribuido como tal. Además, como ya se ha expresado anteriormente, en el año 2016 los hijos eran mayores de edad (no hay guarda y custodia); y vivirán en dicho domicilio, declaración esta más bien de intenciones, pues su vinculación jurídica para tales hijos carece de eficacia. Por ello, el defecto, tal y como se formula en la nota, no puede ser confirmado. Es indudable que existe un plazo implícitamente fijado y que, en tanto no se produzca la efectiva transmisión dominical de un inmueble que no es común, sino de uno de los esposos (que seguirá siendo por tanto el titular registral), ese uso convenido ha de desplegar su eficacia y puede acceder al Registro.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

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.

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 aun 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.

En el presente caso se trata de la transmisión de una parcela de 25 áreas y 72 centiáreas de la que una superficie de 199 metros cuadrados y 8 decímetros cuadrados, está ocupada por una vivienda unifamiliar. De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho cabe la posibilidad de que, en la indicada finca, que dispone de terreno no edificado, se haya podido realizar una actividad que potencialmente sea contaminante del suelo, por lo que será preciso que el transmitente manifieste, no si el suelo está contaminado o no, sino, más bien, si se ha realizado o no, en la finca transmitida, alguna actividad potencialmente contaminante del suelo.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Elche, número 1.

EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: LIMITACIONES AL EMBARGO DE SU VIVIENDA HABITUAL.

Se hace un análisis del régimen de limitación respecto de los embargos de la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización establece en el capítulo II de su título I relativo al apoyo a la iniciativa emprendedora, un régimen especial de responsabilidad para los emprendedores personas físicas por deudas que traigan causa de su actividad (art. 7). A la fecha de la calificación que da lugar a la presente, dicho régimen se caracteriza porque deja fuera del ámbito de responsabilidad universal del deudor emprendedor persona física, su vivienda habitual en los términos que resultan del artículo 8 de la ley. La norma exige, para poder beneficiarse de tal limitación, que el emprendedor haga constar en el Registro Mercantil su condición (art. 9), con indicación de la vivienda, común o privativa, que resultará exenta de la responsabilidad derivada de deudas de origen empresarial o profesional, de modo que hecha constar la condición de emprendedor de responsabilidad limitada en el registro, se dé traslado al Registro de la Propiedad competente a fin de practicar la inscripción correspondiente y hacer efectiva su oponibilidad frente a terceros (art. 10 de la ley). Practicada la inscripción en el folio particular de la finca, el efecto de limitación de responsabilidad impedirá la práctica de una anotación de embargo.

No procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con los documentos que no se pusieron a disposición del registrador de la propiedad o mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos *(vid.* art. 108 RH). Sin perjuicio de lo anterior y dados los términos del escrito de recurso, esta Dirección General considera conveniente poner de manifiesto que la mera omisión de la cualidad de emprendedor de responsabilidad limitada en la documentación empresarial no puede tener el efecto que se pretende de hacer desaparecer la limitación de responsabilidad a que se refiere el artículo 7 de la ley de continua referencia. No ocurre lo mismo respecto del incumplimiento de la obligación legal de depositar cuentas en el Registro Mercantil (art. 11.2), pues la ley expresamente determina que, de producirse, el beneficio de limitación de la responsabilidad se pierde (art. 11.3), si bien solo en relación a las deudas de origen empresarial contraídas con posterioridad al plazo máximo para llevar a cabo el depósito, circunstancia que debe resultar del título de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento (art. 10.3 de la ley en relación al art. 72 LH).

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Vitigudino.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA REGISTRAL.

Es imprescindible identificar la finca registral sobre la que se declara la obra nueva.

De la redacción del mismo se aprecia que solo se está recurriendo el primer defecto reseñado en la nota de la registradora, relativo a la falta de concreción de cuál es la finca, o agrupación de fincas, sobre la que se declara y pretende inscribir la edificación que es objeto de división horizontal. Y sobre este extremo el recurrente argumenta en esencia que la obra nueva y división horizontal no se ubica sobre ninguna de las fincas que se citan en la escritura, sino sobre otras distintas. Por tanto, con ello no está realmente rebatiendo, sino confirmado, el

defecto señalado por la registradora acerca de que no se concreta cuál es la finca o agrupación de fincas, de entre las descritas en la escritura calificada, sobre la que se ubica y declara realmente la edificación objeto de división horizontal.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES CON SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Para anotar un embargo sobre una finca ganancial estando la sociedad disuelta y no liquidada, debe acreditarse haber demandado a ambos cónyuges y sus respectivos herederos.

Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita, incluso aunque se haya instado la petición por un organismo judicial, sin que ello suponga, en ningún caso, una vulneración de los artículos 117 y 118 de la Constitución.

Se trata pues de la posibilidad de practicar una anotación preventiva de embargo sobre una finca ganancial, estando disuelta y no liquidada la sociedad de gananciales. Hay tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral.

En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 CC), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH). En segundo lugar, el embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, «*in fine*», RH). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.º, «in fine», del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Resulta del mandamiento presentado, fechado el día 15 de febrero de 2022, que inicialmente el procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 16/2018 únicamente se siguió contra la mercantil «Oriental Playa, S.A.» y contra

don F. J. C. A. (quien falleció en el transcurso del mismo, el día 1 de febrero de 2021, dictándose el decreto que declara el embargo el día 27 de enero de 2022) y no contra los herederos de doña M. C. C. (fallecida antes de iniciarse el procedimiento; concretamente el día 20 de diciembre de 2016). Ahora bien, se infiere de la restante documentación aportada, —sucesivas diligencias de ordenación dictadas en el procedimiento número 16/2018— que los herederos de ambos causantes —sus cuatro hijos— se han personado en el procedimiento y han sido considerados como parte en el mismo.

No obstante, y como pone de manifiesto la registradora, es cierto que la documentación aportada por el recurrente de la que se deduce la intervención de los herederos de ambos cónyuges en el procedimiento y su condición de tales herederos no es documentación auténtica, sino que únicamente se han aportado fotocopias y notificaciones telemáticas al procurador de trámites procesales, razón por la cual no pueden considerare acreditados esos extremos.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Moralzarzal.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas sobre la identidad de la finca no pueden estar basadas exclusivamente en el hecho de que se han realizado alegaciones por algunos de los colindantes.

Uno de los supuestos en los que se permite el uso de la georreferenciación alternativa es el de la existencia de una inexactitud catastral. En ese caso, el dueño de la finca puede presentar una georreferenciación alternativa para mejorar la precisión métrica de la cartografía catastral. Su inscripción puede producirse, incluso en el caso de oposición de algún colindante.

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 en 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 sus dudas en la identidad de la finca, exclusivamente en la mera existencia de la oposición de los colindantes registrales y catastral de la finca y parcela catastral correspondiente. La oposición de los colindantes se basa única y exclusivamente en la cartografía catastral inexacta, aportando la información que proporciona el geoportal del Colegio de Registradores. Pero, de las fotografías aportadas al expediente y de la cartografía oficial de la Comunidad de Madrid, se observa que la línea georreferenciada de la linde discutida se ubica sobre el límite físico del muro, cuestión que reconocen tanto el promotor del expediente recurrente como los colindantes opositores notificados. Así resulta también de la georreferenciación alternativa superpuesta sobre la ortofoto, evi-

denciando la existencia de una inexactitud catastral. Pero, determina también, siendo esta la cuestión esencial, la ausencia de un conflicto latente, pues las partes coinciden en que el lindero de delimitación de las respectivas propiedades es su muro separador. Y como ya manifestó esta Dirección General en la Resolución de 5 de junio de 2022, son infundadas las dudas sobre identidad de la finca, basadas solo en la oposición del colindante sin la fundamentación necesaria.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Albuñol.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas sobre la identidad de la finca no pueden estar basadas exclusivamente en el hecho de que se han realizado alegaciones por algunos de los colindantes, menos aun cuando se trata de propietarios sin título inscrito.

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 en 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.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aun el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o en parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

Nos encontramos con que la pretensión de georreferenciación del promotor ha provocado la oposición de determinadas interesadas, que no son titulares re-

gistrales de finca alguna, ni titulares catastrales de ningún inmueble. Sí aportan escritura de compraventa a su favor otorgada por el hermano del causante del promotor del expediente que dice haber adquirido la finca por compra a este, sin haberse formalizado en documento fehaciente. Por todo ello, si a la debilidad del título de propiedad invocado por las opositoras, se le añade la inoponibilidad frente a tercero de los títulos de propiedad no inscritos debidamente, junto con la inexistencia siquiera de pronunciamientos o presunciones catastrales favorables a las opositoras, sino al contrario, favorables al promotor del expediente, la calificación registral negativa, que solamente se fundamenta en la existencia de esa oposición tan frágil documentalmente, ha de ser revocada, y estimado el recurso, sin perjuicio del derecho de las opositoras a acudir a los tribunales de Justicia para combatir la inscripción que eventualmente se produzca de la georreferenciación de la finca del promotor.

Resolución de 11-10-2022
BOE 11-11-2022
Registro de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

La caducidad de una anotación de embargo, teniendo en cuenta la prórroga que produce la expedición de la certificación de dominio y cargas del artículo 656 LEC, determina que solo se pueda inscribir el decreto de adjudicación si el deudor sigue siendo el titular registral de la finca.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la reciente sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en esta materia, modificando en parte el criterio de las anteriores sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. El Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— ha matizado su doctrina contenida en la sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva

de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. Por tanto, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal de expedición de certificación constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, de la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando se presenta en el Registro de la Propiedad el decreto de adjudicación, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo y la caducidad de su prórroga contada desde las fechas de expedición de la certificación de dominio y cargas, con arreglo al criterio que sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2021, uniendo a ello además la prórroga de plazo producida por la situación derivada de la Covid, por lo que procede su cancelación al estar caducada la anotación ordenada en los autos que dan lugar al decreto de adjudicación. Registralmente, caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral.

Resolución de 19-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6.

HIPOTECA UNILATERAL: NATURALEZA.

La hipoteca unilateral, una vez aceptada, se somete a las reglas generales del resto de hipotecas, siendo preciso el consentimiento de su titular para inscribir cualquier modificación.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador, aunque este haya sido inscrito.

Una vez la hipoteca unilateral ya ha sido aceptada, su regulación se somete a las reglas generales de las hipotecas, y, por tanto, cualquier modificación de la hipoteca, sea una novación o sea una subsanación de otra, requiere el consentimiento del acreedor —en este caso la Agencia Tributaria—, lo que nos lleva a analizar si este consentimiento resulta claro de la certificación aportada. Ciertamente, la interpretación del contenido de la «certificación de garantía» lleva a la conclusión de que consiente en las circunstancias que se modifican en la escritura que ahora se otorga.

Resolución de 19-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 26.

RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: FIDUCIA «*CUM AMICO*».

Partiendo de la admisibilidad de la *fiducia cum amico,* la Dirección General recuerda que para que el reconocimiento de dominio provoque la inscripción a favor del fiduciante es preciso, no solo que se exprese la causa, sino que intervengan el fiduciario y su esposa, dado que la inscripción se practicó con carácter ganancial.

En el supuesto de este expediente, resulta claro que el reconocimiento de dominio a favor del recurrente se halla sustentado en la existencia de la conocida figura de la «fiducia cum amico», ligada a las operaciones de compraventa y adiciones de herencia de la finca registral, y persigue en definitiva que se reconozca la titularidad real al auténtico dueño, que adquirió precisamente por el título de adquisición que propició el negocio fiduciario. Pero, en el supuesto de este expediente, no se cuestiona la causa del contrato sino la concurrencia total de todos los interesados en el reconocimiento de la fiducia.

La doctrina de este Centro Directivo que ha quedado suficientemente expuesta es plenamente aplicable al presente caso, toda vez que en la escritura consta en forma expresa la causa de la adquisición onerosa y la existencia del pacto de fiducia; y consta el negocio jurídico, en este caso recognoscitivo o declarativo, mediante el cual el fiduciario cumple la obligación (agotados los límites de la fiducia) de facilitar la inscripción a favor de los fiduciantes (respecto del fallecido, a favor de sus herederos), al confirmar la referida relación representativa. A la hora de restablecer la correspondencia entre la realidad y el Registro, no sería razonable que los mismos interesados hubieran de litigar para obtener por sentencia lo mismo que voluntariamente ya han otorgado en escritura de reconocimiento. Y todo ello sin merma de la salvaguarda de los pronunciamientos registrales a favor de los terceros de buena fe que desconocieran dicha inexactitud registral (un riesgo que debe asumir quien autorizó al representante a actuar en su propio nombre).

Ahora bien, entre los requisitos que, según la misma doctrina, son necesarios para la validez del reconocimiento de dominio está el consentimiento de los titulares fiduciarios —o sus herederos— y el consentimiento de los fiduciantes —o sus herederos—. Y aunque el recurrente alega que el representante fiduciario nunca llega a ser propietario, lo cierto es que en el Registro consta el inmueble inscrito desde 1980 a favor «de los cónyuges don E. V. L. y doña B. A. M., sin atribución de cuotas para su sociedad conyugal, por título de compra (…)». Esta apariencia y protección jurídica que concede el Registro no puede ser obviada. Más que una presunción de ganancialidad, se trata de una ganancialidad constatada.

Resolución de 19-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira, 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.

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 aun 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.

Resolución de 19-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Cullera.

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.

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 aun 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.

Resolución de 20-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO.

En el procedimiento de doble inmatriculación, el primer paso es que el registrador decida si existen o no indicios de esa situación patológica.

Este Centro Directivo ha de recordar, una vez más, que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad, de manera que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La primera actuación del registrador ha de ser la de apreciar la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de que efectivamente exista doble inmatriculación, total o parcial; apreciación que habrá de efectuar examinando los libros del Registro, la aplicación registral para el tratamiento de bases gráficas y la cartografía catastral; poniendo el acento en que si decide no tramitar el expediente, su negativa deberá estar debidamente motivada.

En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Dicha decisión, en cuanto se encuadra en las facultades de calificación del registrador, como resulta además del tercer párrafo de la regla séptima del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento de inmatriculación del 205 LH, si la finca estuviera ubicada en una zona afectada por una reparcelación, es necesario que se acredite la comunicación previa al órgano urbanizador. Si el registrador tuviera dudas sobre la posible invasión de otra finca ya inmatriculada, debe aplicar analógicamente el 199 LH y notificar a los colindantes para disipar dichas dudas.

En su desenvolvimiento en sede registral, y respecto a las fincas que constan inscritas, la iniciación de un procedimiento reparcelatorio debe ser publicado a través de la oportuna nota al margen de la última inscripción del dominio sobre cada finca. La extensión de dicha nota lleva aparejada la expedición de la certificación registral de dominio y cargas que ha de incorporarse al expediente, lo que determina que la Administración actuante continuará con los titulares de las fincas o derechos que obren en la certificación los trámites del expediente y que los titulares posteriores a dicha nota no han de ser notificados de las incidencias del mismo. El que conste en el Registro iniciado el procedimiento no implica la imposibilidad de transmisión de las parcelas de origen que siguen operando en el tráfico inmobiliario y por lo tanto el folio de la finca de origen no se cierra ni por el inicio del procedimiento ni por su conclusión hasta que no se completa registralmente el proceso de subrogación real.

En cuanto a las fincas que no consten inmatriculadas, tanto el artículo 310.5 del texto refundido de la Ley de Suelo vigente cuando se otorgaron las escrituras, como el vigente artículo 54.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, como el artículo 8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, establecen que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para la inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción, ello implica la admisión de un procedimiento especial de inmatriculación que se desarrolla en el propio ámbito urbanístico y que cuenta por tanto con las garantías propias del proceso transformador. Bien es cierto que como dice el recurrente, no se excluye expresamente la utilización de otro método legal de inmatriculación y más concretamente del contemplado en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Pero no puede obviarse que permitir el acceso al Registro de fincas no inmatriculadas, una vez conste producida la iniciación de un procedimiento reparcelatorio, sin conocimiento del órgano actuante, puede producir efectos adversos. El registrador en este caso por tanto no puede calificar aisladamente los títulos presentados sin tener en cuenta la situación del suelo en que se ubican las fincas que le consta por el contenido de los libros registrales. Puede «procederse a la inscripción si por la Administración actuante, mediante la oportuna certificación, quedara acreditado suficientemente a juicio del registrador que los terrenos están comprendidos en el proyecto correspondiente, haciendo constar también si las fincas se incluyeron en la solicitud de extensión de la nota marginal a que hace referencia el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, y que tiene conocimiento de la existencia los títulos de propiedad y de la intención de inmatricular los mismos.

En el caso que ahora nos ocupa, el interesado y ahora recurrente alega que por Acuerdo de 29 de abril de 2010 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, la Administración actuante reconoce que tiene conocimiento de los títulos a través de los cuales se pretende la inmatriculación de las fincas. En dicha resolución solo se acuerda incluir al recurrente cautelarmente como titular de la parcela 144, pero no hacerlo como titular de la 114. Pero con ello está quedando demostrado, al menos, que el interesado se ha personado para dar a conocer sus títulos de propiedad ante la administración actuante, y que esta tiene conocimiento de los mismos y, con ellos, de la pretensión de inmatriculación.

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, acaecida el 1 de noviembre de 2015, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha proclamado desde su resolución de 17 de noviembre de 2015, y reiteradamente después, que hay que entender que el título VI del Reglamento Hipotecario, dentro del cual se ubican los citados artículos 300 y 306, ha quedado íntegra y tácitamente derogado. Por ello, si tales dudas registrales sobre posible invasión de finca ya inmatriculada no pueden ser disipadas o confirmadas por la vía de recurso ante esta Dirección General (la Dirección General solo puede pronunciarse sobre si están suficientemente fundadas las dudas, pero no puede resolverlas), ni por la vía del ya derogado artículo 306 del Reglamento Hipotecario, hay que buscar la alternativa en la propia regulación legal introducida por la Ley 13/2015. Y aquí es donde puede entrar en juego la regulación del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello, compartiendo este Centro Directivo, en lo esencial, el razonamiento que ha quedado transcrito procede confirmar el defecto relativo a la existencia de dudas fundadas sobre riesgo de posible doble inmatriculación, pero revocar la nota en cuanto que deniega acceder a la petición del interesado de que «en caso de dudas de la identidad de las fincas con otras inscritas, se solicita expresamente el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para disipar dichas dudas».

Resolución de 20-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Benabarre.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento del artículo 199 solo cabe la denegación de la inscripción de la base gráfica si el registrador aprecia dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente 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 en 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

No concurriendo las circunstancias que determinarían necesariamente una calificación registral denegatoria, procede analizar si el registrador ha fundado objetivamente sus dudas en la identidad de la finca. La oposición de los colindantes, que no ven invadida su finca, con base gráfica registral y coordinada gráficamente con el Catastro, se basa en las afirmaciones relativas al cerramiento de una especie de camino de acceso, que más bien tiene la apariencia de servidumbre de paso, que tiene un origen legal, pero que en nada impide que se inscriba la georreferenciación catastral de la finca objeto del expediente. En conclusión, las dudas en la identidad de la finca no han sido fundamentadas debidamente por el registrador.

Resolución de 20-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento. Como tal la nota de calificación, debe reunir los requisitos que le son exigibles de conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio telemático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede https://sede.registradores.org, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

En el supuesto de este expediente es evidente que las solicitudes de notas simples en ningún caso son objeto de presentación, pues su finalidad es obtener la información que consta en el Registro de la Propiedad sobre una finca o inmueble, no la de producir operación registral alguna. En consecuencia, procede confirmar la nota de calificación. Ello no obstante, podrá obtenerse la información solicitada a través del procedimiento habilitado al efecto en la repetida sede https://sede.registradores.org.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Utrera, número 1.

USUFRUCTO: EN FAVOR DE PERSONAS JURÍDICAS.

La norma que limita el usufructo en favor de una persona jurídica a 30 años es imperativa.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, conforme al artículo 515 del Código Civil no puede constituirse el usufructo a favor de una sociedad por más de treinta años. La calificación debe ser confirmada. Con la finalidad de impedir las vinculaciones por el desdoblamiento de las facultades dominicales, el citado precepto legal prohíbe que se constituya el usufructo a favor de una persona jurídica por más de treinta años. Es una norma imperativa que, junto con las propias previsiones negociales define el contenido y el alcance del derecho constituido (cfr., la resolución de este Centro Directivo de 9 de diciembre de 2003 y sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1968 y 15 de abril de 1988).

Tampoco puede entenderse que, como alega el recurrente, la norma del artículo 515 del Código Civil haya quedado derogada por lo establecido en el artículo 10.5.a), párrafo tercero, del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que se refiere al «usufructo constituido a favor de una persona jurídica si se estableciera por plazo superior a treinta años o por tiempo indeterminado (…)». Esta norma tributaria es apli-

cable en aquellos supuestos en que la norma sustantiva permita la constitución de usufructo en favor de una persona jurídica por ese plazo superior a treinta años, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 561-3, párrafo 4, del Código Civil de Cataluña.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Utrera, número 2.

USUFRUCTO: EN FAVOR DE PERSONAS JURÍDICAS.

La norma que limita el usufructo en favor de una persona jurídica a 30 años es imperativa.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, conforme al artículo 515 del Código Civil no puede constituirse el usufructo a favor de una sociedad por más de treinta años. La calificación debe ser confirmada. Con la finalidad de impedir las vinculaciones por el desdoblamiento de las facultades dominicales, el citado precepto legal prohíbe que se constituya el usufructo a favor de una persona jurídica por más de treinta años. Es una norma imperativa que, junto con las propias previsiones negociales define el contenido y el alcance del derecho constituido (cfr., la resolución de este Centro Directivo de 9 de diciembre de 2003 y sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1968 y 15 de abril de 1988).

Tampoco puede entenderse que, como alega el recurrente, la norma del artículo 515 del Código Civil haya quedado derogada por lo establecido en el artículo 10.5.a), párrafo tercero, del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que se refiere al «usufructo constituido a favor de una persona jurídica si se estableciera por plazo superior a treinta años o por tiempo indeterminado (…)». Esta norma tributaria es aplicable en aquellos supuestos en que la norma sustantiva permita la constitución de usufructo en favor de una persona jurídica por ese plazo superior a treinta años, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 561-3, párrafo 4, del Código Civil de Cataluña.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1

HERENCIA: TRANSMISIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO «IN ABSTRACTO».

La trasmisión del derecho hereditario *in abstracto*, tanto referido a lo globalidad del patrimonio hereditario, como a un bien concreto, es susceptible de constatación registral por medio de anotación preventiva.

Si no se hubiera practicado la partición, concurriendo varios herederos, los herederos no tienen un derecho concreto en bienes determinados, sino que ostentan lo que se denomina derecho hereditario *in abstracto*. Es perfectamente posible el embargo del derecho hereditario, su anotación, adjudicación, gravamen y transmisión (cfr. arts. 1067 CC, 46 LH y 166.1.a2.o RH) (…), pero la posición

jurídica de quien adquiere una cuota indivisa de una finca es diferente a la de quien adquiere un derecho hereditario, pues en este último caso, si bien el cesionario no adquiere cualidades personalísimas del heredero, sí adquiere su contenido patrimonial, activo y pasivo, referido al patrimonio hereditario en su globalidad y no a bienes concretos. Desde el punto de vista registral desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, el derecho hereditario «in abstracto» en ningún caso es objeto de inscripción, sino únicamente de anotación preventiva.

Abordando ya el primer defecto señalado en la nota de calificación, relativo a que el comprador de derechos hereditarios no está legitimado para solicitar por instancia su anotación registral, dicho defecto ha de ser revocado, pues con la venta y transmisión del derecho hereditario del heredero al comprador, formalizada en escritura pública, se transmite también, de modo inherente a ello, la legitimación para solicitar su constancia registral en la misma forma (esto es, por anotación preventiva) y por la misma vía (esto es, bastando solicitud acompañada de los documentos del art. 16 LH), sin que sea preciso obtener providencia judicial que así lo ordene. Así resulta también, con carácter general, de lo dispuesto en el artículo 6.

También ha de ser revocado el segundo defecto relativo a la imposibilidad de transmitir el derecho hereditario hasta que previamente se liquide la sociedad de gananciales. Es cierto que hasta la liquidación de la sociedad de gananciales no se podrá saber si la finca se adjudica en todo o en determinada cuota indivisa, a la herencia del causante generador de los derechos hereditarios que se pretenden transmitir, o incluso si no hay adjudicación de derecho alguno sobre dicha concreta finca a la citada herencia. Del mismo modo que hasta que no se efectúe la partición de la herencia, no se podrá saber qué bienes concretos o cuotas indivisas (o quizá ninguno) pasan finalmente a integrar y concretar el que hasta entonces era un mero derecho hereditario en abstracto de cada heredero. Por tanto, esa relativa indeterminación temporal concurre en ambos supuestos, que presentan indudable analogía entre sí.

La transmisión del derecho abstracto a la previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante y del subsiguiente derecho hereditario relativo a la herencia de dicho causante, no están referidos a la totalidad de esos dos patrimonios (el patrimonio ganancial y el patrimonio o caudal hereditario), sino solo a los derechos abstractos en una concreta finca, la registral 65 448, integrante de ese patrimonio ganancial, y potencialmente integrante, en todo, en parte, o en nada, del patrimonio o caudal hereditario del esposo fallecido. El transmitente, conforme al principio general del derecho de «*qui potest plus, potest minus*» (es decir, que quien puede lo más, puede lo menos) puede decidir transmitir su derecho hereditario abstracto relativo a la totalidad, o a parte de un patrimonio, o incluso relativo a un bien concreto integrado en ese patrimonio. Por su parte, el adquirente de tal derecho abstracto sabe que su eventual concreción depende de un hecho futuro e incierto como es el del modo en el que se lleve a cabo la eventual liquidación y partición de la herencia. Por tanto, el negocio jurídico por el que un heredero transmite su derecho hereditario abstracto es, de no concurrir otros motivos, en principio válido.

En segundo lugar, procede analizar si nuestro derecho registral permite la constancia registral de cualquiera de esos dos tipos de transmisiones que estamos analizando y comparando. Para la primera de ellas, la transmisión del derecho hereditario abstracto relativo a la totalidad de un patrimonio (en este caso, el patrimonio o caudal relicto de una herencia), no cabe duda de la respuesta afirmativa, conforme al número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, y demás

preceptos concordantes referidos más arriba. Y todas esas razones y utilidades por las cuales nuestro ordenamiento registral ha decidido permitir la constancia registral por anotación preventiva del derecho hereditario en abstracto y de su transmisión o gravamen, concurren, y en igual grado de efectividad e importancia, tanto si el objeto del negocio jurídico celebrado es transmitir el derecho hereditario abstracto sobre la totalidad de un patrimonio pendiente de liquidación, partición y adjudicación entre los distintos interesados, como si se transmite el derecho hereditario abstracto sobre un solo bien integrante de dicho patrimonio. Desde el punto de vista estrictamente registral, resulta que, registralmente, no hay diferencia alguna entre la anotación preventiva de transmisión del derecho hereditario practicada en el folio de una finca concreta, ya sea por ser tal finca uno más de los bienes incluidos dentro del caudal relicto al cual se refiere globalmente el negocio de transmisión del derecho hereditario en abstracto, ya sea por ser dicha finca la única a la que, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, se ha querido ceñir la transmisión de dicho derecho abstracto.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de San Clemente

VÍAS PECUARIAS: DESLINDE.

No puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. En el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la

que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en las resoluciones de esta Dirección General de 19 de julio de 2018 y 12 de marzo de 2020, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. En este punto no podemos olvidar la presunción derivada del principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La Administración es titular de facultades recuperatorias que vienen limitadas al ámbito estrictamente posesorio, quedando por ello excluida de las mismas toda cuestión que implique definición de derechos dominicales por venir estas reservadas en exclusiva a la jurisdicción civil.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con el Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes. Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de San Clemente

VÍAS PECUARIAS: DESLINDE.

No puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. En el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en las resoluciones de esta Dirección General de 19 de julio de 2018 y 12 de marzo de 2020, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. En este punto no podemos olvidar la presunción derivada del principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La Administración es titular de facultades recuperatorias que vienen limitadas al ámbito estrictamente posesorio, quedando por ello excluida de las mismas toda cuestión que implique definición de derechos dominicales por venir estas reservadas en exclusiva a la jurisdicción civil.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con el Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde

administrativo realizado por los trámites correspondientes. Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 21-10-2022
BOE 15-11-2022
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS EN UN CASO DE PERMUTA.

No pueden equipararse los efectos que produce la resolución en un caso de permuta con los de la venta con precio aplazado.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. También ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal *(vid.,* por todas, resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016, 17 de febrero de 2017, 23 de mayo de 2018, 15 de octubre de 2019 y 9 de mayo de 2022), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y que han sido aportados al interponer el recurso). El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de otra idéntica o similar (art. 18 LH).

Tratándose de condiciones resolutorias, su incumplimiento purifica el contrato de modo que producirá sus efectos mientras que, si se cumple, el contrato se resuelve produciendo los efectos previstos en el artículo 1123 del Código Civil. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que en tal supuesto, y fuera del caso de que la resolución haya sido reconocida por resolución judicial firme, la práctica de dichos asientos se caracteriza por los rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, de modo que deben rechazarse si no concurren los requisitos que para ello exige la ley *(vid.,* entre otras muchas, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de diciembre de 2021): aportación del título del vendedor, acreditación del requerimiento de resolución sin oposición (art. 59 RH), y acreditación de haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª RH). Esta Dirección General ha afirmado de modo reiterado que la reinscripción a favor del vendedor exige en todo caso la consignación de las cantidades por aquel percibidas y no solo en el supuesto de existencia de titulares de cargas posteriores, como consecuencia de los efectos *ex tunc* que en relación a la restitución de prestaciones determina el artículo 1123 del Código Civil (como excepción *vid.* resolución de 29 de agosto de 2019).

En el supuesto que da lugar a la presente, tratándose de una permuta, se aplican las reglas anteriores (1541 CC), aun cuando no ha existido un pacto expreso de *lex commisoria* pero sí de resolución en caso de incumplimiento de la

condición, lo que efectivamente ha ocurrido como declara la resolución judicial de la Audiencia Provincial confirmada por el Tribunal Supremo. Piénsese que la posición jurídica de la actora en el recurso civil, la sociedad Grupo P.R.A., SA, no es equivalente al del vendedor con garantía de condición resolutoria sobre el precio aplazado. Como se ha expuesto, en este último supuesto el transmitente vendedor debe restituir el precio recibido al tiempo de la resolución mientras que en el supuesto de hecho la sociedad actora no recibió dinero alguno, sino que su obligación de restitución se agota en la devolución de las dos fincas que recibió como consecuencia del contrato de permuta. En definitiva, ni la posición jurídica de la sociedad que actuó como actora y ahora recurrente es equivalente a la del vendedor con garantía de condición resolutoria sobre el precio aplazado (cuya obligación de restituir se agota en las dos fincas que recibió), ni los titulares de cargas posteriores de la finca 2283 del Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María número 2 ostentan un derecho de subrogación sobre la cantidad en su día entregada que pueda impedir la reinscripción a favor de aquella.

Resolución de 24-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 2

HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

En la partición de herencia es necesario la intervención de los legitimarios no herederos, si se trata de un sistema de legítima es «*pars hereditatis*», «*pars bonorum*» o «*pars valoris bonorum*».

Ciertamente, 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 legitima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios. Como afirmó esta Dirección General en resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es «*pars hereditatis*», «*pars bonorum*» o «*pars valoris bonorum*», el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaría y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor.

En el presente supuesto, hay que distinguir las sucesiones que se causan en el mismo. En la sucesión del esposo, primer causante, están llamadas, la viuda como heredera, y la madre del causante como legitimaria; intervienen, por tanto, el hermano heredero de la viuda y los interesados en la sucesión de la madre del causante, entre las que se encuentran las dos legitimarias, hijas de esta, hermanas del primer causante. En la sucesión de la madre del primer causante —que accede a la sucesión de su hijo como legitimaria—, son llamados sus nietos, unos como

herederos y otro como legatarios, que intervienen todos en la escritura. Pero también son llamadas las dos hijas de la madre como legatarias de su legítima estricta. En la sucesión de la viuda interviene el hermano heredero único y no hay legitimarios, por lo que nada se señala en la calificación. Así, la discrepancia que motiva el recurso versa sobre si la intervención de las hijas legatarias de legítima estricta de la madre legitimaria del causante deben intervenir en la herencia de su hermano y como consecuencia en la herencia de la viuda de este, o por el contrario no es necesaria tal intervención.

Resolución de 24-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

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.

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 aun 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.

Resolución de 24-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Alhama de Granada.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

No cabe anotar un embargo de la mitad indivisa de una finca ganancial estando la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada demandando solo al cónyuge deudor.

Esta Dirección General, en las resoluciones citadas en los precedentes «Vistos», se ha referido a supuestos como el que ahora nos ocupa, indicando en tales casos que «lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos». No corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que integran la sociedad de gananciales y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

En cuanto a la posibilidad de embargar bienes de la sociedad ganancial en liquidación, se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis dife-

rentes, que también han sido objeto de estudio en numerosas resoluciones. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 CC), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6.º y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, «*in fine*», RH). Y, en tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1, «*in fine*», del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis.

Lo que no cabe nunca es el embargo de la mitad indivisa del bien que se dice pertenecer al cónyuge deudor, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente.

Resolución de 24-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Málaga, número 4.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se recuerda la doctrina sobre la demanda frente a la herencia yacente, a partir de la STS de 9 de septiembre de 2021.

En los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador (sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso); sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso para su nueva calificación por el registrador.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, y se ha hecho constar anteriormente, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años es que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y

siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. Advierte el Tribunal que, como ya había sostenido en su sentencia de 3 de marzo de 2011, si existiera algún indicio de la existencia de cualquier heredero, previa averiguación de su identidad y domicilio, habría de darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A partir de esa premisa concluye la citada sentencia: «Con carácter general, cuando se demande a los ignorados herederos de una persona que ha fallecido sin otorgar testamento y no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurran indicios de su existencia, el juzgado debería notificar la pendencia del proceso al Estado o a la comunidad autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, en aplicación de lo prescrito en el citado artículo 150.2 LEC.

A la vista de la señalada sentencia este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: a) que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. b) que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la comunidad autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 25-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Toledo, número 2.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO.

En una escritura de partición de herencia en la que alguno de los herederos lo son por derecho de transmisión, es preciso aportar el título sucesorio que acredita que estos tienen tal condición.

En el presente supuesto, aun cuando se expresan las normas aplicables de las que resultan los plazos para la impugnación, no consta la expresión del número de los días hábiles en los que ha de procederse a la presentación del recurso. No obstante, conviene tener en cuenta que se ha presentado el recurso en plazo, no se ha creado indefensión, y cabe la tramitación del expediente ya que se expresa suficientemente la razón que justifica la calificación negativa, así como la norma aplicable a los recursos y medios de impugnación de la que resultan los plazos para su ejercicio, de modo que el interesado ha podido alegar en plazo cuanto le ha convenido para su defensa, como sucede a la vista del contenido del escrito del recurso. Conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cual-

quier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La necesaria claridad de los documentos inscribibles y la exigencia de contener todas las circunstancias que la Ley y el Reglamento Hipotecario prescriben para los asientos hace imprescindible que el pronunciamiento judicial esté suficientemente determinado. En el concreto supuesto hay que distinguir, por una parte, las incongruencias señaladas, que son consecuencia de una discrepancia entre el relato de los antecedentes de hecho del auto de declaración de herederos del juzgado y la parte dispositiva del mismo, habiéndose aclarado en el cuaderno particional que, en el primer caso, fue un error mecanográfico el que obvió a la heredera doña M. L. T. R., que no obstante fue considerada como tal en la partición y se han verificado adjudicaciones a su favor; en el segundo caso, la partición se ha hecho considerando a seis sobrinos hijos de doña H. L. R. H., señalados en la parte dispositiva, aun cuando en la parte expositiva mencionaban solo cinco. Pues bien, respecto de estas discrepancias, en el cuaderno particional se aclaran y subsanan las mismas, ha sido aprobado judicialmente y, en consecuencia, se ha de revocar este defecto señalado.

Como puso de relieve este Centro Directivo en la resolución de 12 de noviembre de 2011, la diferencia entre el testamento o el contrato sucesorio y la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, es sustancial. En estas últimas lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro. Desde esta perspectiva, la calificación del título sucesorio, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral.

En la escritura de protocolización de operaciones particionales cuya calificación motiva el presente recurso, la segunda parte del primer defecto señala que no se acompañan al título presentado los documentos necesarios para determinar quiénes han de concurrir a la sucesión deferida por *ius transmissionis* de algunos de los sobrinos llamados como herederos. Ciertamente, en la escritura de protocolización de operaciones particionales, con los documentos aportados o acreditados, no se determina suficientemente quienes han de concurrir a esas sucesiones deferidas por el *ius transmissionis* a favor de los herederos de los sobrinos fallecidos y herederos a su vez en la herencia del primer causante.

El segundo de los defectos señala que no constan las circunstancias identificativas de los adjudicatarios, no solo de los indeterminados, sino de todos. El artículo 51.9.ª a) del Reglamento Hipotecario es expresivo suficientemente de lo exigido en la calificación: «Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad (…)». En consecuencia, no puede más que confirmarse el defecto señalado.

La inscripción parcial de un documento tiene como presupuesto que el pacto o estipulación rechazados no afecten a la esencialidad del negocio. En el caso de este expediente, se ha solicitado expresamente la inscripción parcial y con ella no se afecta a la esencialidad de algunas de las adjudicaciones indivisas. En

consecuencia, procede la inscripción parcial del título respecto de los herederos debidamente determinados y acreditado su título sucesorio.

Resolución de 25-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Nules, 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.

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 aun 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.

Resolución de 25-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Benalmádena, 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.

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 aun 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.

Resolución de 25-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: LIMITACIONES A LAS ADQUISICIONES POR CIUDADANOS NO COMUNITARIOS.

La autorización militar previa solo se exceptúa para los no comunitarios en los casos de inmuebles sitos en suelo urbanizado, lo cual habrá que acreditar.

En la Orden de servicio comunicada de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, se dictan instrucciones para la racionalización de la autorización para adquisición de inmuebles por extranjeros no comunitarios, y se excluye de la necesidad de autorización militar en todos los supuestos del artículo 21, números 3 y 4, 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; esto es, en los que el suelo se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado.

No obstante, lo cierto es que no se ha acreditado que el terreno cumpla con tales requisitos. Cuando se trata de terrenos procedentes de instrumentos de or-

denación urbanística, reflejados en el Registro, la acreditación va implícita. Pero ello no ocurre en el supuesto de hecho de este expediente. Como reconoce la propia recurrente, la innecesaridad de la autorización militar, para la adquisición de terrenos por ciudadanos no comunitarios, no se extiende a los terrenos rústicos o no urbanizables. Y ello, aunque cuente con alguna edificación aislada. Pero ello no implica necesariamente que la legislación urbanística les atribuya legalmente la condición de suelo urbanizado en los términos a que se refiere el artículo 21, números 3 y 4 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. Para ello será preciso acompañar la correspondiente calificación urbanística de la finca expedida por la Administración pública competente que lo acredite. Tampoco el hecho de que en el Registro se describa como urbana, es un elemento definitivo, pues no es la descripción registral la acreditativa de tal condición, salvo que se hubiera incorporado certificado de la calificación urbanística de la finca [cfr. art. 9.a) LH].

Resolución de 25-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de O Barco de Valdeorras.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS SEGÚN SU ORDEN DE PRESENTACIÓN.

Estando vigente un asiento de presentación se suspende la calificación de los títulos contradictorios presentados con posterioridad.

Estando vigentes asientos de presentación anteriores, lo procedente es aplazar o suspender la calificación del documento presentado posteriormente mientras no se despachen los títulos previamente presentados, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2 del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, esta suspensión afecta a títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores, y así resulta del artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto de este expediente, parece claro que nos encontramos ante títulos contradictorios o incompatibles entre sí, relativos a las mismas fincas, por lo que no es posible inscribir el presentado en tercer lugar hasta que no caduque la vigencia de los asientos de presentación practicados con anterioridad. Por lo que no solo no procede inscribir dicho título presentado después, sino que ni siquiera procede todavía calificarlo en cuanto al fondo, a la vista del artículo 18 de la Ley Hipotecaria antes citado.

Resolución de 26-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Benissa.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN ALEMÁN RESIDENTE EN ESPAÑA.

Aunque según nuestra legislación no es obligatorio aportar el certificado de últimas voluntades diferente del español, según las circunstancias del caso pudiera ser adecuado exigirlo.

Se dan las siguientes circunstancias: la causante otorgó su ultimo testamento en España el día 7 de julio de 2020, inmediatamente después de unos meses de pandemia y consiguiente limitación de movimientos (previamente había otorgado tres más en nuestro país) y falleció el día 7 de agosto de 2021. En su testamento hizo «*professio iuris*» en favor de su ley nacional, la alemana, constando el instrumento en ambas lenguas y en presencia de traductor; manifestó que carecía de descendientes y que se encontraba casada en únicas nupcias con don S. B, manifestación que se repite en la escritura de adjudicación de herencia. Instituye heredero universal a un tercero, que queda, por la cláusula tercera de su testamento, facultado para pagar en metálico los derechos legitimarios, caso de ser reclamados por los herederos forzosos. Se otorga en España, con base en ese testamento escritura de adjudicación de herencia. En ella no se hace referencia al eventual pago de legitimas en metálico según la ley personal de la causante.

Tras la publicación del Reglamento, como observan tanto la registradora como el notario recurrente, este Centro Directivo ha ido matizando la necesidad de aportación complementaria de certificado del Registro de actos de última voluntad distinto del español o su innecesaridad —por inexistencia de Registro testamentario o por su no obligatoriedad—. Ahora bien, dada la posibilidad de elegir en disposición «*mortis causa*» la ley de la nacionalidad o una de las nacionalidades del causante, se plantean ahora las consecuencias de la «*professio iuris*» respecto del título sucesorio.

En España, en implementación del Reglamento (EU) núm. 650/2012 (disposición final primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil,) se dio nueva redacción al artículo 14 de la Ley Hipotecaria para dar carta de naturaleza al certificado sucesorio europeo, pero sin modificar, en ningún momento, las normas reglamentarias: artículos 76 y 78 del Reglamento Hipotecario. Por lo tanto, no existe en la normativa interna una exigencia de aportar certificado distinto al español, ni interpretación extensiva no prevista en el texto reglamentario. No obstante lo anterior, con base en el principio de seguridad jurídica y de responsabilidad de las autoridades sucesorias, la exigencia de su incorporación a la escritura de adjudicación de herencia puede ser analizada en algunos casos, de suerte que, limitadamente, sea precisa su obtención cuando sea evidente que, vistas las concretas circunstancias concurrentes, deba solicitarse además del Registro de actos de última voluntad español el del país de la nacionalidad del causante extranjero; algo que no ocurre en el concreto caso ahora analizado, con las circunstancias antes reseñadas, en especial el hecho de que, aun siendo aplicable la ley alemana, la causante tuviera residencia en España.

Resolución de 28-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Benissa.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: LIMITACIONES DERIVADAS DE LA NORMATIVA DE CARRETERAS.

Las limitaciones legales derivadas de la legislación de carreteras han de ser tenidas en cuenta por el registrador al inscribir una obra nueva por antigüedad, aunque no consten inscritas.

El presente expediente tiene por objeto analizar la procedencia de inscribir la ampliación de una edificación ya existente, que se declara por antigüedad, cuando la finca linda con una carretera autonómica valenciana (aproximadamente 8 metros según la registradora) y puede encontrarse afectada por la servidumbre legal de protección, pero se aporta un informe favorable del órgano titular de la carretera.

Cuando el artículo 28.4 del texto refundido, impone al registrador, como operación previa a la inscripción de la obra nueva de edificación antigua, que compruebe que el suelo sobre el que se asienta la edificación no está afectado por una servidumbre de uso público general, no puede interpretarse en el sentido de que verifique que dicha servidumbre no conste en los asientos del Registro, pues dicha constancia no está contemplada de forma expresa ni con carácter general y obligatorio, y tampoco que tal afectación no resulte del título, pues una norma que tiene un marcado carácter de control preventivo no puede descansar en su efectividad práctica exclusivamente en la cooperación activa del propio destinatario de la norma como interesado en la inscripción.

Por todo ello, la declaración de la concreta situación administrativa de la edificación conforme a ese estatuto particular derivado de su colindancia con la carretera requerirá la oportuna resolución administrativa del órgano que tenga atribuida la competencia sobre la misma, pues solo así podrá cumplirse el requisito impuesto por el artículo 28.4 de la Ley de Suelo, esto es, no afectar a servidumbre de uso público general. En el presente caso, se aporta informe de la Diputación Provincial de Alicante, como órgano titular de la carretera. A la vista de ese pronunciamiento puede considerarse cumplido el requisito impuesto por el artículo 28.4 de la Ley de Suelo, en cuanto a la necesaria intervención administrativa favorable del órgano competente sobre la carretera.

Resolución de 28-10-2022
BOE 23-11-2022
Registro de la Propiedad de Pedreguer.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede la denegación de la inscripción de la base gráfica si el registrador aprecia la existencia de dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Procede recordar la doctrina reiterada de este Centro Directivo, expresada en resoluciones como las de 5 de octubre de 2021 y 8 de junio de 2022, entre otras, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender la inscripción. Y es que, el expediente del artículo 199 se ubica dentro del título VI de la Ley Hipotecaria, que lleva por rúbrica «de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica», por tanto, el presupuesto objetivo del mismo es la existencia de una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

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 tubularmente 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 en 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.

La registradora aplica correctamente la doctrina de este Centro Directivo sobre la inscripción de las representaciones gráficas georreferenciadas, y es ajustada a Derecho su nota de calificación.

Resolución de 28-10-2022
BOE 29-11-2022
Registro de la Propiedad de Alcira.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO DE ESPECIAL PROTECCIÓN.

No puede practicarse la inscripción de una obra nueva por antigüedad si consta al registrador que se halla ubicada en suelo de especial protección en el que se aplica el régimen de imprescriptibilidad.

La Dirección General se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto al régimen de inscripción de las obras nuevas por antigüedad declaradas en fincas ubicadas en suelo clasificado como rural de especial protección, siendo doctrina reiterada aquella por la cual, si el registrador llega a la conclusión, debidamente fundamentada, de que la edificación se ha realizado sobre terreno calificado con régimen especial (sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, suelo no urbanizable especial…) no cabrá la consolidación de la obra por antigüedad. Sin embargo, como declaró la resolución de 18 de octubre de 2018 esta doctrina no es aplicable al caso de que la finca esté sujeta a algún tipo de régimen especial que declare el régimen de imprescriptibilidad de la infracción urbanística, si la obra se terminó antes de la vigencia del régimen de imprescriptibilidad.

De modo que, a la vista de la reciente jurisprudencia debe confirmarse la calificación de la registradora, salvo que resulte acreditado por certificación del Ayuntamiento, como órgano competente en materia de disciplina urbanística, que la obra se encuentra consolidada y no sujeta a acción de restablecimiento de legalidad.

Resolución de 4-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Nules, número 2.

PODERES PREVENTIVOS: RESEÑA DEL PODER.

En el caso de los poderes preventivos no solo hay que hacer la reseña del poder en sí, sino también de los documentos que justifican su aplicabilidad como medida de apoyo a la discapacidad.

Los denominados poderes preventivos se han conceptuado como negocios jurídicos de apoderamiento que responden a la voluntad de una persona (poderdante o mandante) que, en previsión de una futura situación de pérdida —más o menos acusada— de su capacidad, dispone facultar a otra u otras personas para actuar válidamente en su nombre en distintos ámbitos.

En el nuevo régimen legal resultante de la reforma operada por la Ley 8/2021, los poderes y mandatos preventivos se configuran como categoría particular de las medidas voluntarias de apoyo a las personas con discapacidad, diferenciando entre las dos modalidades de poderes preventivos que se venían utilizando en la práctica: los poderes en los que el poderdante incluye una cláusula de subsistencia del poder si en el futuro precisara apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder prorrogado), así como los poderes otorgados por una persona solo para el supuesto de que en el futuro precisare apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder de protección). En relación con esta segunda modalidad de poderes preventivos (los que doctrinalmente se han considerado más propiamente como tales poderes preventivos), para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, con posibilidad de que el cumplimiento de estas se garantice mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial al respecto.

Respecto de la fundamentación de la calificación impugnada, debe tenerse en cuenta el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En el presente caso el notario autorizante de la escritura de aceptación y partición de herencia ha reseñado el documento auténtico del que nacen las facultades representativas. No obstante, al tratarse de un poder preventivo —si bien otorgado con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021— debe tenerse en cuenta que, como antes se ha apuntado, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, como establece el artículo 257 del Código Civil respecto del poder otorgado solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, según el cual «para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido». En todo caso, para la realización de ese control, será necesaria la exhibición de un certificado médico (de fecha próxima al negocio jurídico en el que se va utilizar dicho poder preventivo), o el uso de cualquier otro medio admitido en derecho que permita al notario concluir que el poderdante ha devenido en una situación de necesidad de apoyo, o de que se cumplen las previsiones del poderdante con respeto a su voluntad expresada.

En el presente caso, al añadir el notario que junto con copia autorizada de la escritura de poder se le exhibe un «certificado médico» sobre la poderdante, sin reseñar fecha, autor ni objeto, y al haberse incorporado a la escritura, un documento administrativo fechado en 1990 y titulado «calificación de minusva-

lía», debe concluirse que faltan en la escritura calificada la claridad y precisión exigibles para que no haya lugar a dudas sobre el hecho de que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas, y para que la registradora pueda apreciar que el título autorizado contiene los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

Resolución de 7-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Benissa.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

En aplicación del artículo 80 del RD 1093/1997 el registrador ha de denegar la inscripción de una segregación cunado ha recibido resolución que declara la nulidad del acto divisorio emitida por el órgano de la comunidad autónoma competente.

Como ha reiterado este Centro Directivo —*vid*. resoluciones citadas en «Vistos»—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que, como ocurre en el presente caso, 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.

Habiéndose remitido al registrador resolución declarativa de la improcedencia de la segregación, por vulneración de la normativa agraria, dictada por el órgano autonómico competente, en el cauce procedimental del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no cabe sino denegar la inscripción solicitada, sin perjuicio de que el interesado pueda obtener un pronunciamiento diferente de la Administración sobre la procedencia de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, mediante la presentación de alegaciones o pruebas complementarias en el seno del procedimiento administrativo iniciado por la comunicación registral, o mediante los recursos pertinentes. La nulidad inicialmente declarada por la Administración competente no puede considerarse obstativa de una nueva resolución de signo diferente.

Tienen razón las recurrentes al considerar que la documentación aportada con posterioridad, un informe técnico municipal en el que se observan deficiencias a subsanar para conceder la licencia de obras presenta la suficiente entidad para poder justificar el inicio de un nuevo procedimiento conforme al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 y remitirla al órgano competente para apreciar las excepciones. Por lo que formalizándose una segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo y no habiendo obtenido pronunciamiento favorable de la Administración agraria no puede procederse a la inscripción como sostiene la registradora, por lo que solo en este sentido se confirma su calificación.

Resolución de 7-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para rectificar el Registro por existir un error en alguno de los títulos ya inscritos es necesario rectificar dichos títulos con los requisitos que establece el artículo 153 del RN.

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 la registradora ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en resoluciones de este Centro Directivo, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

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». Así pues, 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.

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).

Si, como se expresa en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se produjo un error en los títulos anteriores al reflejar en cada uno de ellos unas fincas que no eran las que se vendían, y más aún, haciéndose una subsanación del segundo de ellos que ha hecho que accediera al Registro una finca que no era la correcta, se trata de un defecto o error en dichos títulos a los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, el cual, como expresó la resolución de este Centro Directivo de 13 de septiembre de 2005 «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial».

Por otra parte, la rectificación de escrituras debe cumplir un procedimiento regulado en el artículo 153 del Reglamento Notarial. Toda rectificación de una escritura pública debe ser realizada con el consentimiento de todos los otorgantes o de sus causahabientes, pudiéndose realizar mediante el otorgamiento de nueva escritura ante cualquier notario o por diligencia ante el mismo notario autorizante —si este la autoriza— o su sucesor o sustituto en el protocolo. En el presente supuesto se trata de un error en los títulos inscritos, que para su subsanación por la sola voluntad de los interesados requiere la previa rectificación de dichos

títulos, debiendo acudir a las normas del Reglamento Notarial citadas, que exigen el consentimiento de todos los otorgantes.

Resolución de 7-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Cuenca.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Los expedientes judiciales de dominio se seguirán sometiendo a la legislación anterior, salvo en cuestiones como la exigibilidad de licencia o la necesidad de georreferenciación de fincas en casos de segregación o agrupación llevada a cabo en el propi expediente, materias que se someten a las normas vigentes en el momento de presentar el documento a inscripción.

Antes de analizar los defectos planteados por el registrador, en primer lugar, debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio (el 1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior.

El primer defecto que opone el registrador debe ser confirmado. Ciertamente el documento no describe las circunstancias mínimas para realizar las operaciones registrales que resultan necesarias para la inscripción de la finca cuyo dominio se declara justificado, en particular, la segregación respecto a las fincas registrales 408 y 409 del Libro de Arcas y posterior agrupación de las respectivas superficies segregadas para su inscripción como finca independiente. La necesidad de claridad suficiente de los documentos inscribibles y la exigencia de contener todas las circunstancias que la Ley y el Reglamento prescriben para los asientos hace imprescindible que el pronunciamiento judicial esté suficientemente determinado.

Del mismo modo debe confirmarse el defecto relativo a la necesidad de aportar la representación gráfica de la finca agrupada. Cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las modificaciones de entidades hipotecarias (*vid*. resoluciones de 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

Misma suerte debe seguir el defecto relativo a la necesidad de acreditar la oportuna licencia de segregación o declaración municipal de innecesaridad.

Respecto al último defecto opuesto por el registrador, ser la inscripción solicitada de cancelación de menos de treinta años de antigüedad y no constar declarado en el auto el cumplimiento de lo exigido por el artículo 202, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, también debe ser confirmado.

Resolución de 7-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

La rebaja de la mayoría necesaria para adoptar acuerdos respecto de las restricciones en materia de viviendas de alquiler turístico no es aplicable a otros supuestos como la hospedería o las residencias de estudiantes.

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, la argumentación en que se fundamenta la calificación expresa suficientemente la razón que justifica la negativa del registrador a la práctica de la inscripción, de modo que la interesada ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa.

Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es el de hospedería o viviendas turísticas en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística, o residencias de estudiantes, a los que se refiere la norma estatutaria debatida.

Resolución de 7-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

El principio de prioridad registral tiene plena aplicación en los procedimientos de incorporación de la base gráfica de una finca, de suerte que tendrá preferencia en la calificación y despacho la georreferenciación primeramente presentada, con independencia de que sea alternativa y la que se ha presentado en segundo lugar sea catastral.

El principio de prioridad es aquel en virtud del cual se determina la preferencia en el orden de despacho de dos o más títulos, que están presentados y pendientes de despacho y se refieren a un mismo inmueble, siendo preferente en el despacho el que se ha presentado con anterioridad, o cuando así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados por parte del registrador.

Y aunque, ciertamente, el principio en su vertiente literaria se refiere a una misma finca, tiene una vertiente geográfica, en virtud de la cual los títulos pueden referirse a fincas con georreferenciación contradictoria. Esa vertiente geográfica se extrae de lo dispuesto en la regla octava del artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria que hace suyo este principio, en sede del expediente de dominio al disponer: «Durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva, no podrá iniciarse otro procedimiento de inmatriculación que afecte de forma total o parcial a la finca objeto del mismo». La regla citada es también aplicable al expediente del artículo 201. Por ello, no hay razón para que no pueda aplicarse también al caso de vigencia simultánea de asientos de presentación referidos a expedientes del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, de contenido contradictorio entre ellos.

Como ya se declaró en la resolución de 31 de mayo de 2022, las alteraciones catastrales producidas como consecuencia de la resolución de los procedimientos de subsanación de discrepancias del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no pueden tener ninguna repercusión registral si no se incorporan esas alteraciones al asiento, por alguno de los medios previstos en el título sexto de la Ley Hipotecaria. El procedimiento de subsanación de discrepancias, que no produce efectos jurídicos porque no tiene trámite de calificación o control de legalidad, solo pretende subsanar la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria, para determinar la existencia de una capacidad económica distinta de la que es objeto de tributación. Y aunque los datos del Catastro se presumen ciertos, como dispone el artículo 3.3 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, ello se entiende sin perjuicio de los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad que prevalecerán en todo caso.

Y cuando dos georreferenciaciones, de origen alternativo y catastral, tienen asientos de presentación coetáneos y presentan realidades contradictorias, la aplicación de los principios hipotecarios, esencialmente el de prioridad registral, en su vertiente geográfica, determinan que la preferencia no viene marcada por el origen de la georreferenciación, sino por el momento de la presentación en el Registro, lo que obliga al registrador a despachar la primeramente presentada y, una vez terminada la vigencia del asiento de presentación previo en el tiempo, podrá despachar la presentada con posterioridad.

Resolución de 8-11-2022
BOE 2-12-2022
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: POSIBILIDAD DE DESLINDE PARCIAL EN LA TRAMITACIÓN. DE ESTE EXPEDIENTE.

En el procedimiento del artículo 199 es posible que los titulares de fincas colindantes lleguen a un acuerdo que concluya en un deslinde total o parcial, sin necesidad de acudir al expediente judicial o notarial.

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 en 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.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o en parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

En el presente caso, tras haberse efectuado por el registrador las notificaciones del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y constar oposición de los titulares de dos fincas registrales, el promotor del expediente, por una parte, formaliza un acta de deslinde consensuado con el titular de la primera finca, en documento privado, y con firmas autenticadas por el registrador, expresivo de las coordenadas del tal deslinde parcial; y por otra parte, otorga un «acta de consentimiento», también en documento privado, en la que el promotor, cuya firma autentica el registrador, presta su consentimiento a las coordenadas de la linde que (dice) manifestó en su oposición el titular de la segunda finca registral, a saber, «Tinerfeña de Obras Públicas, S.L.». Y dicho promotor, al amparo del propio artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que permite consensuar los deslindes ante el registrador sin necesidad de acudir al deslinde ante notario del artículo 200, expone al registrador que «con tales deslindes se da cumplimiento a lo previsto en el artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria, quedando solventada la oposición» y solicita «la reanudación de la tramitación (…) hasta la conclusión del expediente con la rectificación de la descripción literal de la finca».

Por ello, como tesis general y de concepto, el acuerdo ante el registrador, con firmas autenticadas por este, que además deberá asegurarse de la prestación del consentimiento por las partes de modo libre e informado, es uno de los medios

hábiles para formalizar un deslinde entre colindantes, resolviendo así la posible controversia previa entre ellos, como de manera específica prevé el artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria y de manera más genérica el artículo 103 bis sobre posibilidad de conciliación ante el registrador de cualquier controversia. Por ello, ha de ser revocado el defecto señalado en la nota de calificación recurrida según el cual no concurría procedimiento hábil para el deslinde y había que acudir necesariamente al deslinde judicial o ante notario.

Cuestión distinta sería si, como parece probable, pero no resulta de la nota de calificación, el asiento de presentación con el que se inició el procedimiento registral del artículo 199 (en concreto, el asiento 600 del Diario 81, de fecha 12 de agosto 2020, y que dio lugar a nota de calificación negativa de fecha 19 de julio de 2021) ya estuviera caducado y cancelado cuando se presenta la instancia con el deslinde y la conformidad, en cuyo caso ya no sería posible realizar más trámites ni actuaciones bajo la vigencia de un asiento que ya estuviera caducado, sino que la instancia ahora presentada acompañada del «acta de delinde» y del «acta de consentimiento» ya no podría ser tratada con un documento complementario del mismo asiento de presentación, ya caducado, sino que requeriría la práctica de un nuevo asiento de presentación.

Por último, queda por analizar el defecto relativo a la falta de consentimiento por parte de «Tinerfeña de Obras Públicas, S.L.», como titular registral de una finca que formuló oposición en la tramitación del procedimiento del artículo 199. Ciertamente, no consta que ningún representante de dicha entidad suscriba, y menos aún que el registrador autentique tal hipotética firma, el documento que aporta ahora el promotor. Pero es que, en este caso, el promotor, y ahora recurrente, lo único que dice pretender es rectificar su solicitud inicial de georreferenciación por la vía del artículo 199 para acomodarla, respetándola, a la oposición ya formulada por «Tinerfeña de Obras Públicas, S.L.».

A este respecto, y a pesar de su obviedad, debe señalarse que cualquier deslinde de fincas puede ser total o parcial, es decir, que como señala el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, con expresión plenamente aplicable al procedimiento del artículo 199, «si el deslinde solicitado no se refiere a la totalidad del perímetro de la finca, se determinará la parte a que haya de contraerse». Por tanto, por imperativo legal, tanto la aplicación gráfica registral homologada como el geoportal registral, y en su caso, también programa de gestión registral informatizada que interopera con aquellos, habrían de adaptarse en lo pertinente para no impedir, sino admitir y gestionar adecuadamente, lo que la ley expresamente permite, esto es, inscribir el deslinde o georreferenciación parcial de cualquier finca.

La mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. En cambio, cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración.

Resolución de 8-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 8.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DE LA TRASNMISIÓN DE HIPOTECA EN CASOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES SOCIETARIOS.

Por aplicación de principio de tracto sucesivo, es necesario que se inscriba la transmisión previa de la hipoteca objeto de novación como consecuencia de la fusión previa de la entidad bancaria originariamente titular. No obstante, aunque en la escritura de novación no se recojan adecuadamente los datos de esa fusión, no será preciso si los mismos datos resultaren del propio de Registro o del Registro Mercantil.

El plazo para interponer el recurso contra la calificación negativa, en caso de que alguno de los legitimados para ello opte por solicitar la calificación sustitutoria prevista en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, solo respecto de él y solo respecto de los concretos defectos de los que haya solicitado su revisión motivando su discrepancia, es el plazo de un mes del artículo 326 de la Ley Hipotecaria que se computa no desde la notificación de la calificación negativa inicial, sino desde la notificación de la calificación sustitutoria que haya confirmado tales defectos.

Por su parte, la cuestión de fondo planteada debe resolverse según la doctrina de este Centro Directivo a propósito de la constancia registral de los cambios de titularidad de derechos —principalmente de créditos y préstamos hipotecarios— producidos como consecuencia de modificaciones estructurales de entidades bancarias y financieras con aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Tratándose de sucesiones universales motivadas por operaciones de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles previamente inscritas en el Registro Mercantil, sus requisitos y operativa de inscripción en el Registro de la Propiedad presenta singularidades, especialmente en relación con el título formal inscribible y con la modalización del principio del tracto sucesivo. La trasmisión ya se ha producido en virtud de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Lo relevante es que el nuevo titular traslade al registrador de la propiedad la voluntad de que se practique la inscripción a su favor del concreto bien o derecho de que se trate; que acredite que se trata de un supuesto de sucesión universal, y que identifique de modo claro el título traslativo, con expresión de todas las circunstancias que para la inscripción se reseñan en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento.

Según las anteriores consideraciones, de acuerdo con las exigencias del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesario que la sucesión en la titularidad de la hipoteca se haga constar en el Registro, aunque sea por el mecanismo del tracto abreviado, pues solo de esta forma se produce la conexión entre el titular registral originario de la hipoteca y el nuevo titular, otorgante de la escritura cuya inscripción se pretende.

En la escritura de novación de préstamo hipotecario objeto de calificación, que origina el presente recurso no se menciona al «Banco Español de Crédito, S.A.», y menos aún los negocios jurídicos por los que sus titularidades pasan al «Banco Santander, S.A.»; pero la consulta del Registro Mercantil permite comprobar que hay sucesión universal, en la personalidad jurídica de «Banco Español

de Crédito, S.A.» a «Banco Santander, S.A.». Además, se trata de una sucesión universal que, por la importancia de ambas entidades y enorme implicación en la contratación de préstamos hipotecarios, consta también reflejada en numerosos asientos de todos los registros de la Propiedad. En conclusión, aunque sea conveniente, no es necesario que los particulares de una sucesión universal societaria consten relacionados en una escritura de novación o cancelación de hipoteca, a los efectos de cumplir con los requisitos del tracto sucesivo abreviado, sino que es suficiente con que dichas circunstancias consten en otras inscripciones del propio Registro de la Propiedad en el que ha de practicarse la cancelación o resulten de la consulta al Registro Mercantil.

Resolución de 8-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Guía de Isora.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento. Como tal la nota de calificación, debe reunir los requisitos que le son exigibles de conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio telemático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los Registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino

que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede https://sede.registradores.org, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

En el supuesto de este expediente es evidente que las solicitudes de notas simples en ningún caso son objeto de presentación, pues su finalidad es obtener la información que consta en el Registro de la Propiedad sobre una finca o inmueble, no la de producir operación registral alguna. En consecuencia, procede confirmar la nota de calificación. Ello no obstante, podrá obtenerse la información solicitada a través del procedimiento habilitado al efecto en la repetida sede https://sede.registradores.org.

Resolución de 8-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Arona.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento. Como tal la nota de calificación, debe reunir los requisitos que le son exigibles de conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio telemático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los Registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el

cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede https://sede.registradores.org, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

En el supuesto de este expediente es evidente que las solicitudes de notas simples en ningún caso son objeto de presentación, pues su finalidad es obtener la información que consta en el Registro de la Propiedad sobre una finca o inmueble, no la de producir operación registral alguna. En consecuencia, procede confirmar la nota de calificación. Ello no obstante, podrá obtenerse la información solicitada a través del procedimiento habilitado al efecto en la repetida sede https://sede.registradores.org.

Resolución de 8-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Guía de Isora.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento. Como tal la nota de calificación, debe reunir los requisitos que le son exigibles de conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio tele-

mático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los Registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede https://sede.registradores.org, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

En el supuesto de este expediente es evidente que las solicitudes de notas simples en ningún caso son objeto de presentación, pues su finalidad es obtener la información que consta en el Registro de la Propiedad sobre una finca o inmueble, no la de producir operación registral alguna. En consecuencia, procede confirmar la nota de calificación. Ello no obstante, podrá obtenerse la información solicitada a través del procedimiento habilitado al efecto en la repetida sede https://sede.registradores.org.

Resolución de 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Por aplicación del principio de tracto sucesivo, no es inscribible la partición de herencia si la finca no se halla inscrita a favor del causante.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales,

ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales.

En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. art. 208). Ciertamente, en caso de derecho de transmisión, la finca pasa directamente del primer causante al transmisario, pero una cosa es el título sucesorio de este —que es lo que se menciona en el cuaderno particional—, y otra la adjudicación de la herencia que se produce como consecuencia del mismo, y esto último es, lo que la registradora pide se acredite.

Resolución de 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Albarracín.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: INSCRIPCIÓN DE CAPITULACIONES EN EL REGISTRO CIVIL.

De acuerdo con el artículo 26 del RRC, para inscribir en el Registro de la Propiedad un bien sujeto a un régimen económico pactado en capitulaciones es necesario que estas consten antes inscritas en el Registro Civil.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, y dado el principio de independencia en su ejercicio, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Resolución de 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Practicado un asiento no cabe su rectificación sin el consentimiento de su titular o por resolución judicial firme.

Con carácter previo debe este Centro Directivo advertir que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). En consecuencia, la rectificación de los mismos 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.

En el supuesto de hecho del presente expediente, una vez que ha quedado inscrito el bien a nombre de la adquirente —de nacionalidad francesa en el momento de la adquisición— «con arreglo a la legislación de su país», que es de comunidad entre los cónyuges, esta titularidad común de la adquirente y su esposo no puede rectificarse sin consentimiento de este —o de sus herederos— o sin la oportuna resolución judicial, toda vez que no ha quedado probado documentalmente, en forma fehaciente, que el régimen económico-matrimonial vigente en el momento de la adquisición del bien fuera el legal supletorio de Cataluña, de separación de bienes.

Resolución 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Gérgal.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Carece de trascendencia la rectificación planteada respecto de la descripción de los linderos de la finca.

Con carácter previo, debe manifestarse que el objeto del recurso queda delimitado por los documentos presentados y en la calificación realizada por la registradora de la propiedad de Gérgal, sin que sean admitidos nuevos documentos, incluidos los aportados posteriormente al solicitarse la calificación sustitutoria.

De lo transcrito y reseñado más arriba se deduce claramente que lo solicitado por el interesado, que se cambie la expresión «derecha entrando» por la de «entrando a la derecha» resulta intrascendente registralmente, de modo que, como señaló la calificación sustitutoria «no se infiere la existencia de ningún tipo de error en la inscripción practicada, pues el lindero derecho de la finca sigue siendo exactamente el mismo, don J. R. T., por lo que no procede practicar la rectificación pretendida».

Resolución de 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Para que el registrador deniegue la inscripción de la representación gráfica de una finca por supuesta invasión del dominio público deberá expresar en la calificación los fundamentos claros de esas dudas.

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 en 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 cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por tal motivo, con carácter previo a la práctica de la inscripción, y conforme a lo previsto en distintas leyes especiales, como la de costas o de montes, el registrador ha de recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la inscripción pretendida no invade el dominio público.

En el presente caso, es cierto, como alega el recurrente, que el registrador se limita a decir que rechaza «la inscripción gráfica de dichas fincas por los motivos alegados por los colindantes mencionados», sin motivación adicional propia acerca de la posible convicción o al menos dudas fundadas que el registrador finalmente pueda tener sobre la posible invasión de dominio público, o de otras fincas inscritas, o sobre la falta de mantenimiento de la identidad de las fincas objeto del procedimiento. También es cierto que la supuesta oposición por parte del Ayuntamiento no está suscrita por persona ni cargo alguno con facultades para representar a dicha entidad, ni para certificar el acuerdo que hipotéticamente hubiera adoptado alguno de los órganos municipales con facultades decisorias. Por tanto, no existe acuerdo municipal de formular oposición a la pretensión de georreferenciación formulada por la promotora del expediente, sino tan solo unos informes que expresan el parecer de determinado técnico, y que somete tal parecer a la consideración y decisión final que adopte el Ayuntamiento. Decisión que no consta en modo alguno. Además, tales informes no son en absoluto concluyentes. También cuando la supuesta oposición de la Administración no es clara, o no es concluyente, como ocurre en el caso que nos ocupa, podría el registrador conceder plazo a quien la haya formulado para que la aclare o complete.

Resolución de 10-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

HIPOTECA: CERTIFICADO DE TASACIÓN.

No es admisible el certificado de tasación si la descripción recogida en el mismo está referida a las parcelas catastrales y entre ellas y las fincas registrales existen diferencias sustanciales que impiden apreciar su correspondencia.

La problemática del significado del certificado de tasación de las fincas hipotecas a efectos de inscripción de los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria ha sido ya abordada por esta Dirección General en las resoluciones

de 22 de enero y 24 de marzo de 2014 y 7 de octubre de 2015, entre otras, para destacar el carácter imperativo de los requisitos establecidos por los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, entre ellos la tasación ECO realizada por entidad homologada de la finca hipotecada con cumplimiento de su normativa específica, y la exigencia de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolle de acuerdo con los pronunciamientos registrales dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (arts. 1875 CC y 130 LH).

En el presente supuesto se plantea la cuestión de cuáles han sido las concretas discrepancias, entre la descripción de los inmuebles tasados y la de las fincas registrales gravadas, apreciadas por el tasador que afectan significativamente a su valoración; ya que si las mismas indujeron realmente a dudar sobre la identidad entre ambas fincas, el informe de tasación debió denegarse, y si no influyeron significativamente en la valoración, el tasador debió limitarse a realizar una advertencia genérica, sin condicionante presente o futuro.

Respecto de las cuatro fincas existen dudas razonables y motivadas respecto de la correspondencia entre las fincas registrales hipotecadas y las parcelas catastrales tasadas, en el primer caso por no encontrarse situada en el mismo lugar dado su paraje, en el segundo caso por la gran diferencia de superficie existente y no aparecer el camino de la parcela catastral en la descripción registral, y en los dos últimos supuestos por no aparecer en las descripciones registrales el lindero fijo —caminos— que sí aparece en las descripciones catastrales. Es razonable interpretar que por las dudas que se le plantean al tasador acerca de la correspondencia entre fincas y parcelas, añade que «se deberán vincular, previamente o durante la operación hipotecaria, las referencias catastrales de las parcelas —indicadas por el solicitante— que se corresponderían con las fincas, para que de esta manera queden perfectamente identificadas y delimitadas sin género de dudas. De no realizarse dicha vinculación catastral, esta advertencia pasará a ser condicionante».

Como señala el notario recurrente, no es necesario que las fincas registrales hipotecadas y tasadas estén coordinadas con el Catastro, por el contrario, basta y es suficiente con que tales fincas hipotecadas se correspondan con las que son objeto material de la tasación; de manera que un certificado catastral puede «corresponderse» con una finca registral, aunque esta no esté «coordinada» catastralmente. Correspondencia, sin embargo, es simplemente la constancia en el folio real de una finca de la referencia catastral de una parcela catastral, sin alteración de su descripción, y siempre que se cumplan los requisitos que la legislación hipotecaria y catastral exigen para ello, entre otros, el que no existan dudas fundadas acerca de la identidad coincidente de ambas realidades y que se cumplan los márgenes de tolerancia legales.

Resolución de 14-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Borja.

PUBLICIDAD FORMAL: INCLUSIÓN DEL DATO DEL PRECIO DE LA TRANSMISIÓN.

La interposición de una demanda de ejercicio de derecho de retracto sería motivo justificado para proporcionar la información relativa al precio. Sin em-

bargo, con carácter general, el mero anuncio de interposición de acciones no es suficiente.

Debe partirse de la doctrina consolidada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 14 de marzo de 2019, entre otras), conforme a la cual y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador, debiendo además respetarse la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral.

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.

La interposición de una demanda de ejercicio de derecho de retracto sería motivo justificado para proporcionar la información solicitada. Sin embargo, con carácter general, el mero anuncio de interposición de acciones no es suficiente.

Resolución de 14-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Manacor, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA POR LA SEDE ELECTRÓNICA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES.

Una nota simple no puede solicitarse a través de la sede electrónica del Colegio de Registradores usando el acceso propio de la presentación de documentos inscribibles. Tampoco es posible solicitarla por vía electrónica para luego recogerlas presencialmente en formato no electrónico.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del

documento. Como tal la nota de calificación, debe reunir los requisitos que le son exigibles de conformidad con el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria exige que los registradores dispondrán de los instrumentos necesarios para proporcionar información por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante y con el valor de nota simple informativa, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, del Libro de Inscripciones y del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. Ciertamente no impone como cauce único el Fichero Localizador de Entidades Inscritas, pero debe analizarse si cualquier medio telemático es hábil para operar con el Registro de la Propiedad al objeto de obtener publicidad registral.

El artículo 222.9 de la Ley Hipotecaria, antes citado y al que alude el recurrente, hace referencia a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, que en tanto no se produzca, la relación con los registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Mediante dicha sede electrónica, al igual que ocurre con las sedes electrónicas de las Administraciones públicas, se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios de los registradores que requieran tanto su identificación como, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. Pero ello no implica que pueda elegirse aleatoriamente cualquier procedimiento ni que quepa admitir cualquier tipo de documento, sino que deberá optarse dentro de la sede por el trámite o servicio concreto que se solicita y emplear el cauce y los documentos adecuados para cada uno de ellos. En la portada de la sede https://sede.registradores.org, aparece el acceso tanto a la presentación telemática de documentos privados, administrativos y judiciales, como a los servicios y prestaciones relativos al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al de Bienes Muebles y, dentro de cada uno de estos apartados, se relacionan a su vez los trámites disponibles entre los cuales se encuentran las solicitudes de publicidad registral tanto de notas simples como de certificaciones electrónicas. En el supuesto de este expediente, al parecer, las solicitudes de información registral se han presentado erróneamente a través del acceso a la presentación telemática.

Por último, debe analizarse la posibilidad de que las notas sean solicitadas telemáticamente y recogidas en soporte papel por el propio interesado o un tercero en su nombre, una mensajería en el caso de este expediente. Debe tenerse en cuenta el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Resulta que el interesado persona física deberá elegir la forma de relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos al inicio del procedimiento pudiendo optar por otro medio de relación a lo largo de este. Ahora bien, en este punto debe destacarse que el procedimiento registral es un procedimiento autónomo, de naturaleza especial, que se rige por la legislación hipotecaria. El carácter privado de los derechos inscribibles y el carácter público del Registro se concilian atribuyendo al procedimiento registral carácter rogado en su iniciación y automático en su tramitación, de forma que, los interesados pueden iniciarlo o no, pero una vez iniciado, no es preciso obtener el consenti-

miento del interesado para que se desarrollen sus distintas fases ni estas pueden variar por la voluntad de los interesados.

El artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria regula de forma autónoma el procedimiento de su solicitud, emisión y recepción, en la forma dispuesta en los apartados que han sido anteriormente relacionados y de los cuales resulta que, si se escoge la solicitud de publicidad registral de forma telemática, la tramitación se produce íntegramente por este medio, debiendo culminar en el plazo previsto, que, dada su brevedad, impide cualquier modificación en una fase posterior del procedimiento.

Resolución de 15-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Navahermosa.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO POR EL ALBACEA CONTADOR PARTIDOR.

Debe admitirse la interpretación del albacea contador-partidor como persona encargada de la ejecución de la disposición testamentaria, si bien en caso de interpretación contradictoria por los herederos —lo que no se ha producido—, corresponderá a los tribunales de Justicia dirimir la controversia.

En cuanto el alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que 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. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido.

Este Centro Directivo se ha manifestado en la resolución de 30 de abril de 2014 reiterada por muchas otras que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que, a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Serán todos los llamados a una sucesión —y no solo algunos de ellos— los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador, y, a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de ese Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador.

Así, debe admitirse la interpretación del albacea contador-partidor como persona encargada de la ejecución de la disposición testamentaria, si bien en caso de interpretación contradictoria por los herederos —lo que no se ha producido—, corresponderá a los tribunales de Justicia dirimir la controversia.

Resolución de 15-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Puigcerdá.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LOS APREMIOS ADMINISTRATIVOS.

Tratándose de un arrendamiento inscrito en 2017, con posterioridad a la anotación del embargo que da lugar a la ejecución, y estando sujeto dicho arrendamiento a la reforma introducida en 2013 en la LAU, hay que concluir que el arrendamiento se extingue como consecuencia de la ejecución y no hay lugar a los derechos de adquisición preferente.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 15 de marzo de 2006, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y que, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada. Se afirma en la resolución de 24 de marzo de 2017 que, como tesis de principio, la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa. Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias o de la Seguridad Social, de las que trae causa la adjudicación objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las resoluciones de este Centro Directivo antes referidas ha de considerarse aplicable igualmente, por identidad razón, a estos procedimientos de apremio, tanto si el medio de realización forzosa empleado es la subasta, como si lo es el concurso o la adjudicación directa (*vid.* arts. 101 del Reglamento General de Recaudación y 113 y sigs. del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social).

En el presente caso, se trata de un arrendamiento de vivienda celebrado e inscrito en el año 2017, y la anotación preventiva de embargo que fundamenta la ejecución fue practicada en el año 2014, habiendo sido prorrogada en 2016 y 2019. En consecuencia, al serle de aplicación al arrendamiento el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio (cfr. disposición transitoria primera de la Ley 4/2013, de 4 de junio), y haber sido inscrito el mismo con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, la adjudicación derivada del procedimiento de apremio seguido determinará la extinción del arrendamiento y con ello la improcedencia de la aplicación de las normas que regulan los derechos de tanteo y retracto en favor de la arrendataria.

Por último, cabe recordar otra idea básica y reiterada por este Centro Directivo, cual es la relativa a la interpretación y aplicación restrictiva de los derechos de adquisición preferente. Así, según la resolución de 25 de julio de 2019, citada expresamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020 y confirmada por otras de fecha posterior (cfr. resoluciones de 10 de marzo de 2021 y 22 de julio de 2022).

Resolución de 16-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Alcira, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No se puede practicar anotación de demanda ordenada en un procedimiento dirigido contra persona distinta de quien en la fecha de presentación del mandamiento es el titular registral.

En primer lugar conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura de la registradora toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, sin que pudiera alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales.

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 el titular registral en el momento de presentación del mandamiento calificado, debiendo destacarse el lapso temporal transcurrido entre la expedición del mandamiento (22 de febrero de 2022) y su presentación en el Registro de la Propiedad (7 de junio de 2022).

Resolución de 16-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Tías.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: OPOSICIÓN FORMULADA POR UN MERO TITULAR CATASTRAL

No puede denegarse la inscripción de una base gráfica alternativa solo por el hecho de que se oponga el titular de una parcela catastral que no tiene inscrita dicha finca en el Registro.

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 en 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.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscrip-

ción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o en parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

Aplicando la doctrina general anterior sobre los requisitos para inscribir la georreferenciación de una finca y los efectos jurídicos de su eventual inscripción al presente caso, nos encontramos con que la pretensión de georreferenciación del promotor ha provocado la oposición del titular catastral de una parcela que resulta incluida en la georreferenciación que pretende el promotor. La mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral. En cambio, cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración.

Por todo ello, la nota de calificación ahora recurrida ha de ser revocada, pues, como dice el recurrente, no se fundamenta en ninguno de los supuestos que legalmente podrían motivar una calificación registral negativa, ya que la georreferenciación pretendida no coincide en todo o en parte con otra previamente inscrita, ni fincas registrales colindantes incluso no georreferenciadas, ni invade dominio público, incluso no inmatriculado, ni encubre negocios traslativos u operaciones de modificación de finca que pudiera hacer dudar de la identidad de la misma, sino que la nota de calificación solo se fundamenta en la simple oposición de quien es tan solo titular catastral de una parcela que además reconoce no ser ya de su propiedad por haberla transmitido.

Resolución de 16-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN.

No puede cancelarse una hipoteca en virtud de un mandamiento que solo ordena cancelar la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas.

Se presenta un mandamiento de cancelación cuyo contenido, según resulta de su literalidad, no tiene otro objeto que ordenar la cancelación de la nota marginal que en su día se practicó como consecuencia de la solicitud de certificación de dominio y cargas en un procedimiento que, por circunstancias que no resultan, ha finalizado.

Sin perjuicio de que la nota marginal acreditativa de la expedición de certificación a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento expresado ya se practicó en el Registro de la Propiedad, no es admisible el referido mandamiento judicial como título hábil para cancelar la hipoteca.

Procede en suma la confirmación de la calificación emitida, calificación que no rebasa los límites que para los documentos judiciales señala el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Como se ha expuesto, inscrita la hipoteca a nombre de determinado titular y no aportándose escritura pública o documento autentico en el que este exprese su consentimiento a la cancelación, ni resolución judicial firme seguida contra dicho titular ni ningún otro documento público del que resulte indubitadamente la extinción del derecho inscrito, existe un obstáculo registral que impide la cancelación lo que entra en el ámbito competencial de la registradora de la propiedad como resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-11-2022
BOE 5-12-2022
Registro de la Propiedad de Escalona.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN FUTURA.

Es inscribible la escritura de hipoteca en garantía de las obligaciones futuras derivadas de un contrato de asistencia jurídica entre acreedor y deudor, sin necesidad de acudir al esquema de la cuenta corriente, dado que las distintas obligaciones tienen una causa común.

A la hora de resolver este recurso ha de tenerse en cuenta que, como puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 20 de junio de 2012, dentro de las hipotecas de máximo, existen, entre otras, tres modalidades distintas de hipoteca en garantía de obligación futura: la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria; las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria; y, las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Cada una de esas modalidades de hipotecas de máximo tiene caracteres y requisitos distintos. A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de estas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración.

El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria impide que pueda constituirse hipoteca global y flotante a favor de cualquier acreedor, limitándola a los acreedores de las clases anteriormente expresadas a las que se refiere el precepto. Pero no impide que pueda constituirse otro tipo de hipoteca distinta como es la regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento a que se ha hecho alusión. Para que se pueda constituir la hipoteca en garantía de obligación futura de estos preceptos tiene que estar perfectamente determinado y configurado el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones que se garantizan, lo que ocurre en el presente caso, al concretarse suficientemente el contrato de prestación de servicios jurídicos del que surgen las obligaciones.

De este modo, la especialidad más relevante de esta clase de hipotecas en garantía de obligación futura del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, es que, como

son eventuales las obligaciones garantizadas porque dependen de los suministros o servicios prestados y de su cuantía dentro del marco contractual, la hipoteca, aunque ya es un derecho real existente, puede quedar afectada en cuanto a sus vicisitudes y desenvolvimiento por la existencia y cuantía de las obligaciones futuras derivadas del contrato de suministro o prestación de servicios. Por eso, el propio artículo 142 de la Ley Hipotecaria establece que dicha hipoteca «surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse». Esta nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario está prevista para la hipoteca en garantía de obligación futura pero no para las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 y para la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis. En las dos últimas, existe el mecanismo de fijación del saldo que prevén dichos preceptos.

En el presente caso, se ha optado por constituir una hipoteca en garantía de obligación futura (como asevera el acreedor en el recurso) y conforme a sus preceptos reguladores y al principio de determinación, por lo que la misma es inscribible en el Registro, al cumplirse también lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, o sea la identificación de la obligación futura y del contrato básico, de prestación de servicios jurídicos, del que surge y el plazo de duración. Por lo demás, tampoco puede desconocerse la referencia que la sentencia del Tribunal Supremo número 338/2014, de 13 de junio, hace a «la doctrina jurisprudencial indicada de que la actuación del abogado es global en el conjunto de asuntos que controla respecto al mismo cliente, que las puede minutar conjuntamente sin escindir las reclamaciones caso por caso». En definitiva, el hecho de que del referido contrato de asistencia jurídica puedan surgir diversas obligaciones no constituye obstáculo para la constitución de la hipoteca.

Este criterio que admitió la unicidad de la hipoteca aun cuando esta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse *a fortiori* a un supuesto como el presente, en el que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo contrato de asistencia jurídica, con una única causa. Además, al no tratarse del supuesto del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, exigir un pacto novatorio por el que las obligaciones vencidas asentadas en la cuenta quedaran sustituidas por una única obligación de restitución del saldo deudor referido nada añadiría desde el punto de vista de los principios de determinación y accesoriedad de la hipoteca.

Resolución de 21-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

No es obstáculo para cancelar una hipoteca por caducidad el que al margen de la inscripción conste nota marginal de expedición de certificación de cargas para procedimiento de ejecución.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 8 de julio de 2013, 27 de octubre de 2015, 21 de mayo y 5 de junio de 2018 y 19 de junio de 2019), la nota marginal acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece unas características propias, de modo que si bien no lleva consigo un cierre registral,

sí opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento.

El que en su día se haya iniciado la ejecución directa de la hipoteca, no significa necesariamente que se haya producido el vencimiento anticipado de la totalidad de las obligaciones garantizadas, ni impide, en el caso de tratarse del impago de una parte del capital o los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos, que el deudor, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, pueda liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte (cfr. art. 693.3 Ley de Enjuiciamiento Civil) lo que significaría la pervivencia de la obligación garantizada y por ende de la hipoteca que la garantiza.

Del mismo modo, iniciada la ejecución hipotecaria, el hecho de que hayan transcurrido varios años desde la práctica de la nota marginal de expedición de dominio y cargas no significa que no se haya desenvuelto íntegramente el procedimiento de ejecución hipotecaria con la correspondiente adjudicación. Por ese motivo, la cancelación de la hipoteca cuando consta extendida nota marginal de expedición de cargas indicativa de la existencia de un procedimiento de ejecución aparece regulada por distintas disposiciones legales que tienen la finalidad de evitar que se cancele una hipoteca cuya ejecución está en tramitación o, incluso, ultimada y pendiente la inscripción registral de la adjudicación correspondiente.

Además, dicha nota marginal supone la interrupción del plazo de prescripción de la acción hipotecaria recogido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria. Para valorar el alcance de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en relación con la prescripción de la inscripción de hipoteca a cuyo margen se practica deben diferenciarse dos hipótesis diferentes, a saber: — primera, que la nota marginal se expida después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, circunstancia que de modo más común se producirá por el transcurso del plazo por el que se constituyó el préstamo. En este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas interrumpe la prescripción de la acción ya nacida de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil y vuelve a iniciarse el cómputo del plazo legal, de modo que hasta que transcurran veintiún años contados desde la fecha en que la nota se extendió (*vid.* resoluciones de este Centro Directivo de 4 de junio de 2005 y 24 de septiembre de 2011) sin que medie otro asiento que otra circunstancia acredite, no podrá procederse a cancelar por caducidad el asiento de inscripción de hipoteca a que se refiere la nota marginal. — segunda, que no habiendo llegado el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad según Registro, esto es, básicamente, durante el período contractual de amortización, se extienda en virtud del correspondiente mandamiento la nota al margen de la inscripción de hipoteca acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para procedimiento de ejecución hipotecaria. En este supuesto, nada interrumpe la nota marginal porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente —al menos desde la perspectiva registral—, y, no determinando la extensión de la nota marginal según lo expuesto ninguna fecha especial en relación con el plazo de prescripción, no podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción

de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

Ninguna de las resoluciones que cita el registrador en su nota de calificación determinan, como defiende, que aunque hayan transcurrido 21 años ininterrumpidos, ya sea desde el vencimiento de la obligación garantizada, ya sea desde la fecha de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, si esta última nota marginal no está debidamente cancelada, no cabe cancelar por caducidad la hipoteca a que la nota marginal se refiere como hipoteca objeto de ejecución.

Resolución de 21-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CÓNYUGES DE DISTINTA NACIONALIDAD: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El notario ha precisado cuál es la ley aplicable. Por ello, carecen de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el registrador, ya que, atendidos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 159 del Reglamento Notarial, el notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico-matrimonial de carácter legal —en este caso el de la ley española del Código Civil— es aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

La aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario —que no necesita de mayor aclaración en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común— requiere, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, que se determine cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español.

Tales normas de conflicto, si el matrimonio se contrajo antes del día 29 de enero de 2019 —fecha de entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2016/1103—, son las contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Si, por el contrario, la fecha de celebración del matrimonio de los compradores fuera posterior al día 29 de enero de 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos-matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros.

En el presente caso el registrador reconoce expresamente en su calificación que el notario hace constar en la escritura calificada que, según manifiestan los compradores, su régimen económico-matrimonial es el legal supletorio de gananciales, pero entiende que debe determinarse cuál es la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, y si este es legal o convencional. Esta objeción no puede ser confirmada, pues como puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 20 de diciembre de 2011, una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de

Derecho interregional —o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación.

Resolución de 21-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 1.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

Aunque se mantiene la doctrina ya sentada del Centro Directivo sobre esta cuestión, en el caso concreto, dado que el carácter esencial del activo enajenado es manifiesto ha de confirmarse la nota del registrador.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado —«activos esenciales»— comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no solo con su «*ratio legis*» sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico. Así, una interpretación de ese tipo es la que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso, por entender que cualquiera que sea el importe de la operación puede que se trate de un activo esencial. Y, por las mismas razones, 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.

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro solo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. arts. 18, 33, 34 y 38 LH y 1259 CC). Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 234.2 de la Ley de Sociedades de

Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Según las consideraciones anteriores, el recurso no puede ser estimado. Como el notario ha de cumplir con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad, tiene que denegar la autorización de la escritura cuando —como sucede en este caso— el carácter esencial del activo enajenado es manifiesto y no se acredita suficientemente la autorización de la junta general. Debe estimarse que es una exigencia inexcusable, tanto —si se trata de acuerdo inscribible— por el indicado efecto de la publicidad registral de dicho acuerdo una vez se inscriba, como —sea o no inscribible el acuerdo de que se trate— por respeto a la función de la escritura pública que, en otro caso, avalaría tan solo la existencia de una declaración sobre la existencia y contenido de una voluntad social (hecha por persona que no es la llamada a exteriorizarla sino únicamente a darle una vestidura pública), dando autenticidad tan solo a esa declaración que por sí sola carecería de efectos jurídicos como voluntad de la sociedad (cfr. resoluciones de 11 de marzo de 2005 y 9 de marzo de 2022).

Resolución de 21-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Torrelodones.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La mera oposición no fundada de un colindante no justifica por sí sola la denegación de inscripción de la base gráfica.

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. En el presente caso, la discusión objeto del debate se centra en si la superficie de 1083,74 metros cuadrados que se pretende inscribir, frente a los 1017 metros cuadrados que figuran inscritos, supone una alteración de la realidad física amparada por el folio registral al inscribir una finca, que procede de segregación, inscrita en el año 1977.

Al respecto, debe recordarse la doctrina de la resolución de esta Dirección General de 30 de enero de 2019, cuando declara que no es motivo suficiente para rechazar la inscripción de la representación gráfica georreferenciada el hecho de que el colindante se limite a alegar que su finca vería con ello disminuida su cabida, si tal afirmación no aparece respaldada por informe técnico o prueba documental que, sin ser en sí misma exigible, pudiera servir de soporte a las alegaciones efectuadas, acreditando la efectiva ubicación y eventual invasión de la finca. Por tanto, en el presente caso la petición de inscripción de la superficie de 1083,74 metros cuadrados no supone una alteración de la realidad física amparada en su día por el asiento registral, sino que supone la medición que debió hacerse constar en 1977, cuando se inscribió la segregación de la finca 3422 de Torrelodones.

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 en 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 objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al Registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial, ello no significa que cualquier oposición tenga entidad suficiente para impedir la inscripción de la georreferenciación, conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que obliga al registrador, cuando no se invada el dominio público u otra finca con georreferenciación inscrita, a valorar la oposición de los colindantes notificados y a motivar objetivamente las dudas en la identidad de la finca, que le lleven a denegar la inscripción de la georreferenciación.

Resolución de 22-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADORES O INSCRITOS.

El hecho de que no esté inscrito el nombramiento del administrador en el Registro Mercantil no impide por sí mismo la inscripción en el Registro de la Propiedad del título otorgado por dicho administrador.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. art. 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en aquel Registro deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación.

Por las anteriores consideraciones, la calificación impugnada no puede ser mantenida, toda vez que la objeción del registrador se refiere únicamente a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del administrador de la sociedad donante.

Resolución de 22-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 3.

HIPOTECA: MANIFESTACIÓN DEL CARÁCTER DE LA VIVIENDA.

También es obligatorio manifestar el carácter de la vivienda en una escritura de novación de hipoteca, teniendo en cuenta que dicha circunstancia no constaba en la inscripción inicial.

Especialmente en el caso de las centradas en la ejecución procesal de la hipoteca, resulta esencial para su efectividad que el presupuesto previo de su aplicación (el carácter de vivienda habitual) pueda ser apreciado en dicho ámbito directamente, sin necesidad de abrir una fase probatoria extraña a este procedimiento caracterizado por su sumariedad (*vid.* sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 41/1981, de 18 diciembre), a través de la prueba presuntiva de su constancia en el Registro de la Propiedad. En este sentido, se puede considerar que el apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, tiene por finalidad establecer una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas mediante las indicadas reformas legislativas, sin necesidad de adicionar tramite alguno al procedimiento.

Respecto del cumplimiento del referido artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, lo que debe decidirse para resolver el presente recurso es si, no tratándose de una escritura de constitución de hipoteca sino de una escritura novatoria, debe expresarse —en la estipulación de sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la finca hipotecada, y separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura— si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual.

La calificación objeto de impugnación en el presente recurso debe ser mantenida, toda vez que, a diferencia de los supuestos antes referidos, en la escritura de constitución de hipoteca nada se hizo constar sobre si se pretendía o no atribuir a la finca hipotecada carácter de vivienda habitual; y, además, es indudable que en la escritura novatoria se modifica el pacto de sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la finca hipotecada, por lo que debe cumplirse lo establecido en el artículo 129, apartado 2.b), de la Ley Hipotecaria en los términos antes transcritos.

Resolución de 22-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Iznalloz.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento de inmatriculación del 205 LH, si el registrador tuviera dudas sobre la posible invasión de otra finca ya inmatriculada, debe aplicar analógicamente el 199 LH y notificar a los colindantes para disipar dichas dudas.

Como cuestión previa, de carácter procedimental, cabe plantearse si fue correcta la actuación de la registradora, conforme a la cual, al solicitarse la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria

y apreciar dudas fundadas sobre posible invasión de otras fincas ya inscritas, anunció que procedería, y de hecho procedió, a aplicar el artículo 199 de la Ley Hipotecaria para, con las notificaciones previas y alegaciones pertinentes, disipar o confirmar tales dudas.

Si tales dudas registrales sobre posible invasión de finca ya inmatriculada no pueden ser disipadas o confirmadas por la vía de recurso ante esta Dirección General (la Dirección General solo puede pronunciarse sobre si están suficientemente fundadas las dudas, pero no puede resolverlas), ni por la vía del ya derogado artículo 306 del Reglamento Hipotecario, hay que buscar la alternativa en la propia regulación legal introducida por la Ley 13/2015, que como bien dice la propia Dirección General, es en sí misma suficientemente detallada, y basada en el principio inspirador de la desjudicialización de procedimientos y de tutela registral efectiva. Y aquí es donde puede entrar en juego la regulación del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, pues ofrece un procedimiento que tiene por finalidad, precisamente, tramitar un expediente registral, de «jurisdicción voluntaria» y por tanto desjudicializado, con notificación a los titulares de fincas potencialmente afectadas por la georreferenciación que se pretende inscribir, con concesión de plazo de alegaciones, para que finalmente, «a 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». No cabe tampoco olvidar que siendo el registrador la autoridad pública legalmente habilitada para tramitar el procedimiento para detectar y en su caso subsanar una situación ya consumada de doble inmatriculación entre dos fincas ya inmatriculadas, (conforme al art. 209 LH), no debe sorprender en modo alguno que el registrador tenga también plena competencia para aplicar el procedimiento del artículo 199 en combinación con el del artículo 205, como expresamente prevé y permite el artículo 198, para detectar preventivamente y evitar la consumación de un supuesto de doble inmatriculación.

La mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. En cambio, cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración. En el presente caso, el titular catastral que formula oposición no alega siquiera que la georreferenciación alternativa del promotor del expediente invada su inmueble catastral, sino que la georreferenciación catastral del promotor, aunque lógicamente no invade la georreferenciación también catastral del inmueble catastral del opositor, sí resulta, según dice, estar desplazada y por ello invade la ubicación real de su propio inmueble.

Cabe concluir que, en el presente caso, de dicha tramitación del artículo 199 no ha resultado oposición alguna de titular de finca registral, sino solo, de la heredera de una titular catastral de inmueble que no se alega ni acredita que esté inmatriculado en el Registro de la Propiedad. Por tanto, la calificación registral negativa, fundada como está, no en la posible invasión de una finca inmatriculada, ni en la posible invasión del dominio público no inmatriculado, únicos motivos de denegación que contempla el artículo 205 de la Ley Hipotecaria,

sino exclusivamente en la oposición de un titular catastral que no aporta título de propiedad inscrito, ni siquiera título de propiedad inscribible, y ni siquiera resulta invadido en la cartografía catastral, ha de ser revocada.

Resolución de 23-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 31.

HERENCIA: NO ES NECESARIO PROBAR QUE NO EXISTEN MÁS LEGITIMARIOS QUE LOS INTERVINIENTES.

Para la inscripción de una escritura de partición de herencia no es necesario probar que no existen otros legitimarios distintos a los intervinientes, siendo suficiente la manifestación hecha en la propia escritura.

La privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial). Así, debe partirse de la validez y eficacia del testamento a que se refiere este concreto expediente sin que constituya obstáculo el hecho de que los testadores no mencionen, en sus respectivos testamentos, a un hijo suyo fallecido previamente, o que no tuvo a su vez descendientes legitimarios.

Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesaridad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima.

Por ello, en el supuesto de este expediente, siendo los testamentos de ambos cónyuges títulos sucesorios hábiles que facultan a los herederos llamados para otorgar por sí solos la adjudicación de la herencia, debe considerarse suficiente la manifestación que en la escritura calificada se realiza sobre la inexistencia de más hijos o de descendientes de estos.

Resolución de 23-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera-Potes.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: COMPETENCIA TERRITORIAL DE UN AYUNTAMIENTO.

De acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales, la competencia del ayuntamiento se extiende a todo lo relativo al embargo de bienes radicantes fuera de su término municipal.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, entre ellas, resolución de 28 de junio de 2011 (*vid.* resoluciones citadas en el «Vistos»), que la calificación registral de los documentos administrativos se extiende a la competencia del órgano administrativo (cfr. art. 99 RH y doctrina sentada en las citadas resoluciones de

la Dirección General), y en este caso es correcta la actuación del registrador al pronunciarse sobre ella.

Este Centro Directivo en resoluciones anteriores sobre la interpretación del artículo 8 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales ha matizado esta doctrina (*vid.* resoluciones de 25 de mayo y 2 de junio de 2011), diferenciando entre actuaciones estrictamente ejecutivas, especialmente la realización forzosa del bien, donde seguirá en vigor la doctrina señalada, y las meramente declarativas, en las que se incluirá la providencia de apremio, diligencia de embargo y mandamiento de anotación preventiva, donde por razones de eficacia y economía procedimental —no cabe olvidar la tendencia legislativa a la supresión de trabas administrativas— debe reconocerse competencia al órgano de recaudación municipal, incluso respecto de bienes inmuebles sitos fuera de su término municipal (véase en este sentido la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de diciembre de 2009 y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008).

Esta Dirección General, en su resolución de 1 de junio de 2022, en relación con las anotaciones preventivas de embargo a favor del órgano de recaudación de la Diputación de Alicante, ha manifestado que «en definitiva, la práctica de esta nota marginal no es optativa, ni está sujeta a rogación, dada la significación que tiene en el procedimiento de ejecución (…)». En consecuencia, la expedición de la certificación de cargas, y su correspondiente reflejo registral mediante su nota marginal, deben incardinarse dentro del trámite procesal del embargo.

Resolución de 23-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de La Palma del Condado.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Del conjunto de circunstancias concurrentes, no se deduce justificación suficiente para denegar la inscripción de la inscripción del expediente de rectificación de cabida, aunque el volumen de este aumento de cabida sea muy elevado.

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 en 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.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la

inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o en parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

El aumento de superficie que se pretende acreditar, desde los 150 metros cuadrados de superficie inscrita hasta los 607 metros cuadrados, aun consistiendo en cuadruplicar la cifra superficial expresada en la inscripción de inmatriculación, resulta concordante con una certificación catastral descriptiva y gráfica, lo cual, aunque es un dato que por sí solo nada acredita de modo concluyente en el plano jurídico, sí aporta algún indicio de corresponderse con una realidad fáctica asentada, y sin que la calificación registral haya puesto de manifiesto que haya habido alteraciones perimetrales sucesivas en la cartografía catastral del inmueble que pudieran ser reveladoras de actos de agrupación o agregación de terreno colindante; la regulación legal del expediente para la rectificación de la superficie de las fincas no contiene una limitación expresa acerca de cuál sea el aumento o proporción de aumento máximo admisible en dicho procedimiento.

Por todas las circunstancias concurrentes enunciadas en los anteriores fundamentos jurídicos, en el presente caso se estima que las dudas que opone el registrador sobre la falta de mantenimiento de la identidad de la finca o la posibilidad de que la rectificación superficial encubra la incorporación de terreno colindante no inmatriculado inicialmente, no están suficientemente fundadas, por lo que procede estimar el recurso.

Resolución de 23-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo solo tiene por objeto discutir la calificación desfavorable de un título.

Conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, solo cabe interponer recurso ante esta Dirección General cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de iniciar la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, siendo el mismo solicitado en el propio escrito de recurso, escrito que en nada se refiere a los defectos relacionados en la calificación recurrida.

Resolución de 24-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Salou.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN DE LAS PRORROGADAS ANTES DE LA LEC POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 210, 8.ª DE LA LEY HIPOTECARIA.

Se aplica la doctrina de la Dirección General respecto a la posibilidad de cancelar anotaciones de embargo prorrogadas antes de la entrada en vigor de la LEC al amparo de lo establecido en el artículo 210, regla 8.ª de la Ley Hipotecaria.

En el historial registral de la finca consta extendida una anotación que ha sido prorrogada con anterioridad al día 8 de enero de 2001 (fecha de la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por lo que se plantea el problema de la posible caducidad de esta anotación preventiva de embargo prorrogada.

Como se afirmó en la resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2019, 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 el artículo 210, apartado 1 de la regla octava.

Sentadas tales premisas, es de aplicación, en el presente caso, el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria, procediéndose a la cancelación de las anotaciones de embargo por caducidad, computándose el plazo de veinte años desde el último asiento practicado en relación con el procedimiento en el que se reclama la deuda (en este caso, la prórroga de la anotación de embargo), ya que como afirma el recurrente, dicha constancia de reclamación viene inserta en el asiento de anotación de embargo con constancia de las actuaciones judiciales (o administrativa) del que deriva y las cuantías por las que se asegura dicha traba y en segundo lugar, es el asiento de anotación preventiva de embargo en el que se refleja y hace constar la reclamación de la obligación garantizada y a partir del cual debe entenderse iniciado el cómputo del plazo de 20 años previsto en el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 24-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Chinchilla de Monte-Aragón.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para rectificar una inscripción es necesario el consentimiento de su titular o 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.

Aun en el supuesto de que se entendiera que estuviéramos ante un error de concepto, el artículo 217 de la Ley Hipotecaria dispone que «los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros

asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene. Los mismos errores cometidos en asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlos a conocer, podrá rectificarlos por sí el Registrador».

Resolución de 24-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Purchena.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si el registrador alberga dudas sobre la identidad de la finca ha de exponerlas al expedir la certificación y debe tramitarse el expediente para tratar de disiparlas.

Para resolver el presente recurso debe recordarse de nuevo la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de este Centro Directivo, formulada en resoluciones como la de 8 de junio de 2016, por la que es la expedición de la certificación registral inicial el momento procedimental oportuno para que el registrador pueda plantear dudas acerca de la nueva descripción de la finca, teniendo en cuenta que tales dudas no pueden estar basadas en las diferencias que la nueva descripción presente respecto de la descripción registral. Estas solo podrán basarse, como declaró la resolución de 10 de noviembre de 2017, en la coincidencia, en todo o en parte, de la representación gráfica de la finca con otra base gráfica inscrita o con el dominio público; la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas; o la pretensión de encubrir un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Pero, como declararon las resoluciones de 27 de octubre y 21 de noviembre de 2017, 22 de febrero y 20 de junio de 2018, 17 de octubre de 2019 y 30 de julio de 2021, las dudas del registrador expresadas al inicio del procedimiento no impiden la continuación del expediente, pues el acta de cierre del expediente puede llevar al registrador a la conclusión de que se han solventado las dudas que inicialmente tenía.

Resolución de 24-11-2022
BOE 12-12-2022
Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si el registrador alberga dudas fundadas sobre la identidad de la finca se denegará la inscripción de la base gráfica.

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 en 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, pretendida la inscripción de la base gráfica y tramitado el expediente, se presenta escrito de oposición por el titular colindante, justificando su oposición, tanto en su título público de adquisición, como en la descripción tabular de su finca y la planimetría catastral, aportando con ello un principio de prueba del carácter cuanto menos controvertido de la delimitación gráfica de ambas fincas.

Por tanto, 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. Y, tal y como ha sostenido este Centro Directivo, el recurso contra la calificación no es el cauce apropiado para resolver (como pretende la recurrente) un conflicto entre titulares colindantes.

Resolución de 28-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Cullera.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Se hace un análisis de las diferentes opciones para cancelar una condición resolutoria.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Como ha señalado reiteradamente esta Dirección General (cfr. resoluciones de 21 de julio y 3 y 4 de diciembre de 1986, 2 de septiembre de 1992 y 30 de mayo de 1996), la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como la de la documentación auténtica del hecho o acto inscribible para su acceso al Registro (art. 3 LH) conduce a la necesaria cancelación de un asiento solo cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (arts. 2.1.º y 79.2.º LH y 173 de su Reglamento).

Es cierto que nuestro sistema registral admite excepcionalmente la cancelación de derechos inscritos contra o sin el consentimiento del titular registral, como ocurre en los casos en que en el propio título constitutivo de la condición resolutoria pactada expresamente se contemplara determinada causa de la cancelación o por transcurso del plazo de caducidad legal.

Centrados en el concreto supuesto, una vez inscrita en el Registro la citada condición resolutoria, su cancelación no puede operar por la mera manifestación hecha por un tercero y menos por los interesados, de que ha desaparecido la causa material, sino que dicha cancelación está sujeta a las reglas previstas en la legislación hipotecaria conforme a la cual, y como regla general, para proceder a la cancelación de las inscripciones hechas en virtud de escritura pública es preciso

o bien otra escritura en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o resolución judicial firme en que así se acuerde (arts. 1, 20, 82 LH).

En cuanto a las prohibiciones de disponer, cabe recordar, con carácter general, la doctrina sobre su configuración registral que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta las más recientes de 27 de febrero y 26 de noviembre de 2019 y 19 de febrero de 2020. Conforme a esta doctrina, cabe afirmar que las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («*ius disponendi*») de su titular.

Como ha tenido ocasión de señalar este Centro Directivo en su resolución de 2 de diciembre de 2015, respecto de la situación que se produce tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, entrada en vigor que se produjo el día 1 de noviembre de 2015, en la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su apartado 1, regla octava, párrafo segundo, se establece que «las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

Resolución de 28-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CÓNYUGES DE DISTINTA NACIONALIDAD: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El notario ha precisado cuál es la ley aplicable. Por ello, carecen de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el registrador, ya que, atendidos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 159 del Reglamento Notarial, el notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico-matrimonial de carácter legal —en este caso el de la ley española del Código Civil— es aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

La aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario —que no necesita de mayor aclaración en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común— requiere, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, que se determine cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español.

Tales normas de conflicto, si el matrimonio se contrajo antes del día 29 de enero de 2019 —fecha de entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2016/1103—,

son las contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Si, por el contrario, la fecha de celebración del matrimonio de los compradores fuera posterior al día 29 de enero de 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos-matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros.

En el presente caso el registrador reconoce expresamente en su calificación que el notario hace constar en la escritura calificada que, según manifiestan los compradores, su régimen económico-matrimonial es el legal supletorio de gananciales, pero entiende que debe determinarse cuál es la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, y si este es legal o convencional. Esta objeción no puede ser confirmada, pues como puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 20 de diciembre de 2011, una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional —o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación.

Resolución de 28-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de Vila-Seca.

HERENCIA: PARTICIÓN JUDICIAL DE HERENCIA E INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS.

Entra dentro de los límites de la calificación previstos en el artículo 100 del RH la apreciación de si han intervenido en la partición judicial todos los llamados a la legítima.

En relación con la naturaleza del procedimiento de división de herencia en cuyo seno se ha dictado el decreto por el letrado de la Administración de Justicia, a la que se refiere el registrador como elemento que incide en el ámbito y extensión de la calificación registral, debe afirmarse que se caracterizan estos procesos por ser juicios universales, pues su finalidad es la partición y el reparto de un patrimonio considerado en su totalidad, no el reparto o división de determinados bienes y derechos pertenecientes al mismo; y su naturaleza jurídica, aunque predominantemente contenciosa, no puede ser calificada de exclusivamente contenciosa, pues existen trámites en que la intervención del tribunal es más propia de un acto de jurisdicción voluntaria.

En conclusión, podemos distinguir los siguientes supuestos: — Si hay conformidad de los interesados con las operaciones de avalúo y división realizadas por el contador-partidor designado (con o sin las modificaciones a que se refiere el artículo 787.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el procedimiento finaliza con el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas. En este caso las operaciones, salvo que en el mismo procedimiento se dispusiera otra cosa, deberán protocolizarse notarialmente, conforme al artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para su inscripción. — Si las partes llegan con anterioridad a un acuerdo o incluso una vez confeccionado

el cuaderno, pactan una propuesta diferente, conforme al artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el letrado de la Administración de Justicia sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos. En este caso, el auto que pone fin al procedimiento no es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad al no contener una resolución sobre el fondo del asunto, ya que nada se llega a resolver, siendo necesaria la elevación a público del acuerdo. — Si las partes no consienten en la partición propuesta por el contador-partidor designado, el procedimiento, como se ha visto anteriormente, se transforma en contencioso siguiéndose por los trámites del juicio verbal a cuyo fin, la sentencia que lo resuelva, una vez firme, será título suficiente a los efectos de la alteración del contenido del Registro de la Propiedad.

De todo ello resulta, en lo que atañe al ámbito de la calificación del registrador respecto de una partición efectuada por el contador en un procedimiento judicial de división de herencia (sea por sentencia recaída en un juicio verbal por falta de conformidad de los herederos; sea por decreto, protocolizado, del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas las operaciones particionales), que serán de aplicación las normas del artículo 100 del Reglamento Hipotecario relativas a la calificación de documentos judiciales.

Debe tenerse en cuenta, como premisa, que la sucesión de que se trata se rige por el derecho civil común (algo reflejado en las bases de la partición sometida a aprobación y no cuestionado en el expediente), siendo perfectamente conocido que la legitima en tal derecho se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». De ahí que se imponga la intervención del legitimario en la partición.

Partiendo por tanto de la base de que las facultades calificadoras del registrador alcanzan en todo caso (art. 100 RH), a la comprobación de que todas las personas respecto de las que del asiento registral deriva algún derecho han tenido en el procedimiento la intervención que las leyes prevén, es incuestionable que, en este caso, tal duda se proyecta en lo relativo a la intervención de los legitimarios, al haber fallecido uno de ellos (sin que quede lo claro que debiera, como se advierte en la calificación, si falleció antes o después).

En suma, respecto de los dos defectos analizados sobre los que debe decidirse, la calificación registral formulada no rebasa los límites del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, al referirse a un obstáculo que surge del Registro, esto es la necesaria intervención de todos los que tienen derecho a la misma derivada de los pronunciamientos registrales, en este caso de todos los legitimarios del causante fallecido. Y ello, sin que tal aserto pueda entenderse como contradicción de la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Supremo número 866/2021, de 15 de diciembre, pues si bien es cierto que la valoración jurídica que subyace en los decretos de adjudicación que dictan los letrados de la Administración de Justicia solo puede revisarse, a través de los mecanismos de impugnación previstos por la ley, por el juez y no por el registrador de la propiedad (cuyo examen no puede asimilarse como una modalidad de revisión registral de lo acordado judicialmente), en el presente caso no se enjuicia el fondo de la resolución, sino la evidente existencia de obstáculos registrales que derivan de la protección de los legitimarios, tal y como antes se ha indicado.

Resolución de 29-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Escalona.

DERECHO DE OPCIÓN: EJERCICIO UNILATERAL.

No cabe la inscripción de la escritura de ejercicio unilateral de la opción, si las notificaciones no se han hecho cumpliendo estrictamente lo pactado.

Como cuestión previa, alega el recurrente la nulidad de la calificación que se recurre dado que anteriormente había recaído una resolución de este Centro Directivo — 14 de octubre de 2021— en la que se estimó el recurso planteado por falta de motivación en la calificación recurrida entonces. Pero hay que tener en cuenta que ha habido otra calificación negativa —1 de febrero de 2022—, posterior a la citada resolución, que no fue recurrida. Ahora, con la nueva presentación, se califica negativamente de nuevo, y se recurre otra vez. Por otra parte, hay que recordar que, en el fundamento de Derecho segundo de la resolución de 14 de octubre de 2021, se afirma lo siguiente: «Esto no obsta a que se pueda emitir una nueva nota de calificación con motivación suficiente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el registrador por contradecir la exigencia legal de que la calificación sea global, unitaria y motivada (arts. 19 bis y 258 LH)». En consecuencia, la calificación negativa objeto de este recurso no es nula y se debe entrar en el fondo del recurso.

En relación con el fondo del asunto debatido, la calificación, en esencia, se motiva en que las notificaciones y el posterior ejercicio unilateral de la opción de compra no se efectuaron conforme a los términos pactados al constituirse la opción. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo (cfr., entre otras muchas las resoluciones de 20 de mayo de 2005 y 14 de mayo de 2019) han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, siempre que haya exacto cumplimiento de los requisitos pactados para la inscripción a favor del optante.

En cuanto a la utilización del burofax, dicha resolución puso de relieve que, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario), no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes.

Ciertamente, en el supuesto del presente recurso el pacto de ejercicio unilateral de la opción de compra es idéntico al del caso de la citada resolución, con la única diferencia de que en el ahora analizado la notificación fue recibida por sus destinatarios. Pero, debe estimarse determinante el hecho de que en el referido pacto se exija que, para su inscripción, la escritura de ejercicio unilateral de la opción se acompañe de «acta de notificación o requerimiento», y, por tanto, dicha acta debe ajustarse a lo establecido en los artículos 202 a 204 del Reglamento Notarial.

En cuanto a las restantes notificaciones efectuadas por conducto notarial con anterioridad al otorgamiento de la escritura, ninguna de ellas cumple todos

los requisitos establecidos al concederse la opción de compra, bien por haber sido infructuosas, bien por no haberse practicado con la antelación establecida o bien por ser extemporáneas. Por lo demás, al haber transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción —el 14 de julio de 2021— tampoco es admisible una nueva citación a los concedentes para el otorgamiento de la escritura de ejercicio de la opción, ya que el derecho de opción ha caducado.

Resolución de 29-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de Sevilla núm. 6.

TRADICIÓN INSTRUMENTAL: NO IMPLICA NECESARIAMENTE EL TRASPASO POSESORIO.

Para que la tradición instrumental no se produzca es necesario que se exprese así en la propia escritura.

Se ha afirmado que, respecto de los negocios traslativos, la tradición actúa como una forma esencial. Pero es igualmente cierto que la tradición puede responder a distintas formas o modalidades, sin identificarse única y exclusivamente (ni siquiera principalmente en el caso de los inmuebles) con la entrega de la posesión, unida a la voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio, o derecho real de que se trate. Así, en el Derecho vigente español la tradición puede realizarse con transmisión de la posesión o sin ella. Ciertamente, en sentido propio la tradición comporta la entrega de la posesión, mediata o inmediata, en el concepto que corresponda al dominio o derecho real que se transmite. Pero el ordenamiento admite también que se produzca la tradición, y por tanto el efecto traslativo querido en el contrato, sin transmisión de la posesión —o «*nuda traditio*»—.

La expresión «equivaldrá a la entrega» del artículo 1462 del Código Civil ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de producir los efectos de la entrega o ser suficiente para dar por cumplido el requisito de la tradición y, por tanto, generar el efecto de la transmisión, salvo que «de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Se ha entendido que son supuestos en que resulta de la propia escritura la exclusión de la tradición aquellos en los cuales el objeto de la venta es una cosa futura, o una cosa ajena o si se estipula expresamente someter a plazo o condición la transmisión del dominio (*vid*. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1997), generando tan solo un derecho personal para exigir el cumplimiento de la obligación de la entrega de la cosa. Pero no hay exclusión de la tradición en caso de que el transmitente quede en la posesión de la cosa en concepto distinto al de dueño, por ejemplo, como arrendatario («*constituto posesorio*»), ni tampoco cuando se trata de derechos no susceptibles de posesión o no se transmita la posesión por estar siendo poseída la cosa en concepto de dueño por persona distinta del vendedor —se transmite la acción reivindicatoria— (*vid*. sentencias de 7 de febrero de 1985 y de 29 de mayo de 1997). Cuando el párrafo segundo del artículo 1462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio.

Resolución de 30-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

BIENES PRIVATIVOS: DETERMINACIÓN DE CUÁNDO UN BIEN ES PRIVATIVO.

La determinación del carácter privativo de un bien puede hacerse por estas tres vías: Primera. Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Segunda. Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge. Tercera. Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en el artículo 1347.3.º del Código Civil. La regulación que del régimen económico-matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad. El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y 15 de enero de 2021). Como puso de relieve este Centro en resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera. Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda. Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera. Que los cónyuges celebren un negocio jurídico

de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

A la vista de los términos de la calificación impugnada, esta debe ser revocada. En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la mitad indivisa de la finca comprada por la esposa, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación —mediante aplicación directa del principio de subrogación real— por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Y la onerosidad del negocio entre los cónyuges resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, habida cuenta de la manifestación vertida por los cónyuges a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil, antes transcrita, de modo que, no obstante esta confesión de privatividad a estos limitados efectos —*inter partes*—, la atribución de privatividad tiene, *erga omnes*, carácter oneroso y así resultará de su inscripción en el Registro.

Resolución de 30-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Sabiñánigo.

INMATRICULACIÓN: DEBE TRATARSE DE FINCA NO INSCRITA CON ANTERIORIDAD.

La inmatriculación tiene como presupuesto el que la superficie no conste ya inscrita con anterioridad.

Al inscribir un proyecto de equidistribución, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, se procede, en primer lugar, a la inmatriculación de las fincas de origen que no estuvieran previamente inmatriculadas, con la rectificación de la extensión superficial y demás datos descriptivos precisos hasta que queden correctamente descritas e inscritas. Queda acreditado, o al menos hay indicios más que fundados de que así sea, que no quedó una porción de 60 metros cuadrados sin aportar a la reparcelación y sin inmatricular, sino que toda la finca revertida, con una superficie real de solo 150 metros cuadrados y no de 210 metros cuadrados como decía por error el título reversional, consta ya inmatriculada como aportada a la reparcelación.

Resolución de 30-11-2022
BOE 20-12-2022
Registro de San Vicente de la Barquera-Potes.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: COMPETENCIA TERRITORIAL DE UN AYUNTAMIENTO.

De acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales, la competencia del ayuntamiento se extiende a todo lo relativo al embargo de bienes radicantes fuera de su término municipal.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, entre ellas, resolución de 28 de junio de 2011 (*vid.* resoluciones citadas en el «Vistos»), que la calificación registral de los documentos administrativos se extiende a la competencia del órgano administrativo (cfr. art. 99 RH y doctrina sentada en las citadas resoluciones de la Dirección General), y en este caso es correcta la actuación del registrador al pronunciarse sobre ella.

Este Centro Directivo en resoluciones anteriores sobre la interpretación del artículo 8 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales ha matizado esta doctrina (*vid.* resoluciones de 25 de mayo y 2 de junio de 2011), diferenciando entre actuaciones estrictamente ejecutivas, especialmente la realización forzosa del bien, donde seguirá en vigor la doctrina señalada, y las meramente declarativas, en las que se incluirá la providencia de apremio, diligencia de embargo y mandamiento de anotación preventiva, donde por razones de eficacia y economía procedimental —no cabe olvidar la tendencia legislativa a la supresión de trabas administrativas— debe reconocerse competencia al órgano de recaudación municipal, incluso respecto de bienes inmuebles sitos fuera de su término municipal (véase en este sentido la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de diciembre de 2009 y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008).

Esta Dirección General, en su resolución de 1 de junio de 2022, en relación con las anotaciones preventivas de embargo a favor del órgano de recaudación de la Diputación de Alicante, ha manifestado que «en definitiva, la práctica de esta nota marginal no es optativa, ni está sujeta a rogación, dada la significación que tiene en el procedimiento de ejecución (…)». En consecuencia, la expedición de la certificación de cargas, y su correspondiente reflejo registral mediante su nota marginal, deben incardinarse dentro del trámite procesal del embargo.

Resolución de 1-12-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas sobre la identidad de la finca fundadas en la controversia existente entre los titulares registrales colindantes, no cabe inscribir la base gráfica 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 en 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.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una

vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o en parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

Ciertamente, la mera oposición de un titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral, no es motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. Pero, cuando la oposición la formula no un titular catastral afectado, cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración.

Constatado que existe una controversia, no solo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición de un colindante que resulta no solo ser titular catastral del inmueble catastral afectado en parte por la georreferenciación que pretende inscribir el promotor, sino también titular registral de la finca colindante, y que si bien no tiene tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación, sí que la aporta ahora, como georreferenciación catastral, en el trámite de alegaciones con oposición, para que quede precisada cuál es la concreta invasión que alega.

Resolución de 1-12-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CANCELACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA.

Después de hacer un análisis de la situación de los arrendamientos urbanos en casos de ejecución hipotecaria, se concluye que en el caso concreto no cabe la cancelación de los inscritos después de la hipoteca porque el mandamiento de cancelación solo ordena que se cancelen determinadas anotaciones, y no los citados arrendamientos.

Respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto, si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca. Consecuentemente con lo anterior y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la inscripción de hipoteca o a la anotación de embargo que se ejecuta.

Ha de tenerse en cuenta que la doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos de vivienda suscritos antes de entrar en vigor (6 de junio de 2013) la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, como ocurre en el supuesto de este recurso. Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos suscritos antes del día 6 de junio de 2013, debe aclararse que, a partir del día 6 de junio de 2018, es decir, una vez transcurridos los cinco años de plazo mínimo a que se refería este precepto, quedarán extinguidos cuando se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución de hipoteca u otro procedimiento de ejecución forzosa, siendo por tanto ya innecesario exigir la declaración arrendaticia a los efectos de los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La doctrina antes expuesta en relación con la interpretación de los artículos 7.2 y 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se ha visto necesariamente afectada por la nueva reforma de dichos preceptos realizada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que ha dado lugar a la nueva redacción del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (como es, en cuanto algunas fincas, el caso del presente expediente), tanto antes como después de la mencionada reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (*vid*. art. 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

El mandamiento de cancelación de cargas expedido en un procedimiento de ejecución hipotecaria, purga la existencia de los derechos de cualquier clase que fueren anotados o inscritos en el historial registral de la finca hipotecada con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que ha dado lugar a la adjudicación judicial, lo que, en este supuesto, debería incluir las inscripciones de los arrendamientos enunciados, al ser posteriores a la inscripción de hipoteca y no estar incluido entre los supuestos de excepción. En el presente supuesto, en el mandamiento de cancelación de cargas librado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Logroño, no solo no ordena de forma expresa que las inscripciones de arrendamiento deban cancelarse, sino que ni siquiera ordena la cancelación de todas las cargas posteriores a la inscripción de hipoteca, sino únicamente la de las anotaciones preventivas que expresamente se enumeran y los asientos posteriores a la nota marginal de expedición de la certificación

de dominio y cargas; indicándose luego, en la diligencia de adición, que no procede tal orden porque se entiende por el juzgado que «la cancelación de los arrendamientos tiene un trámite específico». En tal eventualidad, en aplicación de los principios de rogación y cumplimiento de las resoluciones judiciales en sus propios términos, no procede que el Registro de la Propiedad practique la cancelación de un asiento en virtud de un mandamiento judicial en el que ni de forma expresa ni genérica se ordena la misma, sino que, al contrario, se rechaza.

Resolución de 1-12-2022
BOE 20-12-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

A la vista de la actual doctrina del Centro Directivo sobre los requisitos que han de cumplirse en los casos de procedimientos judiciales dirigidos contra la herencia yacente (doctrina basada en la STS de 9 de septiembre de 2021), en este caso no se ha acreditado adecuadamente con los documentos que el registrador pudo analizar al hacer su calificación.

Antes de entrar en el fondo del recurso cabe señalar que según reiteradísima doctrina hipotecaria, en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador (sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso); sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso para su nueva calificación por el registrador.

Respecto a la facultad de calificación del registrador respecto de lo documentos judiciales, ha de partirse, una vez más, del principio de tracto sucesivo como garante de los intereses y derechos que ostentan los titulares registrales. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años es que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente.

A la vista de la señalada sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domici-

lio. — que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la comunidad autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada, resulta que por el juzgado se ha efectuado una averiguación razonable respecto de la existencia de posibles herederos y solo cuando estos trámites han resultado infructuosos se ha procedido a la notificación edictal. Pero la documentación de la que resulta lo anterior no ha podido ser tenida en cuenta por el registrador a la hora de emitir su calificación como se ha hecho constar anteriormente.

Resolución de 12-12-2022
BOE 26-12-2022
Registro de la Propiedad de Astorga.

TÍTULO FORMAL: REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE UN DOCUMENTO PRIVADO CON FIRMA ELECTRÓNICA. DOBLE INMATRICULACIÓN: DEBE EL REGISTRADOR APRECIAR SU EXISTENCIA.

Se explica cómo ha de realizarse la presentación de los documentos privados por vía electrónica. Por otro lado, se reitera que en el procedimiento de doble inmatriculación es necesario que el registrador emita su juicio inicial sobre la existencia de esta situación.

En cuanto al primero de los defectos, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 de la Ley Hipotecaria y 166.11.ª y 193.4.ª del Reglamento Hipotecario, en los casos en que un documento privado puede tener acceso al Registro es necesario que las firmas de los que lo suscriben estén legitimadas notarialmente o ratificadas ante el registrador. En este caso la identidad del firmante está acreditada por el uso de una firma electrónica avanzada o con firma electrónica cualificada, lo cual podría ser válido, según entendió la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 4 de julio de 2013 y 23 de enero de 2018 Sin embargo, para que ello sea admisible la recepción de la solicitud se ha de producir por vía telemática a través de la Sede Electrónica del Colegio de Registradores, como sí ocurrió en el caso de la resolución de 23 de enero de 2018, sin que se pueda admitir si se ha recibido en papel.

En consecuencia, la instancia privada es título hábil para iniciar el expediente de subsanación de la doble inmatriculación y conforme lo expuesto anteriormente, al constar extendida con firma electrónica la presentación debió efectuarse a través del portal de presentación de documentos privados habilitado en la Sede Electrónica de los Registradores. Por ello, en este supuesto, debió denegarse la presentación de la instancia. No obstante, una vez fue presentada erróneamente, la calificación efectuada, como indica la recurrente, adolece de falta de claridad al señalar por un lado, que la firma de la instancia no es una firma electrónica reconocida a efectos de presentación en el Registro de la Propiedad por no poder verificarse la autenticidad de la misma, y por otro, invocar en apoyo de dicho defecto el principio de titulación pública del artículo 3 de la Ley Hipotecaria que como se ha dicho anteriormente no es exigible en este caso.

En cuanto al segundo de los defectos, procede reiterar la doctrina de las resoluciones de esta Dirección General de 20 y 30 de octubre de 2020, reflejada en otras posteriores, por la cual, la primera actuación del registrador en el caso del expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria, ha de ser la de apreciar la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de que efectivamente exista doble inmatriculación, total o parcial; apreciación que habrá de efectuar examinando los libros del Registro, la aplicación registral para el tratamiento de bases gráficas y la cartografía catastral; poniendo el acento en que si decide no tramitar el expediente, su negativa deberá estar debidamente motivada. En el supuesto de este expediente, la registradora en la nota de calificación expone sucintamente que, examinada la descripción de las tres fincas, según resulta de los folios registrales y las representaciones gráficas de las mismas, no puede llegarse a la conclusión de que se trate de la misma finca, ya que tanto la superficie como los linderos no resultan coincidentes.

Resolución de 12-12-2022
BOE 26-12-2022
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

La viuda del finado ha de intervenir en la partición hereditaria en su condición de legitimaria, con independencia de que se le haya legado el usufructo universal de los bienes.

Ciertamente, 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. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». Respecto del cónyuge viudo, este Centro Directivo ha afirmado que, por ser legitimaria, es necesaria su intervención en la partición hereditaria (resoluciones de 22 de febrero y 31 de octubre de 2018), pues mientras que no se realice la partición de la herencia y por tanto se adjudiquen bienes concretos a herederos determinados, existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota.

Todas las razones anteriores conducen a la confirmación de la calificación impugnada, toda vez que, como se ha indicado anteriormente, en casos como el presente existe una comunidad hereditaria de la que no solo forman parte los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alícuota, posición que en este caso ocupa, sin ningún género de dudas, la viuda del finado como legitimaria, sin que a ello constituya obstáculo el hecho de que el testador haya ordenado en favor de esta un legado de usufructo de dos bienes concretos de la herencia.

Por último, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre el hecho de que la misma escritura calificada se haya inscrito en otros Registros de la Propiedad, cabe recordar que, como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 10-10-2022.
BOE 11-11-2022
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

EXIGENCIA DE BALANCE VERIFICADO EN UNA OPERACIÓN ACORDEÓN SUBSANADO POR UN ACUERDO POSTERIOR. VERIFICACIÓN DEL BALANCE: NECESARIO CUANDO LOS INTERESES DE LOS SOCIOS Y ACREEDORES SE ENCUENTREN EN SITUACIÓN DE SUFRIR UN PERJUICIO.

SE REVOCA

La Dirección General indica que la sociedad que, por medio de una junta general, ostenta la facultad de subsanar un acuerdo anterior por medio de la adopción de otro nuevo siempre que no afecte a derechos de los socios o de terceros. Según doctrina reiterada del Centro Directivo la necesidad de verificación del balance que sirva de base a la operación (un acuerdo de operación de acordeón subsanado por otro posterior a tenor del contenido de la calificación del registrador) solo tiene sentido en la medida en que los intereses de los socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio, pero si no se dan estas circunstancias de hecho no existe un interés protegible, decae la exigencia de verificación del balance en que se fundamenta la operación.

Resolución de 13-10-2022.
BOE 11-11-2022
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número II.

FORMA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DE LA RENUNCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES (ART. 147 RRM).

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma su doctrina en relación a la forma en la que ha de efectuarse la notificación fehaciente exigida por el artículo 147 del

RRM en los casos de renuncia de los administradores sociales, indicando que la libre renuncia al cargo de administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, se supedita el reconocimiento registral de la dimisión a su previa comunicación fehaciente a la sociedad (arts. 147 y 192 RRM) y a tales efectos se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con acuse de recibo del documento de renuncia, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio social de la propia entidad según el registro, y resulte del acuse de recibo que el envío se ha entregado en dicho domicilio; y en otro caso, si el envío postal hubiera resultado infructuoso, el notario deberá procurar personalmente la notificación en los términos regulados en el artículo 202 del Reglamento Notarial (resolución de 15 de enero de 2021, entre otras).

Resolución de 24-10-2022.
BOE 23-11-2022
Registro Mercantil de Madrid, número XX.

TÍTULOS CONTRADICTORIOS: RESUELVE EL JUEZ COMPETENTE.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma su doctrina de que ante una contradicción insalvable de títulos presentados el registrador debe suspender la inscripción de sendos títulos incompatibles y remitir la cuestión relativa a la determinación de cuál es el auténtico a la decisión del juez competente en línea con la sentencia del Tribunal Supremo número 561/2022, de 12 de julio, a fin de evitar asientos ineficaces y en aplicación al principio de legalidad de los artículos 18 y 20 Ccom.

Resolución 4-10-2022.
BOE 12-2-2022
Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

REDUCCIÓN DE CAPITAL: AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES. SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 331 A 333 LSC Y ARTÍCULO 141 LSC. DOTACIÓN OBLIGATORIA.

SE REVOCA

Cuando se produce la adquisición de las participaciones a título oneroso mediante una contraprestación, que después se amortizan, la reducción de capital llevada a cabo debe sujetarse al régimen de las reducciones producidas por restitución de aportaciones y, en consecuencia, observar el sistema de protección de acreedores sociales establecido en los artículos 331 a 333 de la LSC (responsabilidad solidaria de los socios o dotación de reserva con cargo a beneficios o reservas libres).

La dotación obligatoria de una reserva de caracteres análogos únicamente puede tener lugar cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, es decir, cuando se haya producido a título lucrativo, sin satisfacer una contraprestación a cambio (art. 141 LSC).

Resolución de 14-11-2022.
BOE 5-12-2022
Registro de Bienes Muebles de La Coruña, número I.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y APREMIO DEL MISMO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD. NO COINCENCIA DEL TITULAR.

SE REVOCA

Consta en el Registro de Bienes Muebles anotación de embargo sobre un vehículo en favor de la Tesorería de la Seguridad Social, en el folio 1, y, en el folio 2, posterior inscripción de dominio a favor del BBVA y arrendamiento financiero de retro en favor del deudor embargado. Presentada certificación de remate y adjudicación en favor de la Tesorería de la Seguridad Social y mandamiento de cancelación de cargas e inscripciones posteriores, el registrador deniega por estar inscrito el dominio en favor de persona distinta del deudor ejecutado. La Dirección General revoca el defecto señalando que el hecho de que el folio 2 publique una titularidad distinta a la del folio 1, bien porque haya habido una transmisión en favor del actual titular con sucesivo lease-back, bien por el retraso en ingresar el título en el Registro, no priva al titular registral de la protección del principio de prioridad, que garantiza que los efectos del apremio se hagan constar en el Registro de acuerdo con su rango.

En definitiva, anotado el embargo de un bien mueble al amparo de la previsión de la disposición adicional 2.ª de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y el artículo 5 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el asiento despliega todos sus efectos por lo que en caso de que se lleve el apremio a resultado se procederá en la forma prevista en el RH en su artículo 175.2, es decir se ejecuta y se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo.

El principio de prioridad registral protege al titular de la anotación de embargo y garantiza los derechos derivados del mismo.

Resolución de 15-11-2022.
BOE 5-12-2022
Registro Mercantil de Málaga, número II.

AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE CAPITAL SIMULTÁNEO. MEDIDAS PROTECTORAS A LOS SOCIOS Y ACREEDORES.

SE REVOCA

Es doctrina reiterada de la Dirección General que en los supuestos de aumento y reducción de capital simultáneas, las medidas protectoras de socios y acreedores solo tienen sentido en cuanto los intereses de unos u otros, o de ambos, se encuentren en situación de sufrir un perjuicio, de tal forma que si la ejecución de dichos actos no da lugar a ningún tipo de riesgo debe decaer las exigencias de las funciones informadora y tuitiva que sean llamadas a cumplir la publicación de la reducción y el derecho de oposición de los acreedores, como ocurre en el presente caso en que se reduce capital y simultáneamente se aumenta hasta el mismo importe anterior.

Resolución de 16-11-2022.
BOE 5-12-2022
Registro Mercantil de Murcia, número II.

OBLIGATORIEDAD DE PRESENTAR LA HOJA DEL TITULAR REAL CON EL DEPÓSITO DE CUENTAS AUN CUANDO NO HAYA HABIDO MODIFICACIONES.

SE CONFIRMA

Con la entrada en vigor de la OM JUS /616/2022, el documento relativo a la declaración del titular real es de obligado cumplimiento y presentación con el depósito de las cuentas anuales aun cuando no haya habido modificación de dicha titularidad.

Presentadas las cuentas anuales con posterioridad a la entrada en vigor de la Orden JUS 616/2022, la declaración de titular real debe presentarse indicando el mismo aunque no haya variado, por exigencia de dicha orden y conforme a la DT.

Resolución de 21-11-2022.
BOE 12-12-2022
Registro Mercantil de Madrid, número V.

HOJA DE DECLARACIÓN DE TITULAR REAL.

SE CONFIRMA

La Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones que acorde con la sentencia de la Audiencia Nacional de la Sección Tercera de 26 de julio de 2019, la declaración de titularidad real es una obligación legal que se materializa con la presentación en el registro mercantil del depósito de cuentas, por lo que debe ser examinado por el registrador la presentación de dicha declaración al igual que el resto de los documentos que integran dicho depósito.

Resolución de 22-11-2022.
BOE 12-12-2022
Registro Mercantil de Valencia, número IV.

VALIDEZ DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL CON EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ABIERTO: SUSPENSIÓN DE PLAZO DE DESPACHO DE SOLICITUD. DETERMINAR SI CABE INSCRIPCIÓN DE LIQUIDACIÓN RESULTANDO DE UN BALANCE FINAL LA EXISTENCIA DE DEUDAS EN LA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La Dirección General ha reiterado en numerosas resoluciones que existiendo un procedimiento de jurisdicción voluntaria que genere una indeterminación sobre la situación registral es preciso esperar a la resolución del procedimiento. En cambio, cuando no se genera dicha indeterminación sobre la situación del derecho no existe motivo para la suspensión del plazo de despacho de la solici-

tud, como en el caso que nos ocupa donde existe una resolución administrativa firme de la Dirección General.

La validez de la convocatoria o modificación de Junta General la debe llevar a cabo el órgano competente con los requisitos de forma requeridos a tal efecto.

Por otro lado, si resultando del balance final protocolizado de una sociedad la existencia de deudas en el pasivo, cuando las deudas son para con los dos socios y con un tercero debidamente identificado, y se acredita en la certificación de los acuerdos y en la escritura pública que dichas deudas han sido satisfechas a los acreedores sociales se debe entender que no estamos ante un balance de liquidación por lo que se debe inscribir la escritura de liquidación en el Registro Mercantil.

Resolución de 28-11-2022.
BOE 20-12-2022
Registro Mercantil de Valencia, número I.

CIERRE DEL REGISTRO: REVOCACIÓN DE NIF, BAJA DE ÍNDICES DE ENTIDADES Y FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La Dirección General reitera que vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades junto con la nota de revocación del Número de Identificación Fiscal no podrá practicarse ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo de las excepciones indicadas en la ley-certificación de alta del Índice de Entidades y/o rehabilitación del NIF. Cerrado el Registro por falta de depósito de cuentas, solo cabe practicar los asientos que excepcionalmente permite el artículo 378 RRM.

Resolución de 29-11-2022.
BOE 20-12-2022
Registro Mercantil de Madrid, número VIII.

DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL.

SE CONFIRMA

Se reitera la obligación de presentar la declaración de titular real establecida en anteriores resoluciones de la Dirección General.

Resolución de 1-12-2022.
BOE 20-12-2022
Registro Mercantil de Valencia, número I.

CESE DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO FALLECIDO. CESE DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO Y SU NOMBRAMIENTO COMO LIQUIDADOR.

SE CONFIRMA

Si bien para inscribir el cargo de liquidador no es necesario las exigencias del artículo 111 RRM por ser persona inscrita, con cargo vigente y con facultad

certificante individual. No obstante, y para inscribir el cargo de liquidador es necesario la inscripción previa del cese del administrador solidario fallecido y para ello, a tenor del artículo 147 RRM es necesario la aportación del certificado de defunción.

Resolución de 2-12-2022.
BOE 20-12-2022
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

CALIFICACIÓN REGISTRAL MERCANTIL. MODIFICACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: MAYORÍA REFORZADA. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DEL DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La Dirección General reitera su doctrina en materia de calificación mercantil según la cual el registrador debe tener en cuenta para su calificación no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los ingresados con posterioridad, con el objeto de que el análisis conjunto de los pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto facilite la inscripción más adecuada evitando las ineficaces. El principio de prioridad cede en aquellos casos en que del documento posterior resulta la falta de validez del primero o al menos se pone en duda su eficacia, como ocurre en el presente caso.

La mayoría reforzada en la adopción de acuerdos se refiere al número de miembros que deba integrar el consejo de administración según el texto estatutario y no a la designación de las personas concretas que forman parte del órgano.

Cerrado el Registro consecuencia de la falta de depósito de cuentas anuales de la sociedad no cabe la inscripción del nombramiento de los nuevos integrantes del órgano de administración en sustitución de los destituidos.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Equilibrio y equidad en la convivencia tras la ruptura familiar: garantía de derechos de todas las partes

Balance and equilibrium in coexistence after family breakup: guarantee of rights of all parties

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas de padres, abuelos, parientes y allegados se halla en continua evolución. De modo que siempre surge algún nuevo punto que es necesario matizar para la búsqueda del *equilibrio y la equidad* entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, o, de los abuelos, parientes o allegados en su régimen de visitas, y, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, pero siendo preferente en todo caso, el interés superior de los menores.

ABSTRACT: Custody of minors, joint custody and the regime of communication and visits of parents, grandparents, relatives and relatives is in continuous evolution. So that there is always a new point that needs to be qualified in order to seek balance and equity between the cohabitation regime of each parent with the children, or of the grandparents, relatives or relatives in their visitation regime, and, the circumstances of the family situation in each specific case in order to preserve,

* 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.

above all, the guarantee of the rights of all parties, but preferential in any case, the best interests of minors.

PALABRAS CLAVE: Ponderación. Equidad. Equilibrio. Convivencia. Régimen de visitas. Padres. Menores. Parientes. Allegados.

KEY WORDS. Weighing. Equity. Balance. Coexistence. Visiting schedule. Fathers. Minors. Family members. Relatives.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROBLEMA DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.—III. LA DISPONIBILIDAD DEL TIEMPO DEL PROGENITOR PARA LA CONVIVENCIA.—IV. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DEL PROGENITOR Y LA IMPORTANCIA DEL CUIDADO DEL MENOR. EMPLEADOS PÚBLICOS Y ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR. —V. PONDERACIÓN EN LOS PERIODOS VACACIONALES: LA ALTERNANCIA ENTRE PROGENITORES PARA COMPARTIR CON AMBOS EL TIPO DE ACTIVIDADES CULTURALES, TRADICIONALES O RELIGIOSAS.—VI. IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN PARA ELUDIR LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS ENTRE PARIENTES Y ALLEGADOS: MAS DIFÍCIL CONJUGAR EL EQUILIBRIO.—VIII. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: DONDE LA PROPORCIONALIDAD RESIDE EN LA PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN DE ADAPTACIÓN ENTRE QUIENES NO SE CONOCEN.—IX. EL SUPUESTO DE LOS NIETOS TUTELADOS POR SUS ABUELOS QUIENES SE DIVORCIAN.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA. —XIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de análisis hoy está en continua evolución. Una vez que ya se ha concretado por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia los puntos clave de la custodia de menores, custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas, pudiera parecer que está todo dicho. No obstante, cada vez surge algún nuevo punto que es necesario matizar para la búsqueda del equilibrio y la equidad entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, siendo preferente el interés superior de los menores. No olvidemos que la jurisprudencia fue la pionera en tratar esta materia hasta el punto que fue el propio juzgador de instancia el que tuvo que argumentar un decálogo de comportamientos de las partes tras la crisis de pareja para ser cumplido por los progenitores en beneficio de sus hijos menores[1].

Si en 2012, cuando estudiábamos este tema se entendía que la concesión de la custodia compartida de los hijos se realiza siguiendo el principio del *favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. Y donde se concretaba que el Código Civil no esta-

blecía una lista de criterios, como ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos, y que fue por consiguiente la jurisprudencia la que insistía en la necesidad de concretar en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada, a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor[2], hoy la situación ha cambiado. No obstante, ya se apreciaba en la jurisprudencia menor la necesidad de equilibrio y ponderación, pues la SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2007[3], señalaba la necesidad de establecer una relación viable entre las partes basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores.

Si en la conjunción de derechos y obligaciones la *ponderación* es el concepto central para la búsqueda del equilibrio, cabe señalar que resulta fundamental tras la ruptura familiar donde hay que conjugar tantos aspectos de la «nueva convivencia» entre todas las partes. No debemos olvidar que la ponderación exige, además, la consideración o examen con *imparcialidad* de la asignación de las relaciones entre todos sopesando los derechos de todas las partes.

Además, resulta fundamental la *equidad*, no en su interpretación literal del término entendido como la cualidad que consiste en no favorecer en el trato a una persona perjudicando a otra, sino como el puro concepto jurídico y principio general del Derecho, es decir, consistente en otorgar igual protección a intereses iguales o semejantes que la merezcan, con base en que el Derecho debe ser el mismo para todos los miembros de la familia.

Y, para eso están los diversos y necesarios acuerdos entre las partes, con el objetivo último de procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad del cuidado integral de los menores, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios. No hace falta que el reparto de menores deba ser necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres, y en la asunción de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a realizar, sino que en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), puede que las posibles situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor se compensen mediante la correspondiente pensión de alimentos, siempre buscando el equilibrio de todos los implicados[4].

Custodia compartida que en 2009 tenía un carácter residual[5], pero que hoy asume un papel y una primacía fundamental.

Por último, señalar que el artículo 92 del Código Civil, no concreta los criterios, según los cuales debe establecerse la custodia compartida, sino que contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, y que en determinados casos puede resultar difícil de concretar, en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que sí los especifican.

Pero fue Juan Antonio XIOL, quien en la STS de 10 de enero de 2012, insistió en que «esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, que permite al juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la exposición de motivos de la vigente LEC en su artículo 752.1,2. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil, establece que el juez debe valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la

relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»[6].

El Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de mayo de 2000, ha señalado que constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional»[7], además de ser un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986)[8].

Además, es un criterio que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC de 14 de diciembre de 2009)[9] y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC de 15 de enero de 2001)[10].

II. EL PROBLEMA DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como colofón a esta situación, también hay que poner de manifiesto que al ser muy importante la estabilidad de los menores, y su continuidad tras la ruptura y la reorganización de sus vidas en la custodia compartida, también es difícil compaginar los horarios laborales de los padres con los horarios escolares y los extraescolares de los hijos.

De ahí que la sensibilización de la sociedad con la conciliación de la vida familiar y laboral ha ido en aumento, desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras hasta la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sin olvidar la reforma laboral aprobada por RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

No obstante, son muchas las voces que denuncian la diferencia en el tema de la conciliación, con carácter general, en comparación con países de nuestro entorno[11]. A lo que debe añadirse la dificultad progresiva para compatibilizar horarios tras la ruptura matrimonial, con repercusión directa en el tema de la custodia compartida. De ahí el estudio de la jurisprudencia que vamos a realizar a continuación.

III. LA DISPONIBILIDAD DEL TIEMPO DEL PROGENITOR PARA LA CONVIVENCIA

Para la posible implementación de la custodia compartida hay varias condiciones relacionales y estructurales que son necesarias, tales como la cercanía geográfica, la capacidad de los progenitores de cooperar sin conflictos intensos, y mantener al menos una relación tipo tarea laboral, un nivel adecuado de competencia paterna, horarios laborales adecuados para la vida familiar, un cierto grado de independencia económica, flexibilidad y un alto grado de sensibilidad a las necesidades de los hijos[12].

Al no ser fácil reunir estos requisitos la jurisprudencia está flexibilizando el tema de los horarios laborales como vamos a ver a continuación.

Hay estudios que han planteado que los progenitores que tienen una custodia compartida difieren en varios aspectos importantes de la mayoría de los progenitores separados o divorciados cuyos hijos e hijas viven casi exclusivamente con la madre. Inciden que tienen mayor educación, ingresos más altos y un nivel bastante bajo de conflicto[13].

Una vez que se solicita y se establece la guardia y custodia compartida, porque se concreta y demuestra que cada uno de los progenitores tiene capacidad y aptitudes para velar por ella (atenderla, cuidarla…), y, además su conducta es de colaboración para mantener una relación estrecha y cercana, debe darse un paso más. Y este es el que el beneficio del menor se debe centrar en la convivencia de los progenitores con ellos. Tiempo real y de calidad. Y, para ello es lógico que deba adaptarse las estancias del menor con cada uno de los progenitores teniendo en cuenta el horario, periodo de trabajo… de cada uno de ellos.

En unos primeros años, en torno a la primera década del presente siglo, la jurisprudencia en general solía desestimar la custodia compartida si no se exponía en el convenio con claridad la posibilidad de que ambos progenitores pudiesen ocuparse de los menores durante el tiempo y horario asignado a cada uno.

Sobre esta necesidad de adaptar los horarios de estancia con los hijos en función de los horarios del progenitor que lo tenga más complicado, el Auto del JPI de Gijón núm. 512, de 22 de junio de 2010 determinó que «no se fija horario concreto para iniciar esos periodos, en función de los turnos en que trabaja el padre, de ahí que ambos progenitores deberán acomodar el inicio de esos periodos, por el bien de los hijos, a esa circunstancia. Advirtiendo a ambos progenitores, que cualquier actuación interesada o injustificada que obstaculice esos intercambios en perjuicio de los menores, podrá sufrir las consecuencias de dicho comportamiento»[14].

Se trata de otorgar estabilidad al menor en los momentos (semanas o periodos) que se les asignaba de guarda y custodia, de modo que si el padre no puede adaptar su horario para posibilitar el régimen, se otorga la guarda y custodia unilateral a la madre. Y esto es precisamente lo que determinan las siguientes sentencias. Así pues, la SAP de La Coruña de 23 de septiembre de 2014[15], desestima la custodia compartida porque la diferencia de horarios laborales entre uno y otro cónyuge hace imposible que el padre se ocupe del hijo. En el mismo sentido se halla la SAP de La Coruña de 8 de octubre de 2014[16], en donde se declara improcedente la custodia compartida por la dificultad de articularlo, por la profesión y horario del padre.

Ocurre lo mismo y se llega a la misma conclusión judicial en la STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2014[17], que declara la difícil compatibilización de la dedicación laboral del padre con la atención a los tres hijos del matrimonio, lo que, junto con el informe psicosocial, justifica que se opte por la custodia materna.

Por ejemplo, la SAP de Orense de 28 de junio[18], soluciona de forma peculiar el hecho de que el padre se tenga que ausentar en determinadas épocas del domicilio habitual, y así establece una especie de compensación económica por los días que la madre tiene que estar con los hijos cuando el padre por motivos laborales está fuera de la ciudad, «a efectos de evitar futuros conflictos es conveniente pronunciarse sobre la petición formulada en el recurso de señalamiento de una pensión alimenticia a cargo del apelado para el supuesto, previsto en la resolución impugnada, de que el menor deba permanecer con la madre durante el tiempo de custodia correspondiente al padre…».

La STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2013[19], incluso, se permite señalar la necesidad de los progenitores de exigírseles un esfuerzo a ambos para continuar con la custodia compartida, ya que es el sistema más beneficioso, «…la comparación de horarios pone de manifiesto que ambos progenitores van a necesitar apoyo de terceros para prestar el necesario sostén a la menor, porque, como tantas otras veces sucede los dos resultan difíciles de conciliar con el horario

lectivo de la niña. Pero más allá de la expresada y habitual dificultad —que no imposibilidad—, no se justifica el desplazamiento de la custodia compartida, frente a la ventaja que esta supone para la menor, al permitir un reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres, debiendo la menor, al igual que sus progenitores, realizar la necesaria adaptación a la situación existente tras la ruptura».

Y es que la dificultad en los horarios de alguno de los progenitores es uno de los principales obstáculos para otorgar la custodia compartida, como ocurre con el horario por turnos (de mañana, tarde y noche) en la SAP de Barcelona de 24 de octubre[20], y también en la SAP de Barcelona de 29 de octubre[21], cinco días después, en donde se dice que «lo verdaderamente distintivo de la custodia compartida es que exista un área bien definida de decisiones respecto a los menores que necesariamente hayan de tomar de forma consensuada, y que sea posible establecer un sistema de comunicación mínima para la coordinación de las funciones parentales… la custodia compartida es la modalidad que ha de establecerse para el ejercicio de las responsabilidades parentales desde las exigencias de la coparentalidad…».

La STS de 10 de diciembre de 2015[22], que deniega la custodia compartida y se otorga en exclusiva a la madre, consideró que era la mejor opción posible, «dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo por ambos miembros de la pareja al iniciarse la crisis». El criterio del Supremo se centra en la lejanía de los domicilios de ambos progenitores en diferentes localidades.

Y es en este momento cuando se pronuncia el Alto Tribunal indicando en la STS de 3 de mayo de 2016[23], que «si se acude al régimen de custodia compartida ha de ser para que los *menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores*, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares y personales, durante la semana».

Y siguiendo este nuevo e importante requisito que debe caracterizar a la custodia compartida, en Salamanca, la SAP de 15 de marzo de 2017[24], concede la custodia compartida solicitada en modificación de medidas, ya que «todo parece indicar que, en un futuro próximo, dada la edad de la menor y las cada vez mayores responsabilidades en el ámbito formativo que ha de asumir, requerirá una mayor estabilidad, pudiendo resultar entonces un régimen adecuado el de guarda y custodia compartida por semanas tal como ahora solicitaba el progenitor. Sin embargo, si ambos progenitores estuvieron de acuerdo en la adopción del régimen de medidas inicial, parece lo más oportuno que sean los progenitores de nuevo quienes acuerden, en el momento que consideren adecuado, la modificación en el régimen de guarda, con las medidas que consideren adecuadas para acompañarlo».

Concretando que «…en todo caso, la praxis judicial revela que el establecimiento de un régimen de custodia compartida, a falta de acuerdo entre las partes, se condiciona a la concurrencia de una serie de factores, *incluyendo el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente*, procurando la continuidad del entorno».

En los últimos tiempos, se intenta compatibilizar reiteradamente el horario de los progenitores para así poder acordar una custodia compartida. En esta situación, como en tantas otras, ha habido una evolución jurisprudencial, desde las primeras sentencias en las que se denegaba la custodia compartida por carecer alguno de los progenitores de flexibilidad horaria, hasta las más actuales en las que se busca por todos los medios adaptar los horarios para otorgar este sistema de guarda.

La exigencia de flexibilidad, se ve incrementada por la nueva concepción del propio STS como vemos en la sentencia de 9 de marzo de 2016[25], en la que en primera instancia se atribuye la custodia a la madre, y en apelación, únicamente se amplía el régimen de visitas a favor del padre, en casación, la Sala reconoce que «aún siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio donde están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito dada la flexibilidad horaria» (desde el 1 de marzo de 2008 goza de una reducción de jornada para compatibilizar la vida familiar), «una mera diferencia en los horarios laborales y escolares de apenas unos minutos —señala el recurrente y así se lo reconoce la Sala— o incluso el hecho de que deba, en su condición de militar, realizar algún servicio de guardia de lunes a viernes dos veces al año, no es causa que justifique la falta de establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, máxime cuando los progenitores viven en la misma localidad…».

En la STS de 29 marzo de 2016[26], el recurso de casación se formula exclusivamente contra el pronunciamiento de la sentencia que niega al padre la guarda y custodia compartida, modificando la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, en la que se estableció la guarda y custodia a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre, que la sentencia recurrida amplía. Consta acreditado, dice la sentencia, «que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas… se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor…». En estas dos últimas sentencias, me gustaría destacar que, «el reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo al principio de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores», siendo, por tanto, la tolerancia y el acuerdo otro de los puntos clave para la decisión final.

No obstante, en la STS de 25 de abril de 2016[27], atendidas las circunstancias del caso se determina que no procede otorgar una custodia compartida semanal como solicita el padre en procedimiento de modificación de medidas. En apelación se rechaza porque «la única alteración concretada por el actor para el cambio de guarda, es la de paro persistente en que se encuentra. Sin embargo, es criterio de esta Sala, que cuando, como aquí se discute, obedece a motivaciones ajenas a la voluntad de quien lo sufre, no puede considerarse en ningún caso como una ventaja para la atribución de cambios en el régimen de guarda. Por ello no puede compartirse la alegación, según la cual, debe considerarse una ventaja para el progenitor, en beneficio de su hijo, la disponibilidad para ocuparse de sus atenciones y cuidados, en razón de una situación de paro no deseada, que en todo caso debe tenerse siempre como transitoria y nunca definitiva… el actor no puede garantizar una mínima estabilidad en su horario laboral que permita cumplir fielmente y atender las necesidades del menor…».

Así, el Tribunal Supremo insiste en que hace un análisis preciso de las circunstancias concurrentes desde la óptica de la necesaria *protección del interés del menor*, la denegación de la custodia compartida se produce por la inestabilidad que la situación del padre provocaría en el menor; no es una mera cuestión de disponibilidad de tiempo, sino de estabilidad de vida.

Y así llegamos a la interesante jurisprudencia del último año. La SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022 es tajante en cuanto a que el sistema de custodia compartida *no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas*

laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas ni por quincenas alternas[28].

La Audiencia concreta que no es necesario que haya una cadencia en el tiempo entre cada progenitor y su hijo siempre que se pueda conocer cada año con suficiente antelación el tiempo de disfrute de cada uno con el menor, de modo que se pueda llevar a cabo entre las tres partes una organización estable y así pueda fijarse por los progenitores el calendario de visitas anual en el mes de diciembre previo[29].

En el caso de la SAP de Navarra incluye poner a disposición de las partes los medios de que dispone el juzgado para que se ejercite la custodia compartida de la mejor forma posible, al señalar que las partes «podrán contar, además, con los servicios de mediación y la decisión final del juzgado en caso de no llegar a un acuerdo».

En la misma línea, un juzgado de Valladolid, pero esta vez del ámbito de lo social, ha concedido a un empleado la adaptación horaria para trabajar en turno de mañana las semanas en las que tenga la custodia de su hijo. Según la sentencia 28 de marzo de 2022 del juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, «ha de prevalecer la protección a la familia y a la infancia sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso de derecho o manifiesto quebranto para la empresa»[30].

Los magistrados entienden que la negativa empresarial constituye un obstáculo injustificado para la conciliación de la vida familiar y profesional del trabajador que debe ser solventado. La sentencia explica que la no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, «afectaría gravemente a la planificación familiar, dificultando la atención y cuidado de su hijo menor»[31].

El recurrente alega, además, que el Estatuto de los Trabajadores y otras leyes dicen que para la adaptación de jornada hay que tener en cuenta el interés superior del menor, «de lo contrario, estamos ante un acto discriminatorio».

IV. LA REDUCCIÓN DE JORNADA DEL PROGENITOR Y LA IMPORTANCIA DEL CUIDADO DEL MENOR. EMPLEADOS PÚBLICOS Y ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR

Tanto el legislador como el juzgador tienen en cuenta la importancia del cuidado del menor, *sobre todo en casos de enfermedad especial del mismo*.

Resulta constante la doctrina del Supremo, Sala Tercera, que declara como doctrina que «los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por hijo afectado de enfermedad grave, aunque no sea necesaria la hospitalización del menor, sino solo un cuidado directo, continuo y permanente, sin que a ello obste el hecho de que el menor se encuentre escolarizado»[32].

De hecho, ha manifestado que la escolarización de la menor y la coincidencia del horario lectivo y laboral no impiden el *disfrute de la reducción de jornada y el mantenimiento de las retribuciones del recurrente, empleado público*, que debe asistir a reuniones formativas, revisiones y pruebas de seguimiento en su jornada laboral.

La STS de 20 de octubre de 2022 mantiene que la menor esté escolarizada en un centro en el que existen terapeutas y profesionales especializados no dispensa de la atención permanente y la colaboración de los padres porque, además, no existe una ruta de autobús para llevar a la menor al centro escolar por lo que el desplazamiento hacia y desde el centro debe ser realizado por los progenitores y no siempre es compatible con su jornada laboral.

En idéntico sentido, la STS de 3 de junio de 2020[33], había establecido la aplicación del artículo 49 e) EBEP en aquellos supuestos en que no resulta precisa la hospitalización del menor, pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado. Se considera que la diabetes mellitus tipo 1 como una enfermedad grave que exige atención continuada y permanente.

A juicio del Tribunal Supremo es irrelevante alegar la escolarización de la menor cuando se acredita la imposibilidad de ser atendido en el centro escolar público por personal sanitario, inexistente, o incluso por el docente, que no tiene obligación de hacerlo al carecer de formación sanitaria.

V. PONDERACIÓN EN LOS PERIODOS VACACIONALES: LA ALTERNANCIA ENTRE PROGENITORES PARA COMPARTIR CON AMBOS EL TIPO DE ACTIVIDADES CULTURALES, TRADICIONALES O RELIGIOSAS

Resulta curiosa la doctrina de la Audiencia Provincial de La Rioja donde se concreta el reparto entre los padres de las vacaciones de Semana Santa del hijo ponderando la singularidad de esta festividad en los diferentes puntos de España, donde constató su peculiariedad, en atención a las actividades que se pueden realizar, o a las que se puede asistir, durante ese periodo y la riqueza de su variedad en diferentes zonas de España[34].

Entiende que este periodo vacacional habrá de disfrutarse por el menor por años alternos con cada uno de los progenitores para compartir con ambos el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas específicas de estas fechas, frente al criterio del juzgado de primera instancia que estableció que las vacaciones de Semana Santa el menor estaría íntegramente en compañía del padre.

La madre apela argumentando que la Semana Santa en Sevilla, donde reside 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 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.

De mantenerse el criterio del juzgado de instancia no se seguiría el criterio de perseguir el interés superior del menor, pues 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 periodos vacacionales.

Se busca por el aplicador del Derecho *la equidad y el equilibrio del disfrute de la convivencia vacacional* entre cada progenitor y los hijos.

VI. IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN PARA ELUDIR LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Un reciente Auto del Tribunal Supremo resulta clarificador a los efectos ahora estudiados[35]. Es sabido que la doctrina del Alto Tribunal, centrada en seguir el superior interés del menor, implica que permitir un régimen de visitas del menor con su padre, aunque localizado en el Punto de Encuentro Familiar, sería una decisión que conculcaría el interés superior del menor, al haber incumplido el

progenitor sus deberes paternos, con una evidente dejación de funciones tanto en lo afectivo como en lo económico sin causa justificada.

El Supremo entiende que el menor *expresó su voluntad de mantener la relación con su padre y que se siente bien tratado por él*, por lo que a fin de no perder la vinculación resulta acertada la decisión de la Audiencia de intentar que no se pierda esa mínima vinculación con él a través del régimen de visitas tutelado en el Punto de Encuentro Familiar, que podrá ampliarse o dejarse sin efecto en función de la evolución de las visitas.

VII. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y VISITAS ENTRE PARIENTES Y ALLEGADOS: MAS DIFÍCIL CONJUGAR EL EQUILIBRIO

No debemos olvidar que cuantas más partes hay implicadas mayores problemas pueden surgir. En el caso de uno de los últimos autos del Alto Tribunal, se analiza el supuesto en el que se enjuicia el posible derecho de los tíos paternos a relacionarse con sus sobrinos que se deniega en ambas instancias apoyándose en el principio del interés superior de los menores[36].

En este caso, el padre de los menores fue condenado por varios delitos de malos tratos inferidos tanto a la madre como al hijo mayor de los dos, quien ha tenido graves problemas de salud y psicológicos estando en tratamiento, y que fue privado de la patria potestad. La madre alega que su evolución se vería gravemente perjudicada con las visitas del tío, indicando que el trato es nulo entre ellos, de ahí que se negase el derecho de visita. El recurrente explica que se ha vulnerado su derecho a relacionarse con sus sobrinos, sin justa causa.

VIII. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: DONDE LA PROPORCIONALIDAD RESIDE EN LA PROGRESIVIDAD DEL RÉGIMEN DE ADAPTACIÓN ENTRE QUIENES NO SE CONOCEN

Otro punto de interés digno de estudio es el supuesto del derecho de visitas en el caso de filiación no matrimonial, cuya filiación biológica es reconocida. Tras el otorgamiento de las mismas, previamente debe de haber un periodo de adaptación —ya previsto tutelado por el Punto de Encuentro Familiar, teniendo en cuenta la escasa edad de la menor y la ausencia de relación con su padre desde su nacimiento[37].

La cuestión por dilucidar se centra en saber cuál es la *proporción adecuada para que la progresividad de la adaptación no sea ni muy amplio ni restringido*, teniendo en cuenta el interés general del menor, por encima de los intereses, preferencias o comodidades de sus progenitores, sin que este derecho sea absoluto. No olvidando que es un derecho de los hijos relacionarse y estar en compañía de ambos progenitores, redundando ello en su mejor desarrollo emocional y evolutivo, salvo en aquellos supuestos en los que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen el establecimiento de limitaciones al ejercicio de este derecho.

IX. EL SUPUESTO DE LOS NIETOS TUTELADOS POR SUS ABUELOS QUIENES SE DIVORCIAN

Estamos en un supuesto donde los abuelos tutelan a los menores, quienes tras el divorcio expresaron no encontrarse contentos con el desarrollo del régimen

de visitas del auto de medidas por desarrollarse en la vivienda de unos tíos con los que convive la abuela, quien manifestó que no quería régimen de visitas con sus nietos. Por otro lado, los nietos manifestaron su deseo de permanecer bajo la guarda del abuelo y seguir en el mismo domicilio familiar [38].

La Audiencia concreta que el artículo 94 del Código Civil, tanto en su regulación anterior como en la posterior a la reforma operada por Ley 8/2021, de 2 de junio, permite el determinar en sentencia de divorcio el derecho de comunicación y visitas de los nietos con los abuelos, previa audiencia de quien lo hubiera solicitado «que deberán prestar su consentimiento». La abuela no ha solicitado el régimen de visita ni ha prestado su consentimiento.

El que se trate de nietos sujetos a tutela de los cónyuges de cuyo divorcio se trata no los equipara, a los efectos de un procedimiento de divorcio, a los hijos menores, y menos cuando está tramitándose un procedimiento de remoción de esa tutela. No cabe en sentencia de divorcio establecer unas visitas no pedidas ni consentidas entre abuela tutora y nietos tutelados. No ya porque no cabe imponer a la abuela unas visitas que rechaza, sino porque ese rechazo hace que quede sin justificación la premisa que debe presidir esta decisión, que según el propio artículo 94 es el interés del menor.

La Audiencia no alcanza a ver la razón por la que debe reputarse que es del interés de los menores el tener las visitas de la abuela. Además, el rechazo de las visitas es una circunstancia añadida a la puesta de relieve por los menores.

X. CONCLUSIONES

I. El fin último de la custodia compartida y el régimen de coparentalidad se centra en la búsqueda del equilibrio y la equidad entre el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos, las circunstancias de la situación familiar en cada caso concreto, a fin de preservar sobre todo la garantía de los derechos, de todas las partes, siendo preferente *el interés superior de los menores*. Partes implicadas donde están presentes también los abuelos parientes y allegados. La proporcionalidad debe darse también incluso cuando el abuelo es el tutor con guarda y custodia y los parientes tienen un régimen de visitas.

II. En unos primeros años, en torno a la primera década del presente siglo, la jurisprudencia en general solía desestimar la custodia compartida si no se exponía en el convenio con claridad la posibilidad de que ambos progenitores pudiesen ocuparse de los menores durante el tiempo y horario asignado a cada uno.

A pesar de ello, en la mayoría de las sentencias se observa que, *exigiendo un mayor esfuerzo por parte de todos, es viable optar por una custodia compartida*.

La dificultad en los horarios de alguno de los progenitores es uno de los principales obstáculos para otorgar la custodia compartida, como ocurre con el horario por turnos (de mañana, tarde y noche). Para otorgar este tipo de custodia es necesario definir la toma de decisiones sobre los menores de forma consensuada, y que sea posible establecer un sistema de comunicación mínima para la coordinación de las funciones parentales…

El sistema de custodia compartida *no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores*. Los menores deben tener *estabilidad alternativa con ambos progenitores*, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares y personales, durante la semana.

Para lograr el fin último de la custodia compartida los diversos y necesarios acuerdos entre las partes deben procurar un *cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad del cuidado integral de los menores*, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios.

III. Tras la ruptura y la reorganización de sus vidas en la custodia compartida, también es difícil compaginar los horarios laborales de los padres con los horarios escolares y los extraescolares de los hijos. De ahí que la sensibilización de la sociedad con la conciliación de la vida familiar y laboral haya ido en aumento, y el legislador haya dado algún paso en ese sentido.

Para la posible implementación de la custodia compartida hay varias condiciones relacionales y estructurales que son necesarias, tales como la cercanía geográfica, la capacidad de los progenitores de cooperar sin conflictos intensos, y mantener al menos una relación tipo tarea laboral, un nivel adecuado de competencia paterna, horarios laborales adecuados para la vida familiar, un cierto grado de independencia económica, flexibilidad y un alto grado de sensibilidad a las necesidades de los hijos.

Al no ser fácil reunir estos requisitos la jurisprudencia está flexibilizando el tema de los horarios laborales.

IV. Tanto el legislador como el juzgador tienen en cuenta la importancia del cuidado del menor, *sobre todo en casos de enfermedad especial del mismo*. Así, los empleados públicos tienen derecho a la reducción de jornada por hijo afectado de enfermedad grave aunque no sea necesaria su hospitalización, sino solo un cuidado directo, continuo y permanente, sin que a ello obste el hecho de que el menor se encuentre escolarizado.

V. Se busca por el aplicador del Derecho la equidad y el equilibrio del disfrute de la convivencia vacacional entre cada progenitor y los hijos. Se impone la necesidad de buscar la ponderación en los periodos vacacionales y la alternancia entre progenitores para compartir con ambos el tipo de actividades culturales, tradicionales o religiosas.

VI. Ponderación y proporcionalidad que también debe estar presente en el supuesto de la filiación no matrimonial, donde esta proporcionalidad reside en la progresividad del régimen de adaptación entre quienes no se conocen.

XI. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. La Ley 2364/2001.
- STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. La Ley 240117/2009.
- STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996. La Ley 8805/2000.
- ATC, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. La Ley 556/1986.
- STS, Sala de lo Contencioso-administrativo de 20 de octubre de 2022. Sentencia 1335/202. Rec. 3974/2020. (La Ley 243685/2022).

- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 641/2020 de 3 de junio de 2020, Rec. 78/2018. Ponente: Celsa PICÓ LORENZO. La Ley 45618/2020. ECLI: ES:TS:2020:1318.
- STS, Sala Primera. Sentencia de 29 de marzo de 2016. Número de sentencia: 194/2016 Número Recurso: 1159/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 1291:2016. Ecli: ES:TS:2016:1291.
- STS. Sala Primera. Sentencia de 25 de abril de 2016. Número de sentencia: 276/2016 Número Recurso: 1980/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1790:2016. Ecli: ES:TS:2016:1790.
- STS, Sala Primera. Sentencia de 9 de marzo de 2016. Número de sentencia: 138/2016 Número Recurso: 791/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1156:2016. Ecli: ES:TS:2016:1156.
- STS, Sala Primera, sentencia de 3 de mayo de 2016. Número de sentencia: 283/2016 Número Recurso: 1099/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1901:2016. Ecli: ES:TS:2016:1901.
- STS, Sala Primera, sentencia de 10 de septiembre de 2015. Número de sentencia: 485/2015 Número Recurso: 797/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 3796:2015.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 7717/2012.
- SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022. Sentencia 322/2022. Recurso 781/2021 (La Ley 166455/2022).
- SAP de La Rioja, 10 de marzo de 2022. Sentencia 67/2022. Recurso 81/2022 (La Ley 91833/2022).
- SAP de Segovia, sección Primera, de 23 de febrero de 2022. Número de sentencia: 73/2022 Número Recurso: 356/2021. Ponente: Jesús MARINA REIG. Numroj: SAP SG 77/2022. Ecli: ES:APSG:2022:77.
- SAP de Cádiz, Sección Quinta de 31 de diciembre de 2021. Número de sentencia: 1355/2021 Número Recurso: 1279/2021. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. Numroj: SAP CA 3069:2021. Ecli: ES:APCA:2021:3069.
- SAP de Salamanca, Sección; Primera. Sentencia de 15 de marzo de 2017. Número Sentencia: 148/2017 Número Recurso: 541/2016. Ponente: José Antonio MARTÍN PÉREZ. Numroj: SAP SA 191:2017. Ecli: ES:APSA:2017:191.
- SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Número de sentencia: 646/2013 Número Recurso: 784/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.
- SAP de La Coruña, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2014. Número de sentencia: 281/2014 Número Recurso: 294/2014. Ponente: María José PÉREZ PENA.
- SAP de La Coruña, sección 3.ª, sentencia de 8 de octubre de 2014. Número de sentencia: 291/2014 Número Recurso:252/2014. Ponente: María Josefa RUIZ TOVAR Numroj: SAP C 2429/2014. Ecli: ECLI:ES:APC:2014:2429.
- SAP de Orense, Sección: Primera sentencia de 28 de junio de 2013. Número de sentencia: 281/2013 Número Recurso: 54/2013. Ponente: Josefa OTERO SEIVANE.
- SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Número de sentencia: 639/2013 Número Recurso: 757/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.

- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 53774/2007.
- STSJ de Aragón, Sección: Primera de 30 de mayo de 2014. Número de sentencia: 20/2014 Número Recurso: 4/2014. Numroj: STSJ AR 647/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Ecli: ECLI:ES:TSJAR:2014:647.
- STSJ de Aragón. Sección: Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2013. Número Recurso: 23/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 116201/2008.
- ATS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022. Número Recurso: 3176/2022. Ponente: Pedro José VELA TORRES. Numroj: ATS 15510:2022. Ecli: ES:TS:2022:15510A.
- ATS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 2022. Número Recurso: 2246/2022. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Numroj: ATS 15049:2022. Ecli: ES:TS:2022:15049A.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 91994/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, (Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 109976/2010.
- Juzgado de lo Social núm. 3 Valladolid, Sentencia 82/2022, 28 de marzo de 2022. Rec. 765/2021 (La Ley 130678/2022).

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Artículos 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público.
- RD Legislativo 2/2015 de 23 octubre (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

XIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

IGLESIAS MARTÍN, C.R.: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad.* Tirant lo Blanch. 2019.

VVAA: CUSTODIA COMPARTIDA EN SITUACIONES DE DIVORCIO en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar.* Tirant lo Blanch. 2022.

NOTAS

[1] El Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, (Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 109976/2010), enumeró este decálogo, seguido posteriormente por todos los juzgados, consistente en que:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.

2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.

4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.

5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.

7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.

10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia.

[2] Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 731, 1549 a 1784.

[3] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 53774/2007

[4] STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 116201/2008.

[5] El Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, consideró en 2009 que la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Parte además de que: Su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad. No es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados.

(Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 91994/2009).

[6] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 7717/2012.

[7] STC, Sala Segunda, sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, recurso: 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 141/2000. Número de recurso: 4233/1996.

La Ley 8805/2000. Sentencia que analiza una vulneración de la libertad ideológica por restricción del régimen de visitas a los hijos en atención a las creencias del padre, y que afirma que: «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad» (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España».

[8] Tribunal Constitucional, Auto 127/1986, de 12 de febrero de 1986. Número de sentencia: 127/1986. La Ley 556/1986. «En efecto, la sentencia en cuestión no formula declaración alguna en el sentido de establecer una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de la recurrente para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza esta en los términos que establece la ley, la cual, por cierto, admite la posibilidad de limitaciones, y principalmente, porque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siendo derechos constitucionales y dotados por tanto, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme con lo que establece el artículo 13 de la CE. La carga o gravamen que se recoge en la sentencia impugnada, y que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o residencia de la recurrente, se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, sin tener en cuenta el factor de la nacionalidad. En este sentido carecen de toda fuerza argumental las insinuadas afirmaciones de que el pronunciamiento ahora impugnado ha sido adoptado en razón a la protección a ultranza del español, en este caso el esposo de la recurrente. Lo único que se transparenta en la sentencia es, como hemos dicho, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el artículo 117-3 de la CE a la función jurisdiccional ejercida por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este TC en su Auto 116, de 22 de febrero de 1984, "ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la CE)… sino que valora determinadas circunstancias… en virtud de los intereses de los hijos que estima superiores, y cuando dicha opción se efectúa con base en circunstancias que guardan relación con dichos intereses filiales, el hecho de tomarlos en estima por el Juez no supone siquiera un juicio positivo o negativo acerca de la conducta del cónyuge reclamante… haciendo en definitiva un adecuado juicio de la legalidad que no puede ser materia de recurso constitucional por no rozar el derecho concedido en el artículo 19.2 quedando extramuros del contenido peculiar del proceso de amparo"»

[9] STC, Sección 3.ª, 217/2009, de 14 de diciembre de 2009, recurso: 10656/2006. Ponente: Eugeni GAY MONTALVO. Número de sentencia: 217/2009. Número de recurso: 10656/2006. La Ley 240117/2009. El Tribunal Constitucional estima, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, la demanda de amparo planteada contra la providencia que inadmitió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia que modificó el régimen de visitas de un menor con su padre, y al objeto de restablecer a la recurrente en su derecho, declara la nulidad de la resolución impugnada.

[10] STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso: 3966/1997. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 4/2001. Número de recurso: 3966/1997. La Ley 2364/2001

[11] Según el informe publicado en Conciliación de la vida laboral y familiar en España, estadísticas, datos y gráficos Datos actualizados el 9 de diciembre de 2021 de la Encuesta de Población Activa (EPA):

Casi la mitad de trabajadores (el 49,55%) no pudo modificar en 2018 su jornada laboral para poder asumir responsabilidades relacionadas con el cuidado de otras personas.

El 17,1% de las personas de 18 a 64 años de España con hijos menores de 15 años utilizaron en 2018 habitualmente servicios profesionales para el cuidado de sus hijos. Este porcentaje es todavía mayor en el caso de ocupados, en donde el porcentaje que usa servicios de profesionales para el cuidado de sus hijos asciende hasta el 19,66%.

En cuanto al 82,9% restante de españoles que no usa estos servicios, la mayoría (49,52%) se organiza solo o con su pareja para cuidar a sus hijos y hay otro 19,84% que pide ayuda a abuelos, familiares y amigos para ello. Además, hay un 12,37% que afirma no necesitar ningún tipo de ayuda y un 7,33% que alega que no usa servicios profesionales porque son caros.

Diferencias entre hombres y mujeres: Preguntados por la principal característica del empleo que dificulta la conciliación, la mayoritaria afirma que no hay una dificultad especial. Entre los que sí encuentran dificultades, tanto para los hombres como las mujeres los principales problemas tienen que ver con las largas jornadas de trabajo y los horarios inflexibles.

En este sentido, el porcentaje de hombres que afirma no poder cambiar su horario de trabajo es mayor que el de las mujeres. Y también es más elevado el porcentaje de hombres que afirman que en su trabajo no pueden organizarse la jornada de manera que tengan un día libre a la semana para el cuidado de familiares.

www.epdata.es › datos › conciliacion-vida-laboral-familiar-espana-estadisticas

Según datos publicados en 2019 por la OCDE, las políticas de conciliación en España se sitúan en el puesto 14 de 31 países analizados. Obtenemos una puntuación global de 15, esto es, estamos 8,7 puntos por debajo de Suecia (que se sitúa en primer lugar) y 13,7 puntos por encima de Suiza, posicionada en último lugar.

España trabaja una media de 1689 horas al año, por encima de Alemania (1371), Holanda (1425) o Dinamarca (1438). Además, los trabajadores españoles tan solo pueden dedicar 3,3 horas de media al hogar y a la familia, siendo las mujeres (con 4,29 horas) las que dedican más tiempo, casi el doble de tiempo que dedican los hombres (2,32 horas), según cifras extraídas por el IPF. Asimismo, y con respecto a la flexibilidad horaria, tan solo 1 de cada 9 españoles (el 11,9%) tiene horario flexible, lo que hace que España sea, junto con Portugal, el país de la UE con menor flexibilidad laboral. El número de personas que se acoge a la jornada parcial en España (15,9%) está por debajo de la media europea (20,4%) y «muy por debajo» de casi todos los países de la UE. Por otro lado, la práctica totalidad de los ocupados (92%) no usan nunca el teletrabajo, lo que sitúa a España también por debajo de la media de la UE (13,5%).

[12] IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad.* Tirant lo Blanch. 2019.

[13] VVAA: CUSTODIA COMPARTIDA EN SITUACIONES DE DIVORCIO en *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar.* Tirant lo Blanch. 2022.

[14] Juzgado de 1.ª Instancia de Gijón, Sección: Octava, de 22 de junio de 2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número Recurso: 512/2010.

[15] SAP de La Coruña, Sección 3.ª, de 23 de septiembre de 2014. Número Sentencia: 281/2014 Número Recurso: 294/2014. Ponente: María José PÉREZ PENA en donde se solicita la modificación del régimen de visitas comunicación y estancia, solicitándose el régimen de custodia compartida y subsidiariamente se modifique el régimen de visitas fijado en la sentencia por considerar que hay un reparto desigual de las vacaciones de semana santa.

[16] SAP de La Coruña, sección 3.ª, sentencia de 8 de octubre de 2014. Número Sentencia: 291/2014 Número Recurso:252/2014. Ponente: María Josefa RUIZ TOVAR Numroj: SAP C 2429/2014. Ecli: ECLI:ES:APC:2014:2429.

Se solicita sin definir un caso de custodia compartida, aunque la AP señala que tal indefinición se debe a que al ser el padre interventor de Renfe, en el año 2013 tendría libres los días 1 y 2, 14 y 15 y 26 y 27, que van alterándose en sucesivos meses y que a su vez pueden ser alterados.

Concluye la Sala que ha venido manteniendo desde la sentencia dictada por el tribunal constitucional de 17/10/2012 que declaró nulo el inciso «favorable «contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por ser

contrario al artículo 117.3, CE que la custodia compartida debe ser el régimen ordinario, con la precisión de que debe primar siempre el *interés del menor*.

[17] STSJA, Sección: Primera de 30 de mayo de 2014. Número Sentencia: 20/2014 Número Recurso: 4/2014.

Numroj: STSJ AR 647/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Ecli: ECLI:ES:TSJAR:2014:647. El día 14 de junio de 2013 el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio y establecía las medidas reguladoras de los efectos de divorcio. El padre presentó recurso de apelación, que fue resuelto por la Seccion Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza denegando así la procedencia de establecer el régimen de custodia compartida, y acordando que los hijos menores quedarían a cargo de la madre, si bien con establecimiento de un amplio régimen de visitas a favor de padre.

[18] SAP de Orense, Sección: Primera sentencia de 28 de junio de 2013. Número Sentencia: 281/2013 Número Recurso: 54/2013. Ponente: Josefa OTERO SEIVANE.

[19] En sentencia de primera instancia confirmada por la Audiencia se acordó el divorcio de las partes, con atribución de la custodia de la hija menor de edad a la madre y reconocimiento al padre de un régimen de visitas, el TSJ establece la custodia compartida (STSJ de Aragón. Sección: Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2013. Número Recurso: 23/2013. Ponente: Emilio Molins García-Atance).

[20] SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Número Sentencia: 639/2013 Número Recurso: 757/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO.

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto desestima su pretensión de que se acordara la guarda y custodia compartida sobre las dos hijas comunes, pues se acordó la homologación del convenio de 25 de febrero de 2010 que estableció la guarda y custodia para la madre, con un régimen de visitas con el padre consistente en fines de semana alternos y mitad de las vacaciones.

[21] SAP de Barcelona. Sección: Decimoctava. Sentencia de 29 de octubre de 2013. Número Sentencia: 646/2013 Número Recurso: 784/2012. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO. Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto no acuerda un régimen de guarda y custodia compartida por quincenas alternas, alternándose ambos progenitores en la vivienda que fuera conyugal, haciéndose cargo cada uno de los gastos de los menores cuando los tuviere en su compañía y de los demás gastos por mitad.

[22] STS, Sala Primera, sentencia de 10 de septiembre de 2015. Número Sentencia: 485/2015 Número Recurso: 797/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 3796:2015.

[23] STS, Sala Primera, sentencia de 3 de mayo de 2016. Número Sentencia: 283/2016 Número Recurso: 1099/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1901:2016. Ecli: ES:TS:2016:1901.

[24] SAP de Salamanca, Sección; Primera. Sentencia de 15 de marzo de 2017. Número Sentencia: 148/2017 Número Recurso: 541/2016. Ponente: José Antonio MARTÍN PÉREZ. Numroj: SAP SA 191:2017. Ecli: ES:APSA:2017:191.

Procedimiento de modificación de medidas, que estimo parcialmente la demanda del recurrente en la que solicitaba que se fijara un nuevo régimen de visitas de la hija menor Frida, solicitando un régimen de guarda y custodia compartida por quincenas o subsidiariamente por semanas, con visitas el día del cumpleaños de la hija y la extinción de la pensión de alimentos.

Se basa el recurso en la alegación de error en la valoración de la prueba practicada respecto a la modificación de la medida relativa al reparto de visitas por semanas y en la solicitud de fijación pormenorizada del disfrute del día del padre por el padre, y del disfrute respecto a los días de cumpleaños de la menor y de los padres.

[25] STS, Sala Primera. Sentencia de 9 de marzo de 2016. Número Sentencia: 138/2016 Número Recurso: 791/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1156:2016. Ecli: ES:TS:2016:1156.

[26] STS. Sala Primera. Sentencia de 29 de marzo de 2016. Número Sentencia: 194/2016 Número Recurso: 1159/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 1291:2016. Ecli: ES:TS:2016:1291

[27] STS. Sala Primera. Sentencia de 25 de abril de 2016. Número Sentencia: 276/2016 Número Recurso: 1980/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1790:2016. Ecli: ES:TS:2016:1790

Mediante sentencia se desestima el régimen de custodia compartida y se mantiene la custodia a favor de la madre con el régimen de visitas a favor del padre, tal y como se pactó por los progenitores en el acto del juicio regulador de las relaciones paterno filiales.

[28] SAP de Navarra de 11 de mayo de 2022. Sentencia 322/2022. Recurso 781/2021 (La Ley 166455/2022).

[29] SAP de Navarra. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda resulta beneficioso para la menor ya que periódicamente va a disponer de periodos de tiempo para estar con la misma, los cuales pondrán fijarse cada año con la debida antelación, ya que si bien trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión de la jornada anual al inicio del año y por tanto es perfectamente posible que se fijen los periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello.

[30] Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, sentencia 82/2022, 28 de marzo de 2022. Rec. 765/2021 (La Ley 130678/2022). El juzgado concede a un trabajador la concreción horaria en forma coincidente con la guardia y custodia compartida por semanas alternas de su hijo, porque debe prevalecer la protección a la familia y a la infancia, sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso de derecho o manifiesto quebranto para la empresa.

La no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, afectaría gravemente a la planificación familiar, dificultando la atención y cuidado de su hijo menor.

El Juzgado de lo Social expone que el derecho a la adaptación de jornada no debe quedar mediatizado por la existencia en la empresa de un sistema de turnos, ni abarcar o ceñirse únicamente a la mera disminución lineal de la previa jornada, que queda incardinada dentro de la «jornada ordinaria». Insiste en que, aunque este régimen de turnicidad cuente con respaldo normativo o convencional, el trabajador tiene derecho a trabajar en turno de mañana las semanas en que tenga la custodia de su hijo y trabajar en turno de tarde cuando no lo tenga.

Además, valora que en la empresa no consta que ningún otro trabajador se encuentre en las mismas circunstancias, ni que la afectación pueda resultar perjudicial porque no se acredita que concurran causas organizativas o productivas que impidan la concreción solicitada.

Los cuadrantes se realizan mensualmente por lo que no hay problema para facilitar al trabajador que lo solicite el cuadrante anual; además, las coincidencias del turno de tarde del trabajador con la custodia de su hijo son puntuales, por lo que la empresa queda obligada a adoptar las medidas legales que procedan para facilitar la conciliación de la vida familiar.

[31] «La reducción de jornada es un derecho que ningún tribunal puede negar. En cambio, la adaptación no se concede tan fácil porque muchos jueces la calificaban como jornada a la carta», afirma Carmen JUANES, abogada defensora.

«La razón que da la empresa para negar muchas adaptaciones es que puede afectar a sus necesidades organizativas», dice JUANES, quien agrega que «no se ha podido acreditar que concurran causas productivas que impidan la adaptación solicitada».

Según explica la abogada, «no se puede seguir obligando al trabajador a mantener la ayuda que ha venido recibiendo de su familia para el cuidado de su hijo durante los últimos siete años, ni se le puede obligar a seguir haciendo cambios con sus compañeros como la empresa proponía».

La abogada pidió también una indemnización de 2000 euros por daños morales, que finalmente no ha sido concedida. La sentencia es firme y contra ella no cabe recurso.

[32] STS, Sala de lo Contencioso-administrativo de 20 de octubre de 2022. Sentencia 1335/202. Rec. 3974/2020. (La Ley 243685/2022). En el caso, la menor está diagnosticada de autismo, ha obtenido el Grado III, nivel I de la Ley de Dependencia, y tiene reconocido un grado de discapacidad del 68%. Su situación físico-psíquica es muy delicada, sus destrezas adaptativas son propias de personas de 5 años de edad, lo que unido a sus dificultades conductuales revela la necesidad de atención intensa y/o supervisión constante.

[33] STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 641/2020 de 3 de junio de 2020, Rec. 78/2018. Ponente: Celsa PICÓ LORENZO. La Ley 45618/2020. ECLI: ES:TS:2020:1318.

[34] SAP de La Rioja, 10 de marzo de 2022. Sentencia 67/2022. Recurso 81/2022 (La Ley 91833/2022).

[35] ATS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022. Número Recurso: 3176/2022. Ponente: Pedro José VELA TORRES. Numroj: ATS 15510:2022. Ecli: ES:TS:2022:15510A.

[36] ATS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 2022. Número Recurso: 2246/2022. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Numroj: ATS 15049:2022. Ecli: ES:TS:2022:15049A.

[37] SAP de Cádiz, Sección Quinta de 31 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 1355/2021 Número Recurso: 1279/2021. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. Numroj: SAP CA 3069:2021. Ecli: ES:APCA:2021:3069.

[38] SAP de Segovia, sección Primera, de 23 de febrero de 2022. Número Sentencia: 73/2022 Número Recurso: 356/2021. Ponente: Jesús MARINA REIG. Numroj: SAP SG 77/2022. Ecli: ES:APSG:2022:77.

1.2. Derecho de Familia

Guarda y custodia de los menores de edad no emancipados: situaciones de violencia de género y vicaria y de sustracción internacional de menores

Guardian and custody of unemacipated minors: situations of gender and vicarious violence and international child kidnapping

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tras las situaciones de crisis matrimonial la guarda y custodia de los hijos menores de edad no emancipados, acordada en convenio regulador ratificado judicialmente o en proceso contencioso determina su atribución en exclusiva a uno de los cónyuges o compartida. En este último caso, se impide su adopción como medida normal y deseable ante supuestos de violencia de género y violencia vicaria. Asimismo, en ocasiones, tras un derecho de visitas el progenitor no custodio o teniendo la guarda y custodia compartida no lo devuelve dando lugar a lo que se conoce como delito de sustracción de menores. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la guarda y custodia de los hijos menores de edad acordada tras un proceso de nulidad, separación o divorcio, o crisis de pareja; en especial, la guarda y custodia compartida y cómo inciden las situaciones descritas de violencia de género y vicaria tras las recientes reformas del Código Civil, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre violencia de género y del Código Penal, máxime en un supuesto como es la sustracción de menores de enorme actualidad por desgracia porque en ocasiones terminan con el fallecimiento del hijo/a en manos de uno de ellos progenitores.

ABSTRACT: After marital crisis situations, the guardianship and custody of unemancipated minor children, agreed in a regulatory agreement ratified by the court or in contentious proceedings, determines its exclusive attribution to one of the spouses or shared. In the latter case, its adoption is prevented as a normal and desirable measure in cases of gender violence and vicarious violence. Likewise, on occasions, after a right of views, the non-custodial parent or having joint custody and custody does not return it, giving rise to what is known as the crime of child abduction. The present study is going to centre on the analysis of the guardianship and custody of their minor children of the agreed age after an annulment, separation or divorce process, or couple crisis; especially, joint custody and custody and how the described situations of gender and vicarious violence affect after the recent reforms of the Civil Code, Organic Law 1/2004, of December 28 on gender violence and the Penal Code, especially in a case such as child kifnapping unfortunately

very topical because sometimes they end with the death of the child in the hands of one of them parents.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia. Hijos menores de edad no emancipados. Violencia de género. Violencia vicaria. Derecho de visitas. Sustracción o secuestro de menores.

KEY WORDS: Guard and custody. Unemancipated minor children. Gender violence. Vicarious violence. Visitation rights. Kidnapping of minors.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: 1. La medida de guarda y custodia. interés superior del menor. 2. Criterios de atribución de la guarda y custodia compartida.—III. CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES *VERSUS* VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA.—IV. SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y NO CUSTODIO: 1. Configuración jurídica del tipo delictivo.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

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].

La patria potestad 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[3]. 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[4]. 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[5].

Como ha precisado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 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»[6].

La atribución de la patria potestad opera *ex lege*, esto es, se atribuye a los progenitores por el hecho de serlo. De forma que, atendiendo al contenido del artículo 154 del Código Civil relativo la responsabilidad parental y su ejercicio cabe, por un lado, la atribución de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, conectado con el hecho de la filiación —matrimonial y no matrimonial—. Si bien, esta regla general no opera cuando ostenta la patria potestad exclusivamente uno de los progenitores ante la muerte o declaración de fallecimiento del otro; cuando uno de los progenitores ha sido excluido de la patria potestad (art. 111 CC); o privado de la patria potestad[7]. En cuanto al ejercicio, este podrá ser conjunto o exclusivo por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro cuando se trate de progenitores convivientes, siendo «válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad» (art. 156.1 CC). En materia de violencia de género se indica que «*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 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 la 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*». Se prevé que la patria potestad se ejerza contando con el consentimiento de un solo progenitor únicamente a fin de poder prestar atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de edad cuando se den los supuestos específicos descritos. Fuera de estos, la privación de la patria potestad o la atribución del ejercicio exclusivo a uno de los progenitores requiere de un pronunciamiento judicial al respecto que venga a establecer y motivar la medida privativa de patria potestad acordada.

A continuación, dispone el citado artículo 156.2 que «*en caso de 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».

En esta línea convivencial de ambos progenitores en caso de defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En el caso de no convivir los progenitores, por vivir 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*» (art. 156.5 CC). Relacionado con lo dispuesto en el artículo 92 del citado cuerpo legal, en caso de separación, nulidad, o divorcio ambos progenitores siguen ostentado la titularidad de los hijos menores de edad no emancipados, pudiendo ser atribuido el ejercicio a uno de ellos —salvo que se acuerde la privación o suspensión total o parcial del ejercicio de dicha potestad por desatención o inobservancia grave de los deberes establecidos en el artículo 154 del Código Civil—. Ahora bien, la patria potestad, como responsabilidad parental, en caso de convivencia o separación ha de ejercerse siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (el mencionado art. 154 CC).

Ante un progenitor menor no emancipado, el artículo 157 del Código Civil dispone que el menor ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.

Sobre tales bases, 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 supuestos de ruptura de la convivencia descritos, 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. De todas formas, cualquier medida que se adopte en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio se ha de operar sobre el interés superior del menor. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021[8] dispone que «para valorar qué es lo 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 el interés superior del menor en caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto de sus derechos». Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019[9] manifiesta «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (…)».

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, im-

portantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia: así 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. 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 a 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 citada 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 respeto 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 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 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 periodo 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; y, 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 artículo 92.2 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.

Ahora bien, ante el incumplimiento de los deberes por parte de los progenitores en un régimen de guarda y custodia monoparental o compartida; como de un derecho de visitas del progenitor no custodio podrá determinar en el ámbito civil la modificación del régimen de custodia inicialmente establecido o la suspensión del régimen de visitas; y, en el ámbito penal determinar el ejercicio de acciones penales por desobediencia grave (art. 556 CP); o en un delito de sustracción de

menores (art. 225 bis CP); o en un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones[10].

En este contexto, el presente estudio se va centrar en analizar los diferentes criterios de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, en especial, de la guarda y custodia compartida. Asimismo, trataremos de analizar las últimas reformas de los artículos 92, 94, 103 y 158 del Código Civil en relación con situaciones de conflictividad y de violencia de género y violencia vicaria. Finalmente, nos referiremos a una consecuencia derivada de la atribución de la guarda y custodia individual o compartida y del régimen de visitas, comunicación y estancia que, pueden derivar en situaciones de secuestro o sustracción parental de menores.

II. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. La medida de guarda y custodia. interés superior del menor

La patria potestad supone un conjunto de derechos y deberes enumerados en el artículo 154 del Código Civil así: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes; y, 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Ante la ruptura de la convivencia y siempre velando por el interés del menor, procede señalar que, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda. a) La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo 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. Corresponde a un solo de los progenitores la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental y respecto del otro progenitor se fija un sistema de visitas, estancias o comunicaciones[11]. Este régimen de guarda y custodia podrán acordarlo los padres en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (art. 92.4 CC). Si bien, conviene precisar que, la adopción de esta guarda y custodia exclusiva o monoparental puede operar por exclusión de la compartida así: cuando no sea solicitada la guarda y custodia compartida por los padres; cuando no proceda la guarda y custodia compartida; o se excluya por imperativa legal la guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia. En todo caso, el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia «*deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*» (art. 92.6); y, asimismo «*de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*» (art. 92.9) y, en fin, oír a los menores que tengan suficiente juicio (art. 9

de la LOPJM); 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 conjunta o compartida o sucesiva. Resulta necesario la elaboración de una propuesta de Plan contradictorio en que el solicitante de la guarda y custodia compartida concrete la forma, y contenido del ejercicio en aras siempre del interés superior de menor; y, una buena relación entre los progenitores, como veremos[12]. Dentro de este tipo de guarda y custodia 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 los que entran y salen del único domicilio[13]; 4. La guarda compartida y la atribución de la vivienda a los hijos menores y uno de los progenitores[14]; d) Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea. Admitida la demanda el juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar con audiencia de estos, excepcionalmente que, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren (terceros) y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del juez (art. 103.1.ª CC). Se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos, en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor[15].

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.

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 arts. 90 y 103 CC)[16]. 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[17]. 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, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Ahora bien, tal régimen de guarda y custodia descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor[18]; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabiliadad[19]. Respecto al principio de superior interés del menor viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que «*1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*». Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de 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 de 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. Y, en último lugar, este principio es, además, 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. Por lo que, sobre estas consideraciones, 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 tenidos 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. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social[20]. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que «*los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez*». También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental [arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23] —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

En este contexto, 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[21]; 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 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[22]; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe 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[23].

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 su artículo 19.2 señala 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 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).

Finalmente, 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, 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 Europeo 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 irremediables 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 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).

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[24] 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»[25]. Estos criterios son los que deben 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[26]. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016[27] 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, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016[28] 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 citadas las legislaciones autonómicas, que si 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[29].

Es, por ello que, el 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[30].

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.

2. Criterios de atribución de la guarda y custodia compartida

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, siguiendo a MARTÍNEZ CALVO describe la guarda y custodia compartida «como un régimen de guarda y custodia de los hijos menores que se caracteriza porque ambos progenitores se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia, compartiendo en un plano de igualdad derechos y obligaciones respecto a sus hijos, pero sin que se exija un reparto estrictamente igualitario (aunque sí parecido) del tiempo que los hijos pasan con cada progenitor»[31].

Por su parte, LATHROP la conceptúa como «aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados»[32].

Es por ello que, 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[33] 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[34].

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[35] —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución[36]— 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[37].

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013[38] «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 29 de abril de 2013 que, además, «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 permite 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, además, «la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema más adecuado y se adoptará siempre que sea compatible con el interés del menor»[39]. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 16 de febrero y de 17 de noviembre de 2015 que 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»[40].

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen 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[41]. Por tanto, no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012[42] en cuanto el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal.

En este contexto, se ha de partir que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala de lo Civil que, la redac-

ción del artículo 92 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 cuanto lo sea[43].

Por tanto, la guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio de los hijos la desigualdad de los progenitores, que manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo, se ven privados de la custodia que, se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de vistas a favor del otro. Lógicamente, el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no solo sea beneficioso para los hijos, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual[44]. Se pretende con esta medida «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor»; en definitiva «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus 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 sin duda parece también los más beneficioso para ellos»[45]. Y «tener una situación personal y laboral estable que permita organizar de forma satisfactoria el cuidado y atención de las hijas comunes»[46].

En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible[47], atendiendo siempre al interés superior del menor[48]. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores están en localidades o países diferentes[49]. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión[50]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022[51], precisamente, se estima la guarda y custodia compartida, pues, ambos progenitores cuentan con trabajos compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor. Idoneidad por igual, al trasladarse el padre su trabajo con contrato indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asumible. No pudiendo considerarse una circunstancia razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues, ello sería como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, de 11 de mayo de 2022[52] se fija un régimen de custodia que coincide con los días que el padre, que trabaja en la Guardia Civil, tiene libres. De lo que se trata es de adaptar el régimen de estancias de la hija con cada progenitor a las circunstancias de la situación familiar. Ello partiendo de que lo más conveniente para el interés de la menor es establecer la guarda y custodia compartida ya que ambos progenitores tienen «capacidad y actitudes» para atenderla y han colaborado para que su relación con la misma sea estrecha y cercana. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda más beneficioso para el menor, ya que periódicamente va a disponer de periodo de tiempo para estar con la misma, los cuales podrán fijarse cada año con la debida antelación,

aunque, trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión de la jornada anual al inicio del año y por tanto, es perfectamente posible que se fijen periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello. Destaca, además, la sentencia que el régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos debe adaptarse a las circunstancias de la situación familiar y garantizar a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas, ni por quincenas alternas. En suma, la Sala concluye que los periodos de tiempo en los que va a estar el padre con su hija, aunque no se vayan a suceder siempre con la misma cadencia, se van a conocer cada año con la suficiente antelación, de manera que la menor disfrutará de una «organización estable», no existiendo razón alguna para sostener que va a ser algo «sumamente complejo» para ella, o que «va a tener siempre que estar a disposición de Sr. Silvio, sino que se trata de que los mismos fijen el calendario de visitas anual en el mes de diciembre, para lo cual podrán contar, además con los servicios de mediación y la decisión final del juzgado en casa de no llegar a un acuerdo.

Por su parte, el artículo 92.5 del Código Civil establece que, para que el juez disponga la guarda compartida, debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla (art. 92.8)[53]. En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor[54] y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6)[55]. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo «*lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*» (art. 92.9)[56]. Además, el juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá «*adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos*» (art. 92.10)[57]. Por lo que, además del interés del menor, resulta esencial, como hemos señalado, que el menor sea oído, y en consecuencia, la exploración del menor[58].

Como indicamos en líneas precedentes, antes se requería que el Ministerio Fiscal emitiera un informe favorable a la custodia compartida, pero la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional el término «favorable»; de modo que, ahora resulta irrelevante si ese informe es positivo o negativo.

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[59]. 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[60]. 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[61]. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022[62] es en este momento cuando se puede adoptar una régimen de custodia compartida porque «parece que empieza a superarse un periodo problemático y difícil, así como a comentarse una situación de cierta estabilidad no solo para el padre, y la madre, cada uno de ellos con su nueva vida, sino también para las menores que, parecen haber alcanzado un equilibrio emocional con ambos progenitores y recuperado referencias al mantenerse en la vivienda familiar y cursar estudios en el mismo colegio, después de haber residido en diferentes domicilios».

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.

Ahora bien, debemos señalar que, esta medida relativa a la guarda y custodia que se acuerde, puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior[63]. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una «alteración sustancial de las circunstancias» para la modificación de las medidas definitivas (*ex* art. 90.3 y 91 *in fine* del Código Civil y art. 775 LEC). Han de tratarse sobre la base del citado artículo 90.3 del Código Civil de «un cambio cierto»[64].

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016[65] después de declarar que, el artículo 90.3 del Código Civil, en su última redacción establece que: «3. Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el secretario judicial (actual letrado de la Administración de Justicia) o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Y que, con esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto, estima la modificación de la medida por un cambio de las circunstancias que, justifican la atribución de un sistema de custodia compartida, disponiendo al respecto que, se dan las siguientes circunstancias que, aconsejan, precisamente, la estimación del recurso por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: «1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida; 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones; 3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores;

4. El informe de la psicóloga del juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma; y, 5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil».

Por lo expuesto, además de estimarse el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, se acuerda el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.

Asimismo, indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018[66] que «esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida y siempre partiendo del interés del menor. Y, lo cierto es que ningún argumento encuentra para con los datos que se han tenido en cuenta en la sentencia, reconocer que algo ha cambiado de una forma significativa para justificar un régimen de custodia distinto, algo que es negado en el informe emitido por el gabinete médico forense, en el que, entre otras cosas, no aconseja el cambio sin consensuar un modelo educativo común y resolver cuestiones como la económica, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto, dando a entender que en estos momento prima más el interés del padre que el de la hija. Esta Sala en lo que aquí interesa —sentencia ya citada de 29 de abril de 2013— ha utilizado algunos criterios tales como los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de 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 y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la opinión de la menor expresada en el mismo, determinan una solución distinta de la que fue adoptada en ambas instancias, máxime cuando el intento de custodia compartida genera a la niña un problema de lealtades nada favorable para su estabilidad emocional».

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, 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 y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia[67]. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de este»[68].

En fin, resulta curioso mencionar que, el sistema de guarda y custodia exclusiva con derecho de visitas, o de guarda y custodia compartida se puede, tras la

reforma por la citada Ley 17/2021, que se puede concretar en convenio regulador «*el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia, cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal*» [art. 90.1 b) bis del Código Penal]. En esta línea, dispone el artículo 94 bis del citado cuerpo legal: «*La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales*».

De ambos preceptos se deduce que: 1. Pactado en el convenio o como medida judicial en los procesos de nulidad, separación y divorcio se puede decidir sobre el cuidado de los animales de compañía, confiándolo a uno o ambos cónyuges; 2. No solo se decidirá sobre la guarda y custodia, sino también en caso de custodia exclusiva por un derecho de visitas; 3. Asimismo, se convendrá sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado animal, todo sobre la base del interés de los miembros de la familia y del bienestar animal; 4. Las decisiones sobre la guarda y custodia y derecho de visitas y el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, procederán con independencia de la titularidad dominical del animal, o de a quien le haya confiado para su cuidado; 5. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales[69].

III. CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES *VERSUS* VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA

También es cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida[70]. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor[71], 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. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014 consideró que, no era posible acordar la guarda y custodia compartida, porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban[72]. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 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 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»[73]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022[74] existen conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico en que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende

sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados a ella y mostrar estos dicha preferencia. Confirmación del régimen de visitas del padre ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 16 de febrero de 2015[75] 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 la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2015[76] al tratarse de un padre absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas por el que le denunció su esposa. Capacitación de los padres al estar implicados emocional y afectivamente con su hija, existir una vinculación de ambos progenitores con esta y proximidad de los domicilios. Se procede a un reparto del tiempo, así la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habilitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer una adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con el que convivan. La sentencia de este Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018[77] opera también en este sentido, al haberse sobreseído las diligencias penales precias y archivadas por el juzgado. Además de una evidente dirección materna en las afirmaciones del hijo. Por lo que, la búsqueda de enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores que, recordemos esta Sala, a partir de la sentencia 2257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que, en esencia, se pretende es aproximar este régimen 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 parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio). Y, en fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018[78] procede la guarda y custodia compartida al haber sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado.

Ahora bien, 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, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015[79] cuando señala 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[80] 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 pensando 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[81]; o haya sido condenado por violencia de género o amenazas al cónyuge[82].

En la sentencia 350/2016, de 26 de mayo en un caso de violencia doméstica se ha señalado que «partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente»[83]. Asimismo, en la sentencia 23/2017, de 17 de enero se sostuvo que: «A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de esta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y

un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación»[84]. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021 destaca que «no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra la integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. A tal efecto, procede dejar sin efecto la guarda y custodia compartida con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de los menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida; toda vez que las relaciones de personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de desencuentros propios de la crisis de convivencia, generando un proceso penal abierto»[85]. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 27 de octubre de 2021[86] no procede la guarda y custodia compartida por la condena del padre por violencia de género, maltrato y vejaciones injustas. Además, se ha acreditado el desprecio del padre hacia la madre y el tono vejatorio, humillante con que se dirigía a ella. Resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores y, es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los niños, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualesquiera otros intereses legítimos que pudiera concurrir». Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Este precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual —que entró en vigor el 7 de octubre de 2022— disponiendo al efecto que «*el juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordará la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancias, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de lo menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará 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*»[87]. Por su parte, el artícu-

lo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por si solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia[88].

En este contexto, si bien el artículo 92.7 del Código Civil parte del no establecimiento de la custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022[89] el Sr. Celso ha sido condenado por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019 y dado que, de acuerdo con el artículo 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis medes, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal.

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 se 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 parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor[90]; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores[91].

El artículo 92.7 del Código Civil —reformado por la Ley 27/2021— señala que «no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. 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. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas»[92].

Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima[93]. En todo caso, el artículo 94 del Código Civil permite al juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no se acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejerza el régimen de relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo; asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En

igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño.

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[94]. 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 del Código Civil de Cataluña; 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 Ley 7/2015 País Vasco).

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, podemos señalar que, en algunas legislaciones autonómicas resulta necesario que se haya dictado sentencia firme en actos de violencia familiar (art. 233-11.3 del Código Civil catalán; y art. 11.3 de la Ley 7/2015). Sin embargo, en otras no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida cuando se den dos requisitos: 1. Esté incurso en 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, 2. Se haya dictado resolución motivada en la que se constase indicios fundados y racionales de criminalidad (art. 3.8 de la Ley Foral 3/2011; y, el art. 80.6 del Código Foral aragonés). Ni tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia de género (art. 3.8 apartado 2 de la Ley Foral 3/2011; y el art. 80.6 del

Código Foral aragonés). Por su parte, el artículo 92.7 del Código Civil no exige sentencia firme de condena por un delito 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, sino 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 —indicios de tales ilícitos penales—[95], 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. Sin embargo, consideraríamos conveniente que exista, al menos, sentencia firme de condena, aunque también es cierto que, cualquier cambio de circunstancias permite revisar la medida. Para UREÑA CARAZO[96] resulta necesario, precisamente, la exigencia de sentencia firme, pues, mientras no exista tal sentencia de condena por estos delitos, supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, que está siendo sacrificado en aras del interés superior del menor. Por ello sería conveniente una regulación más completa del sistema de la custodia compartida. En esta línea de exigencia de sentencia condenatoria por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, se contenía en el nuevo artículo 92 bis.5 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado el 24 de julio 2014

Ahora bien, con igual carácter general, se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia individual ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos (derecho de visita), 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 (art. 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco).

Por su parte, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados establece la disposición adicional cuarta del CDFA señala que, en los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado del artículo 6 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria; y, el artículo 3.8 b) apartado segundo de la Ley Foral 3/2011 de Navarra manifiesta que, también serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

En todo caso, la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor (art. 80.5 del CDFA); ni la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos (art. 5.2 de Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana). Tampoco la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos tal como establece el artículo 3.8 b) apartado 3 de la Ley Foral 3/2011; ni tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia[97].

Ahora bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la no adopción de un régimen de guarda y custodia compartida en supuestos de violencia de género,

en la sentencia de 4 de febrero de 2016[98] cuyos hechos reseñamos brevemente. Así Doña Sabina interpuso demanda contra Don Federico en la que solicitó, en lo que aquí interesa, se le atribuyera la guarda y custodia de sus dos hijos, Benigno y María Ángeles, nacidos en 2010. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, que la sentencia del Juzgado negó y que la Audiencia Provincial acordó, conociendo del recurso de apelación. La sentencia analiza los dictámenes periciales emitidos por el Equipo Psicosocial y deduce de ellos que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y que es conveniente para los menores que los dos participen en la vida del mismo con estancias frecuentes y habituales, siendo que el padre tiene disposición e interés en el ejercicio de las funciones parentales. El último dictamen del Equipo Psicosocial únicamente concluye que no hay necesidad de cambios puesto que los menores están adaptados a la situación familiar que permite una relación fluida con ambos progenitores en sus distintas actividades y rutinas diarias, sin que se llegue a analizar las circunstancias del por qué debe darse prioridad a la custodia materna exclusiva frente a la custodia compartida. Doña Sabina formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Únicamente se va analizar el primero en el que denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida para establecer dicho régimen, prescindiendo del interés del menor, obviando que la madre se ha ocupado en todo momento de sus hijos y que las relaciones entre ambos cónyuges en nada benefician al interés de los menores. Sobre tales hechos la citada resolución señala, precisamente, al respecto que «sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida expresados en las sentencias que cita, como la de 29 de abril de 2013, y que en lo sustancial recoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gernica-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género. La sentencia se dicta por conformidad del ahora demandado con la petición del Ministerio Fiscal y le condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4.º y 5.º, en relación con los artículos 57.3.º y 48.2.º del Código Penal, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, prohibición de acercarse a D.ª. Sabina a su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde resida o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 20 meses. La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: Federico….«sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su ex pareja, Doña Sabina, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en el domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo «como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar».

La parte recurrida conoce, lógicamente, la sentencia, y ha tenido ocasión de hacer las alegaciones pertinentes sobre la misma al oponerse al recurso. Manifies-

ta que «se arrepintió de sus actos inmediatamente, motivo por el que asumió su responsabilidad mostrando su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal. Y, consciente de que aquel hecho se había producido por su estado de ansiedad y depresión, acudió a la consulta de un psiquiatra para tratar esos problemas».

Pero sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS de 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre de 2015, que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción 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 es 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 aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

Por lo que, a vista de los hechos, el Tribunal Supremo asume la sentencia de instancia, manteniendo la guarda y custodia de los hijos acordada a favor de la madre y deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre.

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 26 de mayo de 2016[99] revoca la custodia compartida de un menor de 7 años concedida a sus padres y la otorga en exclusiva a la madre, ante «la falta total de respeto, abusiva y dominante» que mantiene el progenitor respecto a la mujer. Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.ª Ana contra D. Raúl, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor José Augusto, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y custodia compartida del menor. Recurrida la mencionada resolución, se dictó sentencia en

segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que el artículo 92.7 Código Civil debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del artículo 92 Código Civil, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del artículo 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que «el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos». La sentencia declara probadas «las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida», ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen. Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del artículo 92.7 Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, b) infracción del artículo 92 Código Civil, al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor. El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

Después de declarar esta Sala que, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción 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. E, igualmente, que en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor, parte del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Por lo que, estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

Ahora bien, en relación con un derecho de visitas del padre inicialmente restringido por un Juzgado de violencia contra la mujer, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015[100] una vez, constatada la normalización de la relación con el hijo, la ausencia de conflictos o incidencias que aconsejen el mantenimiento del régimen restringido que, además, ha finalizado,

el progreso en las visitas según informes del Punto de Encuentro familiar y la conveniencia del contacto paterno para el desarrollo del menor y en su interés, y, precisamente, en línea con la resolución de la Audiencia, se procede a admitir su ampliación, pues, además «es de resaltar que no el Juzgado de violencia de género suspendió el derecho de visitas del padre en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar una situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de los menores queda amparado por lo acordado en la resolución recurrida».

En todo caso, fuera de los estrictos casos de violencia de género, para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015[101] la condena de la esposa por coacciones al haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar no supone desmérito alguno, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y unas habilidades para el diálogo que se presumen existentes en los padres. Y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 25 de abril de 2016[102] la tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias impide la existencia de guarda y custodia compartida.

Precisamente, en interés de los menores, se considera que tampoco procede la custodia compartida en los casos de síndrome de alienación parental (SAP) que, conlleva la predisposición negativa de uno de los padres frente al otro[103].

En todo caso, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando «*cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. 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*»[104]. Por tanto, no procede tal tipo de guarda y custodia 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[105].

De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar 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.

De ahí que, ante el difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante auto de 28 septiembre 2020[106] 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.

Pues bien, en esta cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera.

Han intervenido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado y ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

El 11 de marzo de 2019, doña M.J.V.C., presentó demanda divorcio contra don J.J.C.M., que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación de la demanda el señor C.M., solicitó la custodia compartida.

Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos —de maltrato (art. 153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (art. 169.2 del CP), acoso (art. 172 ter del CP) y contra la libertad sexual (art. 179 del CP), así como una situación objetiva de riesgo— dictó orden de protección a favor de la señora V.C., acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor C.M., y la de comunicarse con ella por cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña M.J.V.C., también se le atribuyó la condición de investigada.

Por auto de 14 de noviembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera aceptó el requerimiento de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, remitiéndole las actuaciones de conformidad con el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y artículo 49 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y por auto de 24 de marzo de 2020, se prorrogaron las medidas civiles adoptadas en el auto por el que se acordó la orden de protección de doña M.J.V.C.

En el acto de la vista del procedimiento de divorcio núm. 23-2020, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Jerez de la Frontera, ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el artículo 92.7 del Código Civil impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.7 del Código Civil. En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los artículos 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española, todos ellos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española.

El Ministerio Fiscal consideró procedente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. También estuvo de acuerdo la representación

procesal de doña M.J.V.C. Por el contrario, la representación procesal de don J.J.C.M., consideró que no era necesario plantearla, al entender que la decisión relativa a la procedencia de la custodia compartida debía adoptarse atendiendo a los intereses del menor, con independencia de la situación procesal en la que se encuentren sus progenitores. No obstante, alega también que, en el caso de que se planteara la cuestión suscitada, debería versar sobre si en un caso como el del presente supuesto, en el que tanto los menores como los progenitores están de acuerdo en que la custodia ha de ser compartida, se puede denegar tal régimen en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil A su juicio, el artículo 39 de la Constitución española en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española impide llegar a esa conclusión.

Asimismo, por auto de 28 de septiembre de 2020 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, al considerar que podía lesionar los artículos 39.2 y 4 de la Constitución española por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); el derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española), y el derecho a la vida privada (art. 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH).

En el auto de planteamiento, tras hacer una breve referencia a los hechos de los que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, indicando que el proceso penal en que se adoptaron las medidas de protección se sigue en el propio juzgado, y que estas continúan vigentes, se pone de manifiesto que en este caso, salvo la circunstancia que el padre de los menores posee la condición de investigado por un delito relacionado con la violencia de género, y la madre tiene también tal condición por un delito de violencia doméstica conexo con los imputados al padre, no existen motivos que justifiquen la denegación de la custodia compartida, pues ambos progenitores están de acuerdo en que esta medida es la más conveniente para los hijos menores. Se indica también que la razón por la que el fiscal no la apoya es únicamente porque lo impide el precepto cuestionado.

El órgano judicial advierte que los progenitores, desde el momento de su separación, han optado por un sistema de custodia conjunta, régimen que no ha sido desfavorable para los niños. También manifiesta que, según han declarado tanto el padre como la madre, los menores desean continuar con ese régimen.

A juicio del órgano judicial, la única causa que podría justificar la denegación del régimen de custodia compartida es que, en este caso, el respeto mutuo entre los progenitores en sus relaciones personales, que es uno de los criterios que ha de valorarse para decidir si procede otorgar la guarda conjunta, juega en contra de esta opción. No obstante, entiende que, según ha establecido el Tribunal Supremo, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes, ni irrelevantes para determinar el régimen de custodia, pues solo se convierten en relevantes cuando afectan negativamente al interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, recurso núm. 1128-2012). Por ello, considera que como en este supuesto, el deterioro de las relaciones entre los padres que pudiera derivarse de la pendencia de un proceso penal no ha afectado a los hijos menores —conclusión que deduce del hecho que fuera este el sistema que siguieron hasta que se adoptaron medidas provisionales en la orden de protección concedida a la madre— el único motivo por el que no puede acordar la custodia compartida es la prohibición establecida en el precepto cuestionado.

El órgano judicial que plantea la cuestión sostiene que, los antecedentes parlamentarios de esta norma no permiten interpretarla en el sentido de considerarla inaplicable, cuando se estime que el interés superior del menor, exige que la custodia se ejerza de forma conjunta. Y a la misma conclusión le lleva su análisis sistemático, pues, según afirma, a diferencia de lo que ocurre con otros apartados del artículo 92 del Código Civil en los que se establecen criterios de ponderación para identificar el interés general del menor, el inciso cuestionado establece una prohibición taxativa, que no permite excepciones ni matizaciones. Por todo ello, defiende que «si es el legislador quien ha determinado con carácter general cuál es el interés de los menores ante un supuesto de hecho definido en la ley, no puede el juez prescindir de aquella determinación legal incluso en el caso que se considere que la ponderación efectuada por el legislador le impide resolver del modo más favorable al menor directamente concernido en ese asunto» y por esta razón considera, que no puede inaplicar este precepto, aunque entienda que en el caso que está enjuiciado la custodia compartida, pueda ser mejor para el menor.

Se afirma, por otra parte, que la regla que contiene el inciso cuestionado del artículo 92.7 del Código Civil es aplicable a todos los casos en los que se solicite la custodia compartida, ya sea por uno o por ambos progenitores y hay una causa penal por violencia doméstica en curso contra alguno de ellos. Asimismo, se entiende que el precepto, aunque literalmente se refiere al supuesto en el que «cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal», ha de aplicarse también en los casos en los que son ambos progenitores, los que están incursos en tales procesos, pues, si el legislador considera que la custodia compartida no es compatible con un contexto familiar en el que alguno de los progenitores está incurso en un proceso penal por violencia familiar; esa incompatibilidad concurrirá, con mayor motivo, cuando son ambos progenitores los que han podido incurrir en esa conducta delictiva.

Las razones expuestas llevan al órgano judicial que plantea la cuestión a apreciar que la única interpretación plausible del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil es considerar que el legislador quiso prohibir de manera absoluta la custodia compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en algún proceso penal por alguno de los delitos indicados en la norma. Pone de manifiesto, además, que esta es la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo, citando, entre otras, la STS de la Sala de lo Civil de 4 de febrero de 2016 (núm. de recurso de casación 3016-2014), en la que se sostiene que «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales 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».

Por otra parte, el juzgado considera que el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil es inconstitucional, porque vulnera el principio de protección del interés superior del menor que consagra el artículo 39 de la Constitución española en sus apartados, 1, 2 y 4, y supone una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que es contraria al artículo 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH; en la vida privada, que infringe el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española), y artículo 8 del CEDH y en el derecho a la intimidad personal y familiar. Junto a ello se invoca el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del

niño que dispone que «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», y el artículo 24.2 de la Carta de derechos fundamentales que recoge este mismo principio. Se cita, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que resuelve el caso tomando en consideración el principio que exige actuar de acuerdo con el interés superior del menor (SSTEDH de 7 de marzo de 2017, asunto *R.L. y otros c. Dinamarca*, §66; de 10 de febrero de 2015, asunto *Penchevi c. Bulgaria*, § 75, y de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, §66).

También se señala que, el artículo 39 de la Constitución española en sus apartados 2 y 4, recoge implícitamente el principio del interés superior del menor (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7) y que este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre este principio insiste, en que ha inspirado la regulación de la custodia compartida, así como la jurisprudencia recaída sobre estas normas, advirtiendo que enuncia un concepto jurídico indeterminado que no puede definirse en abstracto, sino que ha de ser identificado en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes. Ahondando en el régimen de custodia compartida, afirma que el artículo 92.8 del Código Civil excepcionalmente permite que el juez la acuerde, aunque solo la solicite uno de los progenitores, si solo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, el inciso cuestionado, al no prever ninguna excepción basada en el interés superior del menor e impedir la custodia compartida cuando se den las circunstancias que esta norma prevé (que cualquiera de los progenitores esté incurso en un delito relacionado con la violencia doméstica), está limitando el principio de protección del menor que se deriva del artículo 39.2 y 4 de la Constitución española.

Por otra parte, se pone de manifiesto que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que la esencia de la vida familiar protegida por el artículo 8 del CEDH es la convivencia y que los progenitores y los hijos puedan disfrutar de su compañía mutua constituye un elemento fundamental de la noción de vida familiar (se cita la STEDH de 26 de marzo de 2013, asunto *Zorica Jovanović c. Serbia*, § 68). De ahí que, cualquier medida que impida ese disfrute, constituye una injerencia en el derecho protegido en el artículo 8 del CEDH (se cita la STEDH de 5 de abril de 2005, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, §70). De esta jurisprudencia deduce que el artículo 8 del CEDH preserva las relaciones entre los progenitores y los hijos con la mayor amplitud posible, por lo que solo pueden ser limitadas cuando lo aconseje el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes. Esta consideración lleva a sostener que la prohibición de la custodia compartida que contiene el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, constituye una injerencia en el derecho a la vida familiar y a la vida privada que, garantiza el artículo 8 de la CEDH.

Afirma, también, que aunque la Constitución española no reconoce el derecho a la vida familiar y a la vida privada, ello no significa que este derecho no tenga protección constitucional, pues su tutela está garantizada por los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española), citando las SSTC 53/1995, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8; 93/2013, de 23 de abril, FJ 8; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7; 131/2016, de 18 de julio, FJ

6, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11. Por ello, considera que el inciso cuestionado puede ser lesivo de los citados principios constitucionales. Se señala que la proyección de la paternidad y maternidad forma parte del ámbito restringido en el que se desenvuelve la propia personalidad, por lo que se encuentra protegido por el artículo 10.1 de la Constitución española.

Asimismo, el órgano judicial analiza, a continuación, si las limitaciones que impone el artículo 92.7 del Código Civil al principio de protección del menor que se deriva del artículo 39.2 y 4 de la Constitución española; al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); a la protección de la familia que garantiza el artículo 39.1 de la Constitución española, en relación con el derecho a la vida familiar y privada (art. 8 del CEDH) persiguen una finalidad legítima y si son razonables y proporcionadas.

A su juicio, esta norma tiene una finalidad legítima pues, por una parte, intenta preservar a los hijos de cualquier forma de violencia que pudieran padecer directamente o indirectamente (si se ejerce sobre el otro progenitor) y, garantizar un adecuado desarrollo del régimen de custodia, pues si la relación entre los padres ha sido o es violenta podría repercutir en el bienestar de los menores; y, por otra, pretende proteger a las víctimas de violencia doméstica, pues no es aceptable colocar a quien ha padecido esta situación abusiva en régimen de igualdad con su victimario, en orden a establecer una relación continuada de colaboración, que permita el adecuado desenvolvimiento del régimen de custodia compartida. No obstante, considera que, si tales medidas no garantizan el interés del menor, las referidas finalidades no podrán considerarse constitucionalmente legitimadas, lo que requiere un examen individualizado de cada caso.

De este modo, el artículo 92.7 del Código Civil, al no establecer ninguna excepción a la prohibición de la guarda conjunta en los casos de violencia familiar, podría no estar atendiendo al interés superior del menor, pues, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pudiera ser que el interés superior del menor exigiera otorgar la guarda conjunta a los progenitores, que es, a su entender, lo que ocurre en el caso del que trae causa la presente cuestión.

Se señala, además, que en el Código Civil no se impide atribuir la custodia individual a un progenitor que esté incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica, pero sí prohíbe otorgar la custodia compartida; lo que podría dar lugar a atribuir la guarda a un progenitor sobre quien el legislador, en el inciso cuestionado, ha proyectado una sospecha de inhabilidad para el desempeño de su responsabilidad basándose en la pendencia de un proceso penal seguido contra él por violencia familiar. Por ello considera que, en estos casos la prohibición de custodia compartida no es acorde con el interés del menor, pues, si su finalidad es apartar al menor de un peligro (del progenitor al que se atribuye la conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante porque no impide que el menor acabe bajo su custodia. Se afirma también que, la prohibición que esta norma establece, no resulta necesaria, pues se conseguiría el mismo fin estableciendo una excepción que, con las cautelas precisas, permita establecer la guarda conjunta, cuando de las circunstancias del caso resulte que, ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior del menor.

Por todo ello, considera que el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil podría ser contrario al principio que impone actuar atendiendo al interés superior del menor (art. 39.2 y 4 de la Constitución española); al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española); al derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH), y al derecho a la vida privada

(art. 10.1 de la Constitución española en relación con el artículo 8 del CEDH), y, en consecuencia, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del referido inciso.

El Pleno del Tribunal Constitucional, 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 de la 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.

Los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado se personaron mediante sendos escritos de 13 y 18 de enero de 2021, en los que ofrecían su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

El Abogado del Estado, por escrito registrado en este tribunal con fecha de 15 de enero de 2021, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicitó la desestimación de la cuestión.

El Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno, de 12 de julio de 2022[107] inadmite la cuestión de inconstitucionalidad por indebida formulación del juicio de relevancia. Al respecto se argumenta que, en el auto mediante el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se suscita la duda sobre si la norma cuestionada —en cuanto prohíbe que pueda establecerse un régimen de custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por violencia de género o doméstica— puede suponer una vulneración de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 10.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera plantea mediante el expresado auto, si tal prohibición legal puede constituir una restricción desproporcionada al principio del *favor filii* y de libre desarrollo de la personalidad garantizado por la Constitución española, argumentando que pueden existir supuestos, como ocurre en el que está sometido a su enjuiciamiento, en los que, a pesar de que los progenitores estén incursos en procesos penales por delitos de violencia familiar, el régimen de guarda conjunta sea el más beneficioso para los menores. El juzgado entiende que se puede lograr el mismo resultado perseguido por la norma, introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita al órgano judicial, establecer la custodia conjunta cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen se adecua mejor al interés superior del menor.

Sobre tales bases, el Abogado del Estado y la Fiscal General del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Argumentan, al respecto, sobre el carácter provisional de la medida legal de protección del menor ante situaciones objetivas de grave violencia familiar, que hace primar su mayor beneficio frente a otros bienes o intereses constitucionales.

Por lo que, atañe al juicio de proporcionalidad, el Ministerio Fiscal sostiene la legitimidad constitucional de la medida prohibitiva, en tanto trata de preservar a los menores de cualquier forma de violencia y daño físico o moral, que encuentra su fundamento principal en el mandato del artículo 39 de la Constitución española. La interdicción de la guarda compartida, por consiguiente, ha de reputarse adecuada, en tanto contribuye a una efectiva salvaguarda de niños y madres respecto a un mal cierto.

En cuanto al juicio de necesidad, el Ministerio Fiscal sostiene que, el inicio de un proceso penal por violencia familiar hace que decaiga el presupuesto esencial para el establecimiento de una custodia compartida, que es una relación de respeto mutuo y buen entendimiento entre los progenitores. Tras analizar otras posibles medidas de protección, concluye que, si bien pudieran resultar menos gravosas para los padres, no serían, igualmente, aptas para resguardar la integridad física y moral de los menores.

La medida establecida en el artículo 92.7 del Código Civil, por consiguiente, a juicio del Ministerio Fiscal, debe considerarse proporcionada y ajustada a los cánones que impone la Constitución.

En cuanto a los requisitos procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma que, uno de estos requisitos es el llamado juicio de relevancia, que exige que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 de la LOTC). Este requisito, como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2; 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3; 57/2017, FJ 1, y 64/2019, de 9 de mayo) tiene como finalidad impedir que, la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita; de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto. Por ello el Tribunal ha afirmado que esta exigencia «constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, al carecer de legitimación para ello» (SSTC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7; 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2, y 1/2016, de 18 de enero, entre otras muchas).

Como declara la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, STC 255/2015, de 30 de noviembre, FJ 2) para que se cumpla este requisito «debe darse una verdadera «dependencia» (STC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2), o un «nexo de subordinación», entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1). No basta con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacerse el requisito de la relevancia, ya que la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es condición suficiente (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4, y 156/2014, FJ 2)». Por lo que, la ausencia o falta de consistencia de este esquema argumental determina la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por falta de relevancia, pues en otro caso al Tribunal «no le corresponde sustituir o rectificar el criterio del órgano judicial al respecto» (STC 44/2019, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

Además, el Pleno del Tribunal observa que, en el apartado 6 del fundamento de derecho primero del auto de planteamiento se afirma que, por auto de 24 de septiembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera se concedió una orden de protección a favor de la señora V.C., consistente en la prohibición de aproximación por parte del señor C.M., a menos de 300 metros y de comunicarse con aquella por cualquier medio. En el auto de planteamiento, apartado 11 del fundamento de derecho primero, se indica que «las medidas de protección siguen vigentes».

El órgano judicial no incluye argumentación alguna —a los efectos del juicio de relevancia que formula— en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal. Si, como se afirma en el auto de

planteamiento, tales medidas siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS 23/2017, de 17 de enero, FJ 8, y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7), para que este régimen pueda acordarse es preciso que, los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas. que esta forma de custodia demanda.

En consecuencia, resulta inevitable concluir que, la resolución que haya de dictarse en el proceso *a quo* no depende de la constitucionalidad del artículo 92.7 del Código Civil, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma, o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos —proceso que se tramita en ese mismo juzgado—. Estas medidas conllevan no solo la prohibición de que el señor C.M. —padre de los menores— pueda aproximarse a la señora V.C. —madre de los menores— a menos de 300 de metros, sino también la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. No existe, por tanto, la «dependencia» (STC 189/1991, FJ 2), o el «nexo de subordinación» (STC 157/1990, FJ 1) entre la resolución que ha de dictar el juez en el proceso y la validez de la norma cuestionada —que la jurisprudencia constitucional exige para tener por válidamente planteada la cuestión—, pues, en tanto se aprecie que siguen en vigor las medidas cautelares de orden penal adoptadas para proteger a la madre de los menores, al impedir estas medidas cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de custodia conjunta que solicitan los padres de los menores, con independencia de lo que establece el artículo 92.7 del Código Civil.

En este contexto, por otra parte, no se entiende bien la modificación de este precepto operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre en la que se añade un último párrafo en el que se establece que tampoco procede la guarda y custodia compartida, cuando existan malos tratos a animales o la amenaza de causarlos al estar ante un medio de controlar o victimizar al cónyuge e hijos víctimas de violencia. Se hace referencia a un nuevo supuesto de violencia vicaria —esto es la que se ejercita sobre animales tanto en el caso de que se causen como se amenace con hacerlo—[108]. Ciertamente, en la atribución de la guarda y custodia compartida como en exclusiva con derecho de visitas, comunicación o estancia se ha de primar siempre el interés del menor. Por lo que, atendiendo al preámbulo de esta ley, esta circunstancia de maltrato animal o de amenaza de causarlo debe concurrir con una situación de violencia de género o doméstica. O, en el caso de concurrir solo tal maltrato animal o la amenaza de causarlo como medio de controlar o dañar al cónyuge e hijos, será un factor o circunstancia más a tener presente por el juez en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno u otro cónyuge o ambos, y en la adopción de cualquiera de sus modalidades.

De todas formas, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento, o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias[109]. No obstante, el incumplimiento reiterado por cualquiera de los progenitores del régimen de guarda y custodia establecido, puede derivar también en su modificación (art. 776.3 de la LEC).

Asimismo, a los efectos que, a nosotros interesa, se modifica el artículo 158 del Código Civil, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o 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, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

Ciertamente, en este precepto se enumeran una serie de medidas a adoptar con carácter excepcional compatibles con otras medidas en un proceso penal, civil o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Así, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, podrá dictar 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; asimismo, aquellas disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda (en caso de convivencia con abuelos como guardadores de hecho). Por otra parte, con el objetivo de evitar situaciones de sustracción internacional de menores de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas; en particular, se prevén en el apartado 5 del citado precepto las siguientes medidas: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; 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.

Tanto esta medida como la 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, se han de adoptar con la debida proporcionalidad al restringir o limitar derechos fundamentales.

Por otra parte, el artículo 92.7 *in fine* del Código Civil —modificado por la citada Ley 17/2021— comprende un supuesto de violencia vicaria en el caso de «*existencia de malos trato a animales, o la amenaza de causarlo, como medio para controlar o victimizar a cualquier de estas personas*». Se utiliza los animales como instrumento para maltratar psicológicamente a los menores y a la mujer por el dolor que les puede causar ver que el agresor maltrata a su animal de compañía con la directa intención de causar daños a aquellos. Se ha presentado el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en materia de maltrato animal, introduciendo el artículo 340 bis 2 g) del citado cuerpo legal la agravación específica de maltratar a los animales domésticos de la pareja del agresor en la violencia de género con el objeto de causar más daño a la víctima en un contexto de dominación del maltratador como es el hogar. El Pleno del Consejo del Poder Judicial en el Informe presentado el día 24 de noviembre de 2022 se advierte que la nueva regulación puede afectar al principio de proporcionalidad de las sanciones y del conflicto que generan relación con los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna que, no se ven afectados por la futura reforma.

Se constituye como señala MAGRO SERVET como «una especie de «agravante de género» en el maltrato a los animales por medio de la cual se incrementa la pena del propio acto de maltrato a los animales con este fin tendencial». Y añade que «en este escenario, el maltratador actúa como una *especie de cartero psicológico de noticias sobre maltrato futuro* que pueden ocurrir en el hogar, creando un clima irrespirable de miedo y temor de la pareja del agresor y sus hijos hacia el mismo. De esta manera, es sabido que, a la hora de recibir este mensaje de amenazas psicológicas, las víctimas del maltrato en el hogar pueden ser capaces de aguantar el maltrato físico, psicológico y sexual para evitar que el

agresor acabe con la vida de la madre y/o los hijos, tal y como así ha ocurrido en muchas ocasiones con actitud de resiliencia ante el maltrato»[110].

En este contexto, corresponde, a continuación, referirnos a la sustracción nacional e internacional de menores; para ello trataremos los aspectos civiles y delictuales de lo que implicar sustraer o retener a un hijo menor de edad no emancipado. Por razones de espacio y por la importancia de la materia no haremos referencia a los aspectos procedimentales —competencia judicial, conflicto de leyes, cooperación internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias— y lo que implica la restitución o retorno de menores, máxime si tenemos en cuenta las implicaciones internacionales, pues, en la mayoría de los supuestos tales conductas implican un traslado de los hijos menores a un Estado extranjero —dentro o fuera de la Unión Europea— con la problemática añadida que ello conlleva.[111].

IV. SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES POR EL PROGENITOR CUSTODIO Y NO CUSTODIO

La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

Así, con el fin de evitar, tanto la sustracción del menor como el retenerlo injustamente y la negativa a restituirlo al otro progenitor normalmente aprovechando el régimen de vistas acordado, o el tiempo de guarda y custodia concedido —pues, tal conducta resulta atribuible tanto al progenitor custodio como no custodio—, o las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores. En relación con estas últimas, el Código Civil contempla la posibilidad de adoptar determinadas medidas cautelares en el ámbito civil. A este respecto, como ya mencionamos en líneas precedentes, el artículo 158.3 habilita al juez a los efectos de dictar «3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; 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.

Sobre tales bases, el Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procede a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio, se agrava la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro, cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. Esta falta de regulación fue objeto de duras críticas desde diversas instancias, teniendo en cuenta el número creciente de sustracción o retención de menores por progenitores no custodios o con un derecho de visitas en la mayoría de las ocasiones a otro país. Y aunque existían diversos Convenios Internacionales, la norma penal era deficitaria. Esta preocupación se plasmó en diversas recomendaciones e informes del Defensor del Pueblo con el objeto de suplir esta deficiencia regulatoria y adaptarla a la nuevas circunstancias sociales, pues, entiende la citada Institución

que es necesario un tratamiento específico para tipificar el «secuestro parental» y no solo por lo atentatorio que resultan este tipo de conductas para la libertad del menor, sino también para poder contar con un delito autónomo que permita iniciar los mecanismos internacionales de cooperación, y así dar una respuesta más eficaz a la solución de estos conflictos. Es, por lo que recomienda, se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y peticiones de extradición (Recomendación número 66/1999, de 17 de noviembre).

De ahí que, se publicase la citada Ley Orgánica 9/2002 en cuya exposición de motivos señala que, la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores. A lo que añade que, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores[112].

Se añade una nueva sección dentro del capítulo III del título XII del libro II del Código Penal con la siguiente rúbrica: «De la sustracción de menores» y, asimismo, se añade un artículo nuevo en el Código Penal, con el número 225 bis, que se inserta en la nueva sección segunda creada por esta Ley y cuya redacción es la siguiente: «*1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas*».

También se adiciona un nuevo párrafo al artículo 224 del Código Penal con la siguiente redacción: «*En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su*

hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa»[113].

Por otra parte, se modifica el artículo 622 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos: «*Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses*». No obstante, esta falta no continúa vigente en la actualidad, pues, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha suprimido el libro III relativo a las faltas.

Y en el ámbito civil, respecto a las medidas cautelares, esta Ley, por un lado, adiciona un párrafo nuevo en la medida 1.ª del artículo 103 del Código Civil con la siguiente redacción: «*Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*»; y, por otro, modifica la redacción del número 3.º del mencionado artículo 158 del Código Civil en los siguientes términos: «*3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*»; pasando el número 3.º del artículo 158 a ser número 4.º, manteniendo la misma redacción[114]. Se trata de medidas a título ejemplificativo que, se pueden adoptar en cualquier proceso judicial civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial ha de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas que posibiliten el ejercicio de este derecho a ser oído[115]. De todas formas, el artículo 17 de la LOPJM permite al juez adoptar medidas de protección del menor en situación de riesgo.

De nuevo, con la LOPIVI se modifica el artículo 225 bis del Código Penal en su apartado segundo; de forma que, si ambos progenitores ejercen la patria potestad, para el traslado de cualquiera de sus hijos menores de edad necesita el consentimiento del otro progenitor. El apartado 2 del artículo 225 bis queda así redactado: «*2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*»[116]. Y también modifica, de nuevo el artículo 158 del Código Civil al que le da nueva redacción en lo que representa las medidas cautelares. Así dispone: «*El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 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.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. 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. 5. 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. 6. 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. 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 ejercitarse este derecho por sí misma».

En este contexto, resultaba necesaria una regulación del delito y, además adaptada a la realidad social actual, si tenemos en cuenta que en el ámbito internacional, España ratificó el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Y, en el marco europeo, resulta de aplicación el Convenio Europeo de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, escasamente, utilizado por la dificultad y tiempo que conlleva la obtención del exequátur previsto, frente a la acción directa del retorno del menor del Convenio de La Haya; el Reglamento de Bruselas II bis 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que se aplica hasta el 1 de agosto de 2022, donde se procederá a aplicar el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, normativa europea se parte expresamente en esta materia de aplicación de las disposiciones del Convenio de La Haya, si bien con la complementariedad de las previsiones de sus capítulos III y IV (art. 96). Por lo que, la normativa de derecho internacional privada tuitiva de la evitación del secuestro parental comúnmente aceptada y aplicada que, ha servido de modelo para la configuración y redacción del artículo 225 bis del Código Penal, no diferencia en el traslado ilícito, los supuestos donde la custodia quebrantada era consecuencia de previsión legal, acuerdo con eficacia jurídica por derivada de resolución judicial o administrativa.

De este modo, se procura lograr una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resulta eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, así la finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, no permite entrar a

valorar el fondo del asunto, esto es, con cuál de los progenitores estaría el menor mejor atendido; solo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que, el superior interés del menor se concreta en el Convenio de La Haya de 1980 en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procurará a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno. Atendiendo a lo expuesto, el cuitado Convenio en su artículo 1 a) se establece, precisamente, que tiene como finalidad «Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante». Se considera el traslado o la retención de un menor ilícitos: a) Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separado o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercita de forma efectiva; separada o conjuntamente, en el momento de traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3). Respecto a la restitución del menor, establece el artículo 12 que «cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del estado contratante donde se halle el menor, hubiera trascurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor». Del mismo modo, «la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso en que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en el nuevo medio». Además, el artículo 13 del Convenio regula también la no restitución del menor en los siguientes términos: «no obstante, lo dispuesto en el artículo 12, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor, si la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestra: a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá, asimismo, negarse a ordenar la restitución del menor, si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones».

En cuanto al Reglamento Bruselas II bis tiene en cuenta el Convenio de La Haya y en relación con el mismo, igualmente, en su regulación garantiza la restitución del menor. Así establece en su considerado 17 que «En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del

Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor, puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído». Por lo que, conforme a lo dispuesto en su artículo 11 intenta la restitución de un menor a su Estado miembro de origen, cuando ha sido trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado miembro. Así en primer lugar, hay obligación de retorno del menor, aunque se invoque el riesgo del menor. Al respecto dispone el apartado cuarto del citado precepto que: «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución». En segundo lugar, resulta necesario que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia legal anterior del menor dicte su restitución. A ello se refieren los apartados sexto, séptimo y octavo del citado artículo 11. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución. 7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto. 8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor. Con esto último, se perfila la ejecución inmediata de la resolución de restitución del menor, por lo que se suprime el *exequátur*.

De todas formas, señala el considerando 18 del mencionado Reglamento de Bruselas II bis que «En caso de que se dicte una resolución de no restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes

de su traslado o retención ilícitos. Este órgano jurisdiccional, si aún no se ha interpuesto demanda ante él, o la autoridad central deben dirigir una notificación a las partes. Esta obligación no debe impedir que la autoridad central dirija asimismo una notificación a las autoridades públicas pertinentes de conformidad con el Derecho nacional».

En fin, con respecto al Reglamento (UE) 2019/1111 señalar que, se aplica en «materia civil», lo que incluye los procedimientos de los órganos jurisdiccionales de lo civil y las resoluciones resultantes, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Además, la noción de «materia civil» debe abarcar las demandas, medidas o resoluciones, así como los documentos públicos y determinados acuerdos extrajudiciales referentes a la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y conforme al artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980, no sean procedimientos sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental, pero estén estrechamente relacionadas con esa cuestión y sean objeto de determinadas disposiciones del presente Reglamento.

Por otra parte, aunque los procedimientos de restitución previstos en el Convenio de La Haya de 1980 no son procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental, las resoluciones que ordenen la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 deben ser objeto de reconocimiento y ejecución en virtud del capítulo IV del presente Reglamento cuando deban ser ejecutadas en otro Estado miembro como consecuencia de una nueva sustracción ocurrida tras haberse ordenado la restitución, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980 en relación con la nueva sustracción. Por otra parte, el presente Reglamento debe seguir siendo aplicable a otros aspectos en situaciones de traslado o retención ilícitos de un menor, por ejemplo. las disposiciones relativas a la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual y las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de cualquier orden que dicte dicho órgano jurisdiccional. Este Reglamento, al igual que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo. en casos de emancipación por matrimonio. Esto debe evitar toda posible superposición con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, que se aplica desde los 18 años en adelante, y al mismo tiempo, evitar lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros. En todo caso, a los efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar

de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.

Ahora bien, este Reglamento no debe impedir que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten en caso de urgencia medidas provisionales, incluidas las cautelares, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un menor que se encuentre en ese Estado miembro. Dichas medidas no deben ser reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del presente Reglamento, excepto las medidas adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980. Las medidas adoptadas para proteger al menor de dicho riesgo deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas. En la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional debe informar de las medidas adoptadas, directamente o por conducto de las autoridades centrales, al órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento. No obstante, el incumplimiento de la obligación de facilitar dicha información no debe, como tal, constituir un motivo de no reconocimiento de la medida.

Además, en todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer. Cuando, en el curso de un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras cuestiones de responsabilidad parental, este Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales. Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben, por consiguiente, considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución.

En este contexto, el órgano jurisdiccional que deniegue la restitución del menor basándose únicamente en el artículo 13, párrafo primero, letra b), o en el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980, o en ambas disposiciones, debe, de oficio, expedir un certificado utilizando el formulario adecuado establecido en el presente Reglamento. La finalidad del citado certificado es informar a las partes de la posibilidad de presentar demandas relacionadas con el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía de manera habitual el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, en el plazo de tres meses a partir de la no-

tificación de la resolución por la que se deniega la restitución del menor, o de la posibilidad de notificar a dicho órgano jurisdiccional, en caso de que ya se le hubieran presentado demandas en ese sentido, los documentos pertinentes relativos a la demanda de restitución.

1. Configuración jurídica del tipo delictivo

El artículo 225 bis del Código Penal se estructura de la forma siguiente: un tipo básico de sustracción que, puede ser cometido de dos maneras distintas: traslado y retención (art. 225 bis 1 y 2). Como indica CALLEJÓN HERNÁNDEZ se configura como tipo mixto alternativo y en un delito especial, dado que solo puede cometerlo quien reúna ciertas cualidades[117]. La pena para este tipo básico es de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad; un tipo agravado de sustracción de menores para el supuesto que el menor sea trasladado fuera del país o se exija algún tipo de condición para proceder a la restitución (art. 225 bis 2); un subtipo atenuado para el caso que el menor sea devuelto antes de veinticuatro horas o se comunique a quien corresponde y en ese mismo plazo de tiempo, el lugar donde se encuentra aquel con un compromiso de devolución (art. 225 bis 4); y, la sustracción de menores por ascendientes o parientes hasta el segundo grado (art. 225 bis 5).

El término sustracción en este ámbito más que hurto o robo fraudulento con que lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en su segundo acepción, se corresponde, precisamente, con la primera: apartar, separar; y así cuando la norma emplea el término sustracción realiza una tarea de equiparación no tanto con la modalidad de traslado, donde se opera su concreción y definición, como en relación a la modalidad de retención que precisa de asimilación normativa, al no corresponderse semánticamente con la sustracción[118].

Por su parte, para LORENTE MARTÍNEZ «sustracción o secuestro internacional de menores» es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor del país de su residencia habitual a otro país con infracción de las disposiciones legales»[119].

El artículo 225 bis 2 del Código Penal, asimismo, da una definición legal de sustracción que, se ha visto modificado por la LOPIVI, estableciendo al efecto en este precepto que se considera sustracción:

1. El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. No resulta necesaria la existencia de una previa resolución judicial o administrativa que regule la potestad de los padres[120]. Y para que la decisión de traslado no sea ilícita ha de ser adoptada en interés del menor, pero de mutuo acuerdo[121].

Señalamos de forma anticipada, que la Ley Orgánica 8/2021 modificó el último apartado de este número 2.1.º, eliminando el requisito de la convivencia habitual, razonando el motivo de ello en el preámbulo de la citada Ley del siguiente modo: «se modifica el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias». De esta forma, la interpretación del mencionado precepto permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra

bajo la custodia de uno de los progenitores con quien convive habitualmente o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechado la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo; de forma tal que, revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal[122].

2. La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa[123]. En este caso, si se requiere el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa.

De esta definición legal se desprende que, ha de existir previamente una situación de convivencia del menor con uno de los progenitores, y, un ejercicio de la custodia que se quebranta ilegítimamente la voluntad de este.

Asimismo, hay que completarla con el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 que establece que el traslado o retención se consideran ilícitos cuando: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. E, igualmente, el artículo 5 (y en manera derivada el artículo 2 del Reglamento (CE) número 2001/2003) que contenía la definición del término custodia a efectos del Convenio como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el decidir sobre su lugar de residencia; diferenciándolo del derecho de visitas que comprende el derecho a llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Ahora bien, se considera también sustracción llevarse a sus hijos sin consentimiento de sus abuelos paternos que eran las personas a las que les estaba confiada la custodia, sin que el hecho de que los abuelos no estuvieran en el punto de encuentro, no faculta a cualquiera de los progenitores a proceder así, esto es, trasladando o reteniendo a los menores[124].

Se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación[125]. Y de naturaleza pluriofensiva, pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 23 de abril de 2021[126], en el caso del artículo 225 bis 2.2.º además de partir del incumplimiento de una resolución judicial, su inobservancia asimila la configuración de una desobediencia, donde los intereses de la Administración de Justicia, conforman su aportación.

En este contexto, el bien jurídico protegido debe ser el derecho de custodia atribuido a uno de los progenitores, cuyo quebranto determina el traslado o retención ilícita; a la vez que conlleva una desestabilización de las relaciones familiares, y un perjuicio claro al interés superior del menor. Dentro del requisito objetivo, los elementos configuradores atienden a la vocación de permanencia de la conducta de retención y la entidad y gravedad del incumplimiento. Respecto del requisito subjetivo, señalar que, hace referencia a la intención del autor de

retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento y, en suma, frustrar la eficacia del mandato judicial relativo a la custodia. En todo caso, la redacción del segundo apartado del citado artículo 225 bis del Código Penal empleando el término «gravemente», como el propio significado de la palabra «sustracción» que, implica un apoderamiento definitivo, excluyen, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, esto es, aquellas de cuyas circunstancias queda inferir que pervive la intención de devolver al menor hacer cesar la retención en un periodo razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos[127].

En este contexto, para MOLINA FERNÁNDEZ «se trata de un delito que protege principalmente los derechos y las condiciones de ejercicio de los deberes del progenitor o institución responsable del menor en el momento de cometerse el hecho»[128]. Igualmente, MARTOS NÚÑEZ considera el bien jurídico protegido «el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar»[129]. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021[130] lo que se tutela es la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como una infracción del derecho de custodia en directa inspiración, pero con la autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de La Haya, en evitación que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. En cuya consecuencia, añade, el bien jurídico protegido debemos concretarlo en el genérico mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. Por lo que, como claramente precisa el Alto Tribunal, se atiende a evitar las potenciales consecuencias que la violación del derecho a la custodia supone y el modo en que se realiza, al margen de los cauces jurídicos para resolver los conflictos, cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaída en el cauce establecido. De ahí que, concluya la Sala indicando que «se sanciona la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar en el modo reseñado las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca de límite; y donde la permanencia de los menores en el ámbito familiar, social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa del derecho internacional privado, al margen del criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conductas de sustracción».

Asimismo, indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 10.ª, de 20 de septiembre de 2021[131] que lo que se sanciona «es la conducta del progenitor que se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca de límite; y donde la permanencia de los menores en su ámbito

familiar y social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa de derecho internacional privado, al margen de criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela, como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conducta de sustracción». Ello se corresponde con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras proclamar el interés superior del menor, en su apartado tercero establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses. Igualmente, la Circular de la Fiscalía General del Estado, aunque indica que, la *voluntad legislatoris* de la Ley Orgánica 9/2002, obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, cuando en expresión propia indica la finalidad de la reforma, asimismo, incide en la defensa de los derechos del progenitor custodio y, lógicamente también en el cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia. De forma que, no se exige que el denunciante sea el progenitor custodio, pues, puede ser, como veremos, autor del delito el progenitor custodio máxime si se trata de custodia conjunta por atribución legal o custodia compartida por resolución judicial o convenio judicialmente aprobado[132].

Al respecto, conviene indicar que, aunque con frecuencia se invoque el interés superior del menor y la propia Convención de los Derechos del Niño de 1989 exhorta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (art. 11); y este sin duda, resulta esencial al integrar un primordial criterio de ponderación interpretativo o criterio referencial metodológico, no menos cierto es que, sigue precisando de un anclaje en un concreto bien jurídico tutelado por la norma penal.

Sobre tales bases, la conducta típica del tipo básico del delito regulado en el artículo 225 bis 1 del Código Penal además, de la acción típica de traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su guarda o custodia; y la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa[133]; la ausencia de una causa justificada[134]; y, la ausencia de consentimiento del otro progenitor.

Para SUÁREZ-MIRA «consiste en sustraer al hijo menor, siendo irrelevante la aquiescencia del este»[135]. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015[136] cuando señala que «la preferencia o voluntad de los menores que se alega por viajar con su padre, frente a lo dispuesto en el convenio homologado judicialmente es irrelevante».

No obstante, si concurre causa justificada o falta de intencionalidad no existe delito[137]. A tal fin, cuando se trata de un mero incumplimiento civil[138].

Nos referimos a la posible alegación del estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal y el error vencible o invencible sobre la causa de justificación consistente en la inexigibilidad de otra conducta según lo previsto en los artículos 14.1 y 3 del Código Penal. En cuanto al estado de necesidad propio o ajeno inevitable tiene como notas esenciales la inminencia del mal, real y grave y su inevitabilidad por las vías lícitas y para verificar la inexistencia de otras vías inocuas para otros bienes jurídicos o menos gravosas, acudiendo a un juicio racional basado en la experiencia y considerando la situación concreta en que se encuentra el sujeto activo que, deberá acreditarla. El Tribunal Supremo interpreta actualmente el estado de necesidad como el mal que se evita, sin que haya otro medio de evitarlo, atendidas las circunstancias del hecho y del sujeto.

Ello responde a la idea que la inevitabilidad no puede ser exigida en términos absolutos que, desconozcan estas circunstancias valorativas o la eximente sería, así, de imposible aplicación. En concreto, la sentencia de 29 de noviembre de 2001 recoge los requisitos del estado de necesidad: 1. La inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infligiendo un mal al bien jurídico ajeno; 2. Que el mal que amenaza sea actual, inminente, grave. Injusto e ilegítimo; y 3. Que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto, antes de proceder antijurídicamente[139].

Por otra parte, tiene objeto sancionar ciertos comportamientos que atentan contra los derechos del progenitor custodio y, en última instancia, contra el interés superior del menor. Ahora bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado; de manera que tal retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del «deber» a que se refiere el tipo penal. Este aspecto es de capital importancia para ponderar hasta qué punto la fundamentación ofrecida por los órganos judiciales ha contemplado, en toda su extensión, la descripción de la conducta típica sobre la que necesariamente se proyecta el elemento culpabilístico.

Desde esa óptica, el contenido de la resolución judicial se erige en elemento esencial de la figura delictiva, ya que lo que en ella se acuerde, permitirá esclarecer hasta qué punto se ha incumplido gravemente el deber al que se refiere la norma penal. Ciertamente el artículo 225 bis del Código Penal no contiene referencia explícita a que el autor deba conocer el contenido de las resoluciones citadas; por ello, al no ser un elemento específicamente descrito en el enunciado de la infracción penal, la relevancia que, en suma, revista este aspecto ha de ser ponderada en el ámbito propio de la culpabilidad, pues, conforme a lo establecido en el artículo 5 del Código Penal «no hay pena sin dolo o imprudencia», de tal modo que, solo pueden reputarse delictivas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 del Código Penal)[140].

De forma que, como el Código Penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al artículo 225 bis del citado Código Penal es el dolo; de ahí que, solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuir responsabilidad penal al autor por los hechos cometidos[141]. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2013 identifica dolo con «la voluntariedad de retención del menor» sin efectuar mención alguna del elemento de permanencia; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 8.ª, de 9 de junio de 2021[142], por su parte, señala que «la hipótesis típica del delito se satisface con conocimiento de la obligación de entregar al menor y la voluntad de no cumplir las resoluciones judiciales o administrativas y este conocimiento debe entenderse colmado en la modalidad de dolo eventual o dolo de indiferencia. El comportamiento de la acusada nos lleva a inferir que tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta, siendo suficiente con que tuviera conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad (dolo eventual)».

En cuanto al sujeto activo del delito es el progenitor y tras la LOPIVI, tanto el progenitor que convive habitualmente con el menor de edad como el progenitor que lo tenga en su compañía en régimen de estancias. Las sentencias del

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2016[143]; de 23 de abril de 2021[144] y de 23 de marzo de 2022[145] reconocen que podrá ser sujeto activo el progenitor custodio. De ahí que, se indique en la penúltima resolución citada que, cada vez, es más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya la condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin el consentimiento del otro progenitor; y en la última «no se trata de que solo el progenitor custodio pueda incurrir en traslado o retención ilícita, pues, esta exclusión del sujeto activo, solo resulta predicable del progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de la ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que, en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia». Por lo que, como precisa el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 2.ª, de 15 de junio de 2021[146] no se exige que el denunciante sea el progenitor custodio.

Ciertamente, en esta línea, el artículo 154 del Código Civil ha sido modificado por la LOPIVI y en su párrafo tercero número 3 se destaca que la función de la patria potestad comprende entre otros deberes y facultades la de decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Por otra parte, el artículo 225 bis.5 amplía los sujetos activos del delito, imponiendo las mismas penas cuando la conducta delictiva la lleve a cabo: los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si bien, la interpretación del tipo penal de sustracción de menores ha de ser restrictiva, solo alcanza a los progenitores y parientes consanguíneos o afines dentro del segundo grado y su acción, a las conductas que contravienen una previa resolución judicial o administrativa atributiva de la custodia[147]. Por lo que, la progenitora sí puede ser sujeto activo del delito[148].

En cuanto al sujeto pasivo, lo será el otro progenitor del menor, tutor o guardador de hecho. Con la LOPIVI, como indica CALLEJÓN HERNÁNDEZ, «el debate acerca de si el progenitor custodio podía o no cometer el delito en la modalidad de retención ha desaparecido, así como también las dudas concernientes a si era posible aplicar el tipo en supuesto de falta de resolución judicial y la limitación que implicaba la atipicidad del traslado producido por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia»[149]. Y, asimismo, indica que, el objeto material del delito «es el propio menor que resulta trasladado o retenido, en definitiva, sustraído por alguno de los sujetos con capacidad para ejecutar la acción: el progenitor, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad»[150]. En cambio, la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos de la Fiscalía General del Estado entiende que, en estos casos, la conducta de sustraer ha de ser subsumida en el tipo de detención ilegal. No se sabe bien porque se opta por tal planteamiento.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021[151] ha aclarado que se comete un solo delito, aun siendo varios los menores sustraídos en base al bien jurídico protegido. Al respecto argumenta que «en relación a la descripción de la conducta típica, la conducta típica, la conducta de la sustracción y las definiciones o asimilaciones de la misma, en el artículo 225 bis se realizan en singular: «sustrajere a su hijo

menor», «el traslado de un menor», «la retención de un menor» que describen exactamente sobre quien recaer la acción, pero no abarca la integridad de los sujetos afectados por el mismo, que como título y capítulo que albergan al artículo 225 bis, siempre resulta que la familia en su conjunto. El derecho de custodia quebrantado es, pues, el del progenitor, que es el instituto sobre el que se estructura la conducta típica; y la desestabilización de las relaciones familiares que conlleva es la que se proyecta sobre el menor desplazado o retenido. Pero en el caso que hubiere más menores no desplazados, también resultarían potencialmente afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares, aunque sobre ellos no pivote el derecho de custodia quebrantado; restan privados de esa relación, tanto con el menor distanciado o retenido, como con el progenitor que decide desconectar su relación; de modo que, resultarían afectados en similar medida a si hubieren sido desplazados o retenidos de forma conjunta con otro hermano. Y aunque deban ponderarse criterios contrapuestos, de modo que no debe entenderse que favorezcamos, desplazar a todos los menores que integran el núcleo familiar en caso de su sustracción por un progenitor, tampoco resulta oportuno como política criminal, en contra del criterio general del artículo 92.5 del Código Civil, adoptar soluciones concursales que favorezcan punitivamente la separación de hermanos». A lo que añade que «resulta además esta conclusión de afirmar un solo delito, aunque los menores trasladados o retenidos por su progenitor en un mismo acto, sean varios, congruente con la entidad de la pena conminada, donde su gravedad posibilita, en el margen establecido hasta cuatro años de prisión, responder al desvalor material de dicha acción». En definitiva «el artículo 225 atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que se encauzan su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como único delito».

Se opuso voto particular por los magistrados Leopoldo PUENTE SEGURA y Javier HERNÁNDEZ GARCÍA. Basan su discrepancia en la idea que lo que se está definiendo en el artículo 225.2 bis es el objeto de la acción no el objeto de protección que, en este caso, son cosas distintas. En coherencia con ello, el artículo 225 bis en su número 1 describe la conducta por referencia al progenitor —delito especial en cuanto restringe el círculo de posibles sujetos activos —que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor —expresándose deliberadamente en singular—, sin que tampoco la ubicación sistemática del precepto, en el capítulo correspondiente a los delitos contra los derechos y deberes familiares, excluya la presencia de bienes jurídicos personalísimos y de titularidad individual como objeto de protección. Asimismo, indican que, si como creen, el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre de abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (ambas como en el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados. Por otra parte, señalan que, un entendimiento distinto, además, se enfrenta con la consecuencia que, como se mantiene en la

sentencia ampliamente mayoritaria de la que discrepan, el bien jurídico protegido por el tipo penal que contempla el artículo 225 bis del Código Penal resulta ser en exclusiva el derecho parental del progenitor con quien el menor convive y aquel se lesiona con independencia del número de menores que hubieran sido sustraídos y si además, como también se añade, el interés de los menores que no lo fueron resulta igualmente lesionado, en la medida en que la desaparición de su hermano priva de estabilidad el entorno familiar, creen obligado concluir a partir de estas premisas que, consideran erróneas, que la sucesiva sustracción de varios menores por el mismo sujeto activo habría de constituir una conducta atípica. Además, la naturaleza personal del bien jurídico lesionado —la vida privada y familiar— su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas de unidad normativa de acción. Por lo que, concluyen que, a su parecer la Sra. R., de forma no justificada sustrajo, primero y retuvo, después a sus dos hijos, lesionando el derecho a la estabilidad personal y emocional; por lo que cometió dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis. No se limitó a lesionar, el derecho del padre a comunicar y mantener con sus hijos una sostenida relación, sino que, además, principalmente, incluso el derecho de cada uno de los menores, sin causa justificada a relacionarse en condiciones sostenidas de normalidad con su padre.

En este contexto, se trata de un tipo doloso, como hemos señalado, que requiere dolo directo, pero que no exige que la libertad y la seguridad del menor corran peligro[152]. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 1983[153] —con relación al artículo 484 de la época (sustracción de un menor de siete años castigada con la pena de presidio mayor)— en sus considerandos tercero y cuarto señala que «(…) debe reconocerse que en estas sustracciones protagonizadas por los padres no padece normalmente la «seguridad» del menor entendida como la abstracta exención de daños y riesgos a no ser que el atentado a la seguridad se extienda, como ha hecho una meritoria construcción doctrinal, a la mera ruptura de la relación del menor con las personas encargadas de su protección y custodia, estimando en definitiva que, el bien jurídico protegido es la familia en su concreción de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o instituciones afines de mera guarda. (…) lo cual no impide apreciar la existencia de un delito de desobediencia cuando media un mandato o requerimiento judicial o la existencia de un delito de coacciones si con vías de hecho o mediante actos violentos de la propia autoridad se infringen determinaciones adoptadas sobre los hijos en un convenio o pacto de separación conyugal, o simplemente —interponiendo medios coactivos— se rompe una situación constituida de puro hecho, como fue en este caso, la creada por el padre de las menores, reservando la grave calificación penal de sustracción de aquellos supuestos en que la acción del padre o de la madre, inspirada en motivaciones éticas atendibles, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo la seguridad del menor, dando a esta expresión un *lato* sentido que abarca desde su vida e integridad física o moral, hasta la interrupción de una relación de familia sustituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausente las funciones de vigilancia, custodia y educación que la formación integral del menor demanda». No obstante, MOLINA FERNÁNDEZ indica que «en algunos casos, sí puede haber afectación a la seguridad, por ejemplo, cuando el progenitor responsable tenga una orden de alejamiento por la previa comisión de actos ilícitos»[154].

Si bien, aunque no se exige que la concreta libertad y seguridad del menor corran peligro, pues, entonces son otras las tipicidades a considerar; no obstan-

te, se entiende de modo genérico que desconocer por vías de hecho la custodia establecida y alejar al menor de su entorno, potencialmente le origina múltiples riesgos y dificultades de muy diversa índole (afectivo, psicológico, material, etc.), para lo cual se debe atender a tutelar el interés del menor con la urgencia del retorno donde la custodia antes del secuestro establecida y ello se logra con la imposición de penas especialmente disuasorias. Y, aunque, es cierto como hemos indicado en líneas precedentes, el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 prohíbe resolver sobre el fondo del derecho de custodia; una vez efectuado el retorno y sometida la controversia a resolución judicial, nada obsta para que el progenitor que realizó el traslado o la retención ilícita, incluso aunque existiese resolución judicial en contrario, pues las situaciones que deben ponderarse son cambiantes siempre se resuelven en función de cuál sea el interés del menor en cada momento. En definitiva, el artículo 225 bis del Código Penal atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio. No se atiende, por tanto, a bienes personales del menor sino a encauzar su determinación a través de las vías legales establecidas. Protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con título aparentemente válido, sin exigencia de afectación de bienes personales de los menores afectados por una misma sustracción[155].

Asimismo, es «un delito de consumación instantánea y de carácter permanente, pues, la situación antijurídica continua hasta que no se restituya al menor a quien tiene la custodia»[156].

De todas formas, esta conducta dolosa recaerá sobre el hijo menor de edad. Y la pena prevista en el artículo 225 bis 1 es la conjunta de: prisión de dos a cuatro años; e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años. En el subtipo agravado de sustracción de menores, el artículo 225 bis 3 supone la imposición de la pena en su mitad superior cuando: el menor sea trasladado al extranjero; o fuese exigida alguna condición para su restitución. No obstante, el artículo 225 bis 4 apartado primero establece una excusa absolutoria por la cual el sujeto activo quedará exento de responsabilidad penal cuando concurran alguna de las circunstancias que se enumeran de forma alternativa: la comunicación del paradero del menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la devolución del menor; o la ausencia del menor no superior a veinticuatro horas. El plazo empieza a computarse tras la denuncia del hecho[157]. Por su parte, en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 225 bis se prevé un subtipo atenuado cuando la restitución se realice dentro de los quince días siguientes a la fecha de la sustracción. A los efectos del cómputo del plazo, la fecha que ha de tenerse en cuenta es la fecha de la denuncia de la sustracción. La pena que se impone a este subtipo atenuado, es la de prisión de seis meses a dos años[158]. En fin, el delito de sustracción de menores se puede calificar en grado de tentativa, habida cuenta del riesgo inherente al intento (art. 62 del Código Penal) y rebajarse la pena en un grado[159].

En este contexto, como precisan acertadamente, por un lado, MARTOS NÚÑEZ se trata de un delito pluriofensivo que «lesiona o pone en peligro diversos intereses del menor, cuales son, su libertad, su seguridad, la familia, la paz en las relaciones familiares y a la patria potestad o la tutela»[160]. CALLEJÓN HERNÁNDEZ, por su parte, señala que se trata de «un delito especial, afectándole los conflictos propios de esta especie de delitos, sobre todo en lo concerniente a la participación» y, añade «el legislador ha optado por la creación de un tipo especial que incluyen al progenitor, pero también a otra serie de parientes»[161].

Y, en fin, para SERRANO TÁRRAGA indica que «es un delito de consumación instantánea y de carácter permanente, pues la situación antijurídica continúa hasta que no se restituya al menor a quien ostente la custodia»[162].

En todo caso, el incumplimiento de una resolución judicial relativa a la guarda y custodia de menores puede derivar en un delito de desobediencia tipificado en el artículo 556.1 del Código Penal[163].

Por otra parte, este delito que sirve de título de condena —la sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal— conlleva la posibilidad de solicitar responsabilidad civil que nace siempre que sea posible trazar, en términos probatorios suficientes, y una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio que se reclama. Daño como objeto indemnizatorio que, como precisa el artículo 113 del Código Penal se extiende a los daños materiales y morales consecuentes a la producción del hecho y no a los daños patrimoniales[164]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.ª, de 22 de abril de 2022[165] procede la indemnización por daños morales derivados de la situación de intenso estrés emocional que padecieron tanto los hijos comunes menores de edad —de ocho y diez años de edad—, como la madre, la Sra. Antonia, con motivo de acción sustractiva y, además los hijos fueron sometidos a factores aflictivos como la pública divulgación de su identidad en medios de comunicación anunciando, asimismo, la intención de no entregarlos a su madre y la necesidad de la intervención coercitiva de la policía para que cesara la injusta sustracción.

Ahora bien, frente al indulto concedido a Juana Rivas, su ex cónyuge ha interpuesto recurso contencioso-administrativo 416/2021 contra el Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el BOE número 275 de 17 del mismo mes y año por el que se ordena «conmutar a doña Filomena la pena privativa de libertad impuesta por otra de un año y tres meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos por la pena de ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito por el que fue condenada en el plazo de cuatro años desde la publicación del Real Decreto».

Se suplica en la demanda, con carácter principal, que se declare la nulidad del Real Decreto y, de manera subsidiaria, que se declare la nulidad de la conmutación de la pena de inhabilitación por la de trabajos en beneficio de la comunidad, como se ordena en el Real Decreto.

A los efectos de un mejor examen del recurso planteado resulta procedente dejar constancia de las actuaciones de las que trae causa el mencionado Real Decreto que se impugna, a tenor de lo que resulta del proceso y su expediente.

La persona indultada en el Real Decreto impugnado, Doña Filomena, había sido condenada por sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo 339/2021, de 23 de abril, dictada en el recurso de casación por infracción de ley 1665/2019, interpuesto por la mencionada condenada, contra la sentencia 98/2019, de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 257/2018, de 18 de julio, por el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Granada, dictada en el procedimiento abreviado 71/2018.

La sentencia del juzgado condenó a la indultada, por dos delitos de sustracción de menores, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesorias de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos y a la indemnización al recurrente en 30000 €.

Interpuesto recurso de apelación contra la mencionada sentencia se estima parcialmente el recurso y se anula la sentencia del juzgado en el concreto extremo de la cuantía de la indemnización fijada, que se reduce a la cantidad de 12 000 €.

En la sentencia de casación, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2021[166] como analizamos, anula la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que procede condenar a la beneficiaria del indulto por un solo delito de sustracción de menores, con la pena de dos años y seis meses de prisión «*con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante seis años de sus hijos …*», manteniéndose la misma cuantía de la indemnización.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de indulto, a tenor de lo que resulta del expediente (propuesta de resolución), una vez solicitado, entre otros, por la misma interesada el indulto total de las penas impuestas, se procedió a recabar, conforme a las prescripciones legales, el informe del Tribunal sentenciador el cual, a su vez y dado que la indultada no se encontraba internada en un Centro Penitenciario, se interesó informe de la Subdelegación del Gobierno de Granada que, a su vez, lo recaba de la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil; habiéndose dado audiencia al Ministerio Fiscal y al ahora recurrente, en su condición de perjudicado por el delito penado.

En dicho trámite de informes, tanto el Tribunal Supremo, como el órgano sentenciador, como el Ministerio Fiscal, informaron desfavorablemente la concesión del indulto total, si bien, por lo que se refiere a la Sala sentenciadora, se produce una divergencia, con igualdad de votos de los magistrados que formaron Sala, sobre la concesión del indulto parcial, existiendo igualdad de votos en favor y en contra de la concesión del indulto parcial; sin que el propio Tribunal considerase que, dada la naturaleza del informe, no debería tener calidad de voto dirimente el emitido por su Presidente ni era procedente el incidente procesal de discordia. También el Ministerio Fiscal se muestra contrario a la concesión del indulto total pero no al parcial.

En el referido informe emitido por la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer de la Guardia Civil se hacen constar las condiciones económicas, personales y laborales de la Sra. Filomena y la existencia de dos denuncias contra el padre de sus hijos, que fueron archivadas.

Por su parte, en el informe de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo que instruyó el expediente para la concesión del indulto, se acepta de manera unánime por todos los magistrados de la Sala, la improcedencia del indulto total, como ya había propuesto en su informe previo el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en relación con el indulto parcial se produce la peculiar situación de que, en palabras del mismo informe: «la Sala se ha demediado a la hora de debatir las conclusiones finales de este informe. Exactamente, son ocho magistrado/as favorables al indulto parcial y ocho magistrado/as partidarios de no informar favorablemente el ejercicio de cualquier forma de derecho de gracia». Se suma a esa coincidencia el hecho de que no se consideró aplicable, dada la naturaleza del informe, acudir al incidente procesal de Sala de Discordia de los artículos 163 y 164 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por lo cual el informe fue elevado al Gobierno con esa doble opción.

El recurrente, perjudicado por el delito penado, se muestra contrario a la concesión del indulto, tanto total como parcial.

En la justificación de la propuesta, que es la finalmente acogida en el Real Decreto que se revisa, se opta por el indulto parcial, dado que había unanimi-

dad de la Sala sentenciadora a la denegación de concesión del indulto total y, en relación con el parcial, solo eran favorables la mitad de los magistrados y el Ministerio Fiscal. Por otra parte, se considera que por el grado de cumplimiento y la situación penitenciaria de la Sra. Filomena comporta que «*la rebaja de la pena privativa de libertad pueda considerarse secundaria respecto de la necesidad de remitir la de inhabilitación… el principal objetivo perseguido por la solicitante de la medida de gracia… evitar el efecto que produciría en la determinación del régimen de guarda y custodia de sus hijos*…».

Conforme a los mencionados criterios, se opta por la concesión parcial del indulto, rebajando la pena privativa de libertad «*a la mitad*», así como «*conmutar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por otra de trabajos en beneficio de la comunidad… Es decir, dejar la condena en: Pena de un año y tres meses de prisión y ciento ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad*». Con ello, se razona, esa condena conmutada es «*la más ponderada, ya que supone una rebaja sustancial de la pena privativa de libertad acompañada de la sustitución de la inhabilitación por otra de trabajos en beneficio de la comunidad, opción que se prevé en el* artículo 13 de la Ley del Indulto, *se estaría dando solución al problema que representa la inhabilitación de cara al establecimiento de un régimen más flexible de guardia y custodia, sin incurrir al perdón total de la pena, que pasa a cumplirse mediante otra de la misma escala no susceptible de afectar al régimen de custodia o visita*».

Como medidas de seguridad para garantizar la efectividad de las penas impuestas en sustitución, se impone como condición para dicha concesión del indulto que «*su no cumplimiento por la condenada provocará la revocación de su concesión por falta de la debida observancia*…». Entre dichas condiciones se imponen la de que «*su beneficiaria no cometa nuevas conductas delictivas relativas a los derechos y deberes familiares… el plazo de condicionalidad se puede ajustar al previsto inicialmente para la pena privativa de libertad, es decir, dos años y medio, o a la pena de inhabilitación, seis… Como opción intermedia y más recomendable en términos de proporcionalidad, cabría establecer cuatro años de condicionalidad…*».

Especial mención merece el apartado incluido en la propuesta sobre las «razones para el indulto de Filomena», en el que se hace referencia a su motivación con los siguientes argumentos: «*El carácter excesivo o desproporcionado de la pena impuesta… la valoración que se hace sobre el carácter excesivo o desproporcionado de la pena de prisión atiende a criterios que trascienden la legalidad penal en que se fundamentó la condena. Es una valoración basada en razones de justicia o equidad y que se centra en el concepto de indulgencia para moderar la sanción penal más allá de lo que correspondería con la estricta aplicación de la ley. Es la idea a que apela el propio Código Penal, en su artículo 4, cuando habilita a los jueces y tribunales a valorar si la aplicación rigurosa de la ley conduce a la imposición de una pena que resulta notablemente excesiva en atención al mal causado y las circunstancias personales del reo… las razones que motivan la concesión del indulto por este motivo deben atender al mal causado y a las circunstancias personales del reo. En este caso, son sobre todo las particulares circunstancias en las que se encuentra la señora Filomena y sus hijos las que permiten llegar a la conclusión de que, teniendo en cuenta el mal causado con la retención de los menores, las penas impuestas generan un sufrimiento excesivo. Estas razones personales, familiares y sociales, son precisamente las que esgrime el Ministerio Fiscal en su informe para recomendar la concesión de un indulto parcial*».

Uno de los aspectos más determinantes a la hora de valorar estas razones es la situación de angustia y tensión experimentada por los hijos, que se refleja a su

vez en la propia solicitante, tal y como acreditan varios especialistas médicos y reconoce el Tribunal en el informe que emite como órgano sentenciador… la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad está teniendo y puede seguir teniendo de manera irreparable en los hijos de la solicitante, se opta por remitir parcialmente la pena de prisión y conmutar la pena de inhabilitación especial por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Se concluye que «los fines retributivos y preventivos de la pena impuesta no resultan particularmente afectados con esta medida de gracia. Por una parte, porque la medida se toma en atención a una situación personal y familiar muy concreta y excepcional, caracterizada por el temor con el que la solicitante afronta la posibilidad de ser separada de sus hijos. Por otra parte, por el buen comportamiento mostrado por la solicitante desde el momento de producirse la condena, no solo satisfaciendo la responsabilidad civil, sino también cumpliendo escrupulosamente las medidas civiles adoptadas en relación con los menores. Esta conducta revela una renuncia a las vías ilegales para la consecución de su propósito de obtener la guarda y custodia de sus hijos, tal y como constatan los informes tanto del Ministerio Fiscal como del Tribunal Supremo».

Conforme a la mencionada propuesta y atendiendo a los presupuestos y circunstancias de la solicitante del indulto, así como a los fundamentos jurídicos contenidos en la misma, se aprueba el mencionado Real Decreto 1024/2021, de 16 de noviembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado 275 de 17 de noviembre de 2021, tramitado en el expediente de indulto Tribunal Supremo 18/21 a instancias del Ministerio de Justicia, por el que se concedió indulto a doña Filomena.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 2022[167] ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el padre de los niños y perjudicado por el delito contra el Real Decreto por el que se ordena conmutar a la condenada la pena privativa de libertad de 2 años y 6 meses que se le había impuesto en casación (la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021) por otra de 1 año y 3 meses de prisión, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos durante 6 años por la pena de 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad, a condición de que no cometa el mismo delito de sustracción por el que fue condenada en el plazo de 4 años desde la publicación del Real Decreto Ley.

Con ello, se rechaza así la nulidad del Real Decreto en su conjunto que, solicita el recurrente con carácter principal y, también la de la conmutación de la pena de inhabilitación que pretende de manera subsidiaria.

A tal fin, en primer lugar, niega el Tribunal Supremo que concurran irregularidades en la tramitación de la medida de gracia y, en concreto que tengan carácter invalidante los defectos que invoca el demandante que, reprocha el dictamen del Tribunal sentenciador que fue remitir al Gobierno sin haber recabado informe sobre el arrepentimiento de la indultada y sin solicitar el informe del director del centro penitenciario.

Por otra parte, antes de analizar estos reproches, la Sala de lo Contencioso-Administrativo llama la atención sobre las peculiaridades que confluyen en el informe que la Sala Segunda del Tribunal Supremo debía emitir como Tribunal sentenciador. Explica que, si bien todos los magistrados se mostraron contrarios al indulto total, no ocurrió lo mismo con el parcial, respecto del cual la Sala se dividió por la mitad, sin que se considerase procedente, dada la naturaleza del informe, acudir al incidente procesal de Sala de Discordia, de modo que fue ele-

vado al Gobierno con esa doble opción: indulto parcial, por un lado, y exclusión de cualquier forma de derecho de gracia, por otro.

Pasando a examinar lo relativo al arrepentimiento, indica el Tribunal Supremo que, el artículo 25 de la Ley de Indulto, cuando determina los datos que deben constar en el dictamen del Tribunal sentenciador, no exige un informe sobre el arrepentimiento del solicitante del indulto, sino que alude a las pruebas o indicios del arrepentimiento que se hubiesen observado, y señala que, aunque se hubiese omitido toda referencia al arrepentimiento, tal omisión no tendría carácter invalidante, pues reiteradamente ha afirmado la jurisprudencia que el contenido del informe que marca el precepto no puede considerarse como un listado taxativo.

A ello añade que, en el caso, no puede negarse que se haya cumplido con el trámite, ya que, dada la naturaleza del delito por el que fue condenada la indultada, debe reputarse suficiente a los efectos de lo que impone dicho artículo el haber procedido al cumplimiento del régimen de visitas y de la responsabilidad civil conforme a lo impuesto en la sentencia. Incide en que de lo que se trata es de acreditar, no tanto el acto interno de arrepentimiento, sino de su enmienda en el sentido de subsanar los daños. Se trata, de este modo, de que existan manifestaciones sobre el rechazo a la vulneración de los bienes jurídicos que se han lesionado con la comisión del delito, lo que, a juicio del Supremo, sucede con el sometimiento al régimen de visitas con los menores y el cumplimiento de la responsabilidad que, como reparación, se impuso por la condena penal.

En efecto, es importante poner de manifiesto, en contra de lo que parece sostenerse en la demanda, que lo que se requiere no es en realidad un informe sobre el arrepentimiento de la solicitante del indulto, en nuestro caso, sino, como dice el precepto, de «las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado»; exigencia lógica porque el arrepentimiento, conforme a su definición, constituye un acto interno de la persona —«*sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo*», según el Diccionario—, que comporta una dificultad de valoración y acreditación incompatible con la finalidad que se impone en el precepto examinado. Ni el Legislador decimonónico ni la interpretación que nos imponen los principios constitucionales actuales, serían congruentes con traer al procedimiento una acreditación de que el condenado que solicita el indulto realmente, en su fuero interno, tiene ese «*sentir mal*» por lo realizado. Solo podrá descubrir ese sentimiento por los actos externos de los que pueda deducirse, que es lo que exige el precepto con las referencias a las pruebas o indicios.

En suma, de lo que se trata es de acreditar, no tanto el acto interno de arrepentimiento, sino de su enmienda en el sentido de subsanar los daños; esto es que existan manifestaciones, pruebas, sobre el rechazo a la vulneración de los bienes jurídicos que se han vulnerado con la comisión del delito, en el caso de autos, el sometimiento al régimen de visitas con los menores y el cumplimiento de la responsabilidad que como reparación, se impuso por la condena penal.

A continuación, descarta también el otro defecto formal aducido, referido a que el Tribunal sentenciador no había solicitado el informe del director del centro penitenciario. Argumenta que la interesada no se encontraba en prisión al tiempo de solicitar el indulto, sino en un centro de reinserción, por lo que fue correcta la actuación de la Sala de lo Penal que, conforme al artículo 24 de la Ley de Indulto, interesó el informe directamente del Subdelegado del Gobierno.

Seguidamente se centra el Tribunal Supremo en la pretensión subsidiaria de nulidad de la conmutación de la pena de inhabilitación especial. Rechaza que esa conmutación, en virtud del artículo 170 del Código Civil tenga que ir precedida de una decisión judicial. Explica que la pena de inhabilitación sigue el régimen

propio de todas las penas, tanto para su imposición como para su extinción. Subraya que el Código Penal dispone de manera taxativa y, sin exclusión alguna, que todas las penas se extinguen, entre otras causas, por el indulto, conforme a su artículo 130.1.4.ª de la LEC, y si ello es así, resulta indudable que ese artículo 170 no puede afectar a esa extinción de la pena, ya que todo lo que concierne al ámbito de las penas, en cuanto alcanza a derechos fundamentales, debe tener un rango de Ley Orgánica del que carece el Código Civil.

Además de lo anterior, si el reproche que se hace es que el informe se emite por el Subdelegado del Gobierno cuando, a juicio del recurrente, debiera ser emitido por el Jefe del Centro Penitenciario, debe recordarse que el artículo 24 exige que debe ser emitido, bien por el Jefe del Centro Penitenciario o por el Gobernador Civil —la Ley, pese a haber sido modificada en 2015 sigue manteniendo esa terminología—, y esa alternativa está en función de si el solicitante de indulto se encuentra o no cumpliendo condena en uno de dichos Centros. Y es lógico que así sea porque si la finalidad del informe es acreditar, en palabras del artículo 25, «su conducta posterior a la ejecutoria», dicha prueba no puede sino aportarla aquel organismo que tuviera al penado bajo su custodia. Y si ello es así, es lo cierto, como resulta de las actuaciones, que la indultada no se encontraba cumpliendo su condena en un Centro Penitenciario, sino en un Centro de reinserción social; de tal forma que, si se hubiese recabado el informe al Centro Penitenciario en el que inicialmente la indultada había ingresado, por pura lógica, dicha autoridad debería haber recabado, a su vez, la información de dicho Centro de reinserción. Y buena prueba de ello es que el mismo Tribunal sentenciador interesó el informe directamente de la Subdelegación del Gobierno.

Por último, excluye la Sala que incurra en arbitrariedad la decisión del Gobierno de conmutar la pena de privación de la patria potestad por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Afirma que constan en el expediente las razones de justicia, equidad o utilidad pública que justifican el indulto, aunque sea sin unanimidad. Entiende que, si el Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, plasmadas en la postura contraria de la mitad de sus miembros, no parece lógico reprochar al Ejecutivo arbitrariedad por haber seguido una de las dos propuestas que se le remitieron.

Ciertamente, la Ley de Indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» a las que, de forma expresa, se refiere su artículo 11: «*razones a las que también alude su exposición de motivos cuando señala que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo "con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social*"… (y, si bien es) *Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública"; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir»*.

Es decir, si bien la decisión sobre el indulto queda al margen de control, es lo cierto que, por la vía de evitar la arbitrariedad, que se proscribe con carácter general para todos los poderes públicos en el artículo 9.3.º de la Constitución, pueden y deben los Tribunales de Justicia determinar la legalidad de la decisión,

en si misma considerada. Y en ese sentido se declara en la sentencia «*la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida*».

Esa línea que sobre ese control abre la arbitrariedad se refleja en la sentencia en términos de suma claridad cuando declara que «*no contamos con ámbito de revisión jurisdiccional respecto de la decisión de indultar, ni podemos adentrarnos en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente, pues nuestro ámbito llega, como hemos expresado, al control de la concurrencia de los elementos preceptivos, sin poder discutir sus respectivos contenidos. Pero sí debemos enjuiciar si las "razones de justicia, equidad o utilidad pública"— que necesariamente deben de constar en el Acuerdo y que pueden responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar), cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente. Dicho de otra forma, entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública" (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente "asequible", por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica. Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el mismo legislador exige "que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional", obvio es que el legislador ha pretendido que de esa "tramitación documentada" se desprendan las tan citadas "razones de justicia, equidad o utilidad pública", legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa. En consecuencia, hemos de tener acceso para comprobar si la operación jurídica llevada a cabo por el Consejo de Ministros, dirigida a especificar y revelar las expresadas razones —a la vista del expediente tramitado—, que constituyen el interés general de tal actuación, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno —asequible para nosotros— de la lógica y la racionalidad jurídica, pues, si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, y en consecuencia todos los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración han de ser racionales*».

Por tanto, se insiste, entre la intocable decisión de la concesión —o denegación— de un indulto, tras el seguimiento del procedimiento establecido (en el que ha de constar la solicitud de los preceptivos informes y los demás elementos reglados), y la especificación en el Acuerdo de concesión de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» —variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional—, se nos presenta como exigible un proceso lógico que no puede resultar arbitrario, y del que ha de desprenderse que las expresadas razones no son una construcción en el vacío.

Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta

decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión.

Ello obliga a la Administración a «aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican» (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas «razones de justicia, equidad o utilidad pública.

Pues bien, la aplicación de tal doctrina al caso de autos no permite concluir, como se pretende en la demanda, considerar que la decisión de indultar a la condenada mediante la conmutación de la pena incurre en arbitrariedad, habida cuenta que no nos compete a nosotros determinar la idoneidad sobre dicha concesión, sino determinar, como declara la sentencia de referencia, si la decisión» cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente… entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente «asequible», que claramente se nos presenta, en este caso, como tal en la medida que, como se ha expuesto sobradamente, las razones de justicia, equidad o utilidad pública sí constan en el expediente, siquiera sea sin unanimidad, pero que nos corresponde a nosotros, entre otras poderosas razones porque si el mismo Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, por más que no se haya valorado en el informe la modalidad en que se aplicó por el Gobierno —que no se cuestiona en la demanda más allá de lo ya examinado—, no parece lógico reprochar al Gobierno arbitrariedad al haber acogido dicha propuesta.

Sobre tales bases, en algunos de los supuestos descritos de sustracción o secuestro de menores tienen como resultado la muerte de los hijos/as menores a mano de su progenitor no custodio durante el desarrollo de su derecho de visitas, o en el periodo correspondiente de guarda y custodia en el supuesto de guarda y custodia compartida. Estamos ante supuestos de violencia vicaria definida como «aquella en la que se instrumentaliza a los hijos para causar el mayor dolor al otro progenitor»; o como «forma de violencia dentro del núcleo familiar en el que uno de los miembros de la pareja realiza una serie de conductas dirigidas a los hijos e hijas con el objetivo de dañar, chantajear o hacer que el otro miembro de la pareja cumple su voluntad». De esta manera, los hijos se convierten en la línea directa de la actuación delictiva de sus padres. El Pacto de Estado contra la violencia de género se conceptúa como «el daño más extremo que puede ejercer al maltratador hacia la mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as». Y se regula en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004 que 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».

Las cifras son dramáticas un total de 26 mujeres frente a 24 hombres han sido condenados por sentencia firme por el asesinato de sus hijos desde 2007 según datos del Registro Central de Medidas de Protección Integral contra la Violencia doméstica y de Género. Algunos de los casos de violencia vicaria más mediáticos conocidos en los últimos años en España: así José Bretón que en

2011 mató a sus dos hijos Ruth y José como venganza contra la madre; o el de Tomás Gimeno en 2021 que mató a sus hijas Anna y Olivia y más tarde se suicidó; también Ana María Baños por el asesinato de su hijo de 7 años[168]; y, el caso de Olivia que presuntamente mató a su hija de 6 años en El Llano (Gijón) después que el juez le diera la custodia a su padre.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STC, Sala Segunda, de 11 de febrero de 2016.
- STC, Sala Segunda, de 17 de marzo de 2016.
- STC, Sala del Pleno, de 12 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 15 de marzo de 1983.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009.
- STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril 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 Penal, de 30 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Penal, 19 de enero de 2016.
- 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 abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil de 17 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021.
- STS, Pleno de la Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 29 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de abril de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 24 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Penal, de 28 de abril de 2022.

- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5.ª, de 18 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022.
- SAN, Sala de Penal, secc. 3.ª, de 15 de marzo de 2016.
- SAN, Sala de lo Penal, secc. 4.ª, 23 de junio de 2022.
- STJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 28 de septiembre de 2012.
- SAP Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014.
- SAP Ciudad Real, secc. 2.ª, de 9 de diciembre de 2014.
- SAP Cádiz, secc. 1.ª, de 19 de junio de 2015.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 1 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, de 23 de enero de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, de 28 de enero de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, de 9 de diciembre de 2020.
- SAP Palencia, secc. 1.ª, de 25 de febrero de 2021.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, de 28 de febrero de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, de 6 de mayo de 2021.
- AAP Granada, secc. 2.ª, de 5 de junio de 2021.
- SAP Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021.
- SAP Madrid, secc. 16.ª, de 29 de diciembre de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 6.ª, de 7 de febrero de 2022.
- SAP Castellón, 27 de abril de 2022.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2022.
- SAP Navarra, secc. 3.ª, de 11 de mayo de 2022.
- SAP Badajoz, secc. 2ª, de 26 de diciembre de 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, de 23 de diciembre de 2022.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 10 de enero de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, de 10 de enero de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, de 11 de enero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 18 de enero de 2023.
- SAP Madrid, secc. 22ª, de 20 de enero de 2023.
- AJVM, núm. 1 de Jerez de la Frontera, de 28 de septiembre de 2020.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRÉ, E. (2020). El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero, *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 29, enero, 512-525.

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, 17-41.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2021). Comentario al artículo 158 del Código Civil. En R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.

CALAZA LÓPEZ, S. (2015). *Los procesos de restitución de menores o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley.

CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, Madrid: Dykinson.

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.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales,* 2.ª ed., Madrid: La Ley.

DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel,

DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid: Reus.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 14.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.

LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *Sustracción internacional de menores*, Madrid: Dykinson.

MARTÍN MORÓN, M.ª. T. (1989) *Voz* «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona.

MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el «nomen» del sistema de custodia compartida cuando «de facto», así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 565/2021, de 4 de octubre, *Revista Boliviana de Derecho, núm. 34,* julio, 926-945.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia,* 6.ª ed., Madrid: Edisofer.

MARTOS NÚNEZ, J.A. (2019). Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores, *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.

PARRILLA VERGARA, J. (2019). Evolución histórica del delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional desde una perspectiva multidisciplinar,* Barcelona: Bosch.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Colex.

QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

ROCA AGAPITO, L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: Fco. J. Álvarez García (dir.) y A. Ventural Puschel (coord.): *Tratado de Derecho Penal español*, Valencia: tirant lo blanch.

SERRANO TÁRRAGA, M.ªD. (2021) *et al*. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid: Dykinson.

SUÁREZ-MIRA, C. (2020). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En C. Suárez-Mira Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, 8.ª ed., Cizur Menor Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

NOTAS

[1] PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2021). La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad, *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 389 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». *Vid.,* también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 octubre 1991 (LA LEY 44425-JF/0000) que 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 junio 1994 (LA LEY 13968,1994) se configura la patria potestad como un conjunto de derechos de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 diciembre 1996 (LA LEY 508,1997); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 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 la 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, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 219823,2007); de la misma Audiencia, secc. 12.ª, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 27513,2008); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 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 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447); de 20 de enero de 1993 *(RJ* 1993, 478); y 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996, 358).

[3] *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, 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, 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-JF00/00); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 472).

[4] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5376), en situaciones indudablemente conflictiva como los matrimonios mixtos.

[5] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2000 (LA LEY 225540, 2000).

[6] *RJ* 2002, 5905. Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1960 *(RJ* 1960, 2833); 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, 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, secc. 1.ª, 22 de junio de 1999 *(AC* 1999, 8394).

[7] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5635); de 23 de mayo de 2019 *(RJ* 2019, 1975); y, de 1 de octubre de 2019 (Roj. 2974/2019; ECLI: ES:TS:2019:2974).

Resulta curioso que, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, secc. 1.ª, de 7 de septiembre de 2022 *(RJ* 2022, 4073) aborde por primera vez si procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria cuyo padre vive y tiene retirada la patria potestad. Señala la Sala que, a pesar que la beneficiaria no es huérfana en sentido absoluto, puesto que uno de sus progenitores vive, ha de estarse al contenido del artículo 38.2 del Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social, modificado por Real Decreto 296/2009 y que estableció junto «a la orfandad absoluta» la existencia de «circunstancias análogas» que provocan un estado de necesidad asimilable. Es, por ello, por lo que se incrementa el porcentaje de la prestación de orfandad a la hija, huérfana de madre, cuyo padre ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado, ni cubierto las necesidades de la hija desde hace nueve años.

[8] Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863. Asimismo, *vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863).

[9] Roj. STS 64/2019; ECLI:ES.:TS:2019:64.

[10] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022 (Roj. STS 1118/2022; ECLI:ES:TS:2022:1118); de 29 de marzo de 2022 (Roj. STS 1217/2022; ECLI:ES:TS:2022:1217); de 30 de marzo de 2022 (Roj. STS 1197/2022; ECLI:ES:TS:2022:1197); y, de 28 de abril de 2022 (Roj. STS 1736/2022; ECLI:ES:TS:2022:1736). Asimismo, *vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.ª, de 19 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 229517).

[11] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 6185) guarda y custodia a favor de la madre. Progenitores divorciados con residencia en España y Portugal. Estamos ante unos niños que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar en lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padres que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín, que necesitan una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado por el juzgado. Y se ha resuelto en favor de la madre y no del padre porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre, una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; de 18 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 99) guarda y custodia del hijo menor con una discapacidad de un 53% en favor de la madre; de 11 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1729) a favor del padre; de 17 de octubre de 2018 *(RJ* 2018, 4473) guarda y custodia a favor de la madre. Traslado de residencia de la madre a España con su hijo sin acuerdo entre los cónyuges. Interés el padre en reintegrarle a los estudios en EEUU sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares en España que debe decaer frente al interés del menor valorado en la sentencia recurrida de forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad y su formación psíquica y física. Padre sin trabajo totalmente fijo y estable en aquel país que podrá determinar su retorno a España de forma definitiva; y, de 19 de octubre de 2021 *(RJ* 2021, 5413) a favor del padre. Audiencia de los menores por la Audiencia Provincial con inmediación y sin filtros concluyendo que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, justificado razonablemente en el tiempo transcurrido desde su comunicación con los redactores del informe.

[12] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013 (Roj. 5643/2013; ECLI:ES:TS:2013:5643) «la genérica afirmación «no tiene buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa

de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrariar el interés de los menores»; y, de 16 de febrero de 2015 (Roj. 258/2015; ECLI:ES:TS:2015:258); y, de 24 de abril de 2018 (Roj. 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478) «(…) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existe una relación de mutuo respeto (…)».

Resulta un avance la propuesta en sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Valladolid, de 28 de marzo de 2022 (LA LEY 130678,2022) al conceder a un trabajador la concreción horaria en forma coincidente con la guarda y custodia compartida por semanas alternas de su hijo, porque debe prevalecer la protección a la familia y a la infancia, sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso del derecho o manifiesto quebranto para la empresa. La no concesión del cambio de turno del trabajador de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, afectaría gravemente a planificación familiar, dificultando la atención y el cuidado de su hijo menor.

[13] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8358); y, de 6 de julio de 2020 *(RJ* 2020, 2220) vivienda nido; y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 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.

[14] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3139); de 21 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6532); de 17 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 7255); y, de 22 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 1079).

[15] 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 CC). 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, qué 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.,* las sentencias 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, de 14 de septiembre de 2018 (Roj. STS 3154/2018; ECLI:ES:TS:2018:3154) se atribuye la custodia a la tía de la menor, pues, tras la muerte de la madre ha asumido su cuidado; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 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.

[16] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899, 1998).

[17] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 *(RJ* 2021, 4459) señala que, no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido. *Vid.,* un comentario de esta sentencia MARTÍNEZ CALVO, J. (2022). La importancia de calificar correctamente el régimen de guarda y custodia: no hay razón para eludir el «nomen» del sistema de custodia compartida cuando «de facto», así se ha establecido. Comentario a la STS de España, núm. 565/2021, de 4 de octubre», *Revista Boliviana de Derecho, núm. 34, julio*, 926-945.

Ahora bien, 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…*».

[18] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8190).

[19] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 149595,2014), no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

[20] *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 1122, 2008).

[21] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 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). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 de marzo de 2016, 18444 a 18459); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 26 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1257); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 1 de octubre de 2019 *(JUR* 2019, 318472); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 9 de diciembre de 2020 *(JUR* 2021, 98192); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de febrero de 2021 *(JUR* 2021, 125482); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 6 de mayo de 2021 *(JUR* 2021, 252523); y del Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 241928).

[22] *Vid.,* sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 139).

[23] DE TORRES PEREA J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, 24.

[24] 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 hogar 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 de 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, secc. 22.ª, de 22 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826, 2012) señalan 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, secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2011 *(JUR* 2011, 229748) manifiesta 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, secc. 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».

[25] 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) señalan 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; 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; 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» pero 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, secc. 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 casa 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 Alto Tribunal, Sala Primera, 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, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622, 2014) dispone que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

[26] *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), 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 de 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.

[27] *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, periodos 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». En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5968); y, de 9 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2044).

[28] *JUR* 2016, 138686.

[29] *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.

[30] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 número de recurso de casación: 326/2015 *(RJ* 2016, 248); y, de 28 de enero de 2016, número de recurso: 2205/2014 *(RJ* 2016, 370).

[31] 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 (IV) Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid. Edisofer, 202.

[32] LATHROP GÓMEZ F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, 39. GUILARTE MARTÍN CALERO C. (2007). Comentario al artículo 92 del Código Civil. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, 156 señala que «la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 128420, 2012) aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues, salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

[33] *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.

[34] *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).

[35] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5613); y, de 11 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 524) 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, secc. 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).

Asimismo, en esta línea, *vid.,* DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid: Reus, 139.

[36] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2564).

[37] *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 octubre 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 que 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, secc. 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, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 6134; *RJ* 2012, 6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 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, secc. 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, secc. 12.ª, de 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 19 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 196315).

[38] *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016); de 22 de septiembre de 2017 *(RJ* 2017, 4731); de 19 de octubre de 2017 *(RJ* 2017, 4485); de 26 de octubre de 2020 *(RJ* 2020, 4165); y, de 26 de septiembre de 2022 *(RJ* 2022, 3742) destaca que el interés del menor se ha considerado un bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; y 81/2021, de 19 de diciembre, FJ 2), 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» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

[39] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 483); de 13 de diciembre de 2017 *(RJ* 2017, 5389); de 10 de octubre de 2018 (Roj. STS 3479/2018; ECLI:ES:TS:2018:3479); de 20 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 5376); y, de 17 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 2187). Asimismo, *vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de enero de 2023 (Roj. SAP b 56/2023; ECLI:ES:APB:2023:56) donde se manifiesta que, se regula la custodia compartida de los niños, en el mejor interés de los menores y en un acuerdo mutuo entre los padres.

[40] 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); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 15991, 2016); de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449); de 27 de junio de 2017 *(RJ* 2017, 3077); de 16 de enero de 2020 *(RJ* 2020, 666); y de 28 de abril de 2022 *(RJ* 2022, 2374). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 20 de enero de 2023 (Roj SAP M 740/2023; ECLI:ES:ES:APM:2023:740) donde se indica que con la guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres ante los desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida.

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 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. (2021). Régimen común a la nulidad, separación y divorcio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 202-203 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.

[41] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813, 2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544, 2014); de 25 de noviembre de 2017 *(RJ* 2017, 46677); y, de 17 de enero de 2019 *(RJ* 2019, 98) reparto de tiempos correspondiendo al padre la custodia los fines de semana alternos y los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas pernoctando con él, que los reintegrará al colegio al día siguiente el jueves anterior y el martes posterior al de semana que le corresponda a la madre, sistema que no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de abril de 2014 *(AC* 2014, 689).

[42] RTC 2012,185. Con voto particular que formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados D. Pablo PÉREZ TREMPS, D.ª. Adela ASÚA BATARRITA y D. Andrés OLLERO consideran no solo innecesarios sino conceptualmente improcedente que una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del artículo 117.3 de la Constitución española, la sentencia se adentre a examinar si, además, el artículo 92.8 del Código Civil incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad. Al respecto señalan que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 de la Constitución española, sin que justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución española. (…) Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española) se satisface con la obtención, cando se cumpla los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en el Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso. Asimismo, estiman que resulta improcedente que la sentencia entre a examinar si el artículo 92.8 del Código Civil es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 de la Constitución española) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (art. 39 de la Constitución española), aunque sea para descartar tales vulneraciones. En suma, consideran que la exigencia contenida en el artículo 92.8 del Código Civil de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida,

constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pies obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de jueces y Magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución española), ni tampoco claro está, de los artículos 14, 24.1 y 39 de la Constitución española, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad plateada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

[43] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 2651); de 30 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2308); de 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3622); de 11 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 104); de 18 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 2177); y, de 28 de abril de 2022 *(RJ* 2022, 2374).

[44] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4440).

[45] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre y 12 de diciembre de 2013 *(RJ* 2013, 7449; RJ 2013,7838); de 18 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 5718); de 28 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 606); de 21 de junio de 2017 *(RJ* 2017, 3039); y, de 25 de noviembre de 2019 *(RJ* 2019, 4885).

[46] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 28 de enero de 2020 *(JUR* 2020, 58400).

[47] Precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.,* 204 que «sí deben guardar una cierta proporción para que pueda hablarse realmente de una custodia alterna o compartida».

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 10 y 18 de enero de 2023 (Roj. SAP M 737/2023; ECLI:ES:APM:2023:737; Roj. SAP M 738/2023; ECLI: ES:APM:2023:738) en la primera resolución se fija un régimen de custodia compartida por semanas alternas; y en la segunda el reparto del tiempo de custodia es mensual. El día de intercambio será el lunes en que el progenitor que ostenta la custodia dejará a la menor en el centro donde cursa sus estudios, a la hora de inicio de las clases, haciéndose ya cargo esa semana al otro progenitor, que les recogerá ese mismo día en el referido centro.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

[48] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 4930).

[49] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532) se deniega la custodia compartida al existir una distancia de 50 km entre los domicilios de los progenitores; de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414) distancia de domicilios de Pamplona a Tokio, por lo que se declara que «la distancia entre los domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada»; de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684); de 10 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 61) al existir una distancia de 1.000 km entre las residencias de los progenitores en Rentería y Jerez de la Frontera; y, de 28 de enero de 2020 *(RJ* 2020, 111) los domicilios distan a 400 kms.

[50] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2044).

[51] *RJ* 2022, 3824.

[52] Diario La Ley, número 10174, sección jurisprudencia, 21 de noviembre de 2022.

[53] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2780); y, de 31 de mayo de 2022 (Roj. STS 2307/2022; ECLI:ES:TS:2022:2307; *RJ* 2022, 2864) ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. A pesar que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de

hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con la que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que se llevó a cabo el amplísimo régimen de visitas con pernoctas. Capacidad de ambos progenitores.

[54] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

[55] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2ª, de 26 de diciembre de 2022 (Roj. SAP BA 1749/2022; ECLI:ES:APBA:2022;1749) manifiesta que, el régimen de custodia compartida no es posible dado que, en primer lugar, sus hijos menores se muestran contrarios a su establecimiento, resultando que Juana está muy próxima a alcanzar la mayoría de edad, con lo que no cabe sino respetar su voluntad y su hermano Simón muestra clara preferencia de continuar con su padre, situación que se prolonga ya desde hace dos años y que, ha resultado muy positiva para él. Por lo demás, la decisión de Juana impone también que Simón siga conviviendo con ella y con su padre, pues, en otro caso se rompería la convivencia entre los hermanos; lo que es claramente contraproducente para ambos. En segundo lugar, el horario de trabajo de la progenitora implica muchas horas de ausencia del domicilio familiar, resultando que carece de formación reglada que pudiera facilitar un cambio en su dedicación profesional. Y, en fin, la relación entre los progenitores es "nula" como reconoce la apelante en el informe social, lo que supone otro obstáculo más al establecimiento de un régimen de custodia compartida.

[56] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 3847) propuesta del informe psicosocial de un periodo de adaptación al nuevo sistema compartido, siendo más favorable ampliar la pernocta del jueves en la semana que el padre tiene a los menores de fon de semana, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales fijadas en la instancia. Reflejo de la evaluación psicológica en la que se califica al padre por su impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto de los padres y a la madre por su impulsividad, variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor; de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); de 24 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1598) tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cuál ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; si bien, la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias 135/2017, de 28 de febrero y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

[57] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015 (Roj. STS 3890/2015; ECLI:ES:TS: 2015:3890) señala, al respecto, que «(…) tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos solo deben separarse en caso imprescindible, pues, lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por ser más beneficios para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores, si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos».

[58] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 703); de 30 de noviembre de 2020 *(RJ* 2020, 4795); y, de 27 de julio de 2021 *(RJ* 2021, 4023). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de mayo de 2021 *(JUR* 2021, 262299); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 3 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 259029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2022 *(JUR* 2022, 275899).

[59] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 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 *(RJ* 2014, 5268); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329, 2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462, 2016); de 3 de junio 2016 (Roj. STS 1889/2016; ECLI:ES:TS:2016:1889) 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 del su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 25 de septiembre de 2018 *(RJ* 2018, 3857) la situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 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, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2014; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 27 de junio de 2014; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 2 de octubre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 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, secc. 12.ª, de 28 de noviembre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 5 de diciembre de 2014; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 1 de marzo de 2016 absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

[60] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril *(RJ* 2016, 1703). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 26 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 62743) 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 y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 23 de diciembre de 2022 (Roj. SAP V 3948/2022; ECLI:ES:APV:2022:3948) se estima un inconveniente considerable para el régimen de custodia compartida, puesto que no puede esperarse que con el grado de conflictividad referida, ausencia de consensos e incapacidad para abuelos y por tener diferentes estilos educativos.

[61] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670, 2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014) *(RJ* 2014, 5268); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 9 de diciembre de 2014 *(JUR* 2014, 49868).

[62] Roj STS 4103/2022; ECLI:ES:TS:2022:4103.

[63] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585, 2013) señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, «se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 CC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor». Y añade «A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de 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; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»;

de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489, 2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 188665,2014); de 3 de febrero de 2016 (LA LEY 1400, 2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 9901, 2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 6420, 2016) indica que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 CC), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador, y la adopción de un régimen amplio de visitas que los próxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su modificación (art. 776.3 de la LEC); de 9 de marzo de 2016 (LA LEY 15998, 2016; *RJ* 2016, 840) manifiesta que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (LA LEY 20620, 2016; *RJ* 2016, 1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (LA LEY 29688, 2016; *RJ* 2016, 1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor, al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; y, de 13 de abril de 2016 (LA LEY 29690, 2016; *RJ* 2016, 1339) se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del Código Civil.

Asimismo, *vid.,* las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 25 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 4624); del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 3338); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 25 de enero de 2008 *(JUR* 2008, 167943) existencia de un procedimiento penal en el que aparece el esposo como imputado por un delito de violencia de género; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 122859) incurso el padre en diligencia previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 20 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 34793) procedimiento contencioso divorcio ante el Juzgado de violencia sobre la mujer con penas de prohibición de acercamiento mutuo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 26 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 267968) la existencia de un procedimiento seguido frente al esposo por un presunto delito de violencia domestica hace inviable la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor.

[64] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2017 *(RJ* 2017, 4484); de 26 de febrero de 2019 *(RJ* 2019, 635) no procede el cambio a guarda y

custodia compartida, pues, no se concreta que el cambio vaya a beneficiar a los menores. Viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres; de 26 de febrero de 2019 *(RJ* 2019, 631) «la Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo trascurrido desde que, el convenio se llevo a cabo. Así en la sentencia de 17 de noviembre de 2015 que declara, pariendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: 1. La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador y, en la actualidad, tenía 10 años; 2. Los propios progenitores habría flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015 que valora que «en el tiempo en que aquel se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que en el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su fía en el convenio regulador sobre la medida» (sentencia 162/2016, de 16 de marzo. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantener así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como ha recordado con reiteración este sala a partid de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre». En la aplicación de la anterior doctrina procede la solicitud de sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad; de 5 de abril de 2019 *(RJ* 2019, 1791) cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, unido al informe psicosocial favorable que determina la adopción de la guarda y custodia compartida por un aptitud favorable de ambos progenitores; de 24 de septiembre de 2019 *(RJ* 2019, 3607) tiempo de estancia del menor prácticamente igual con los dos progenitores en todo este tiempo adoptado de común acuerdo. La adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría la convivencia del menor con los padres, por lo que su interés no quedaría afectado. La pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en la estancia de la menor; y, de 16 de junio de 2020 *(RJ* 2020, 2294) cambio sustancial en las circunstancias, dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron. Trascendencia del informa psicosocial que no desaconseja la custodia compartida; de 26 de octubre de 2020 *(RJ* 2020, 4166) no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancia que aconsejen su modificación.

[65] LA LEY 29690, 2016.

[66] *RJ* 2108, 1600. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 *(RJ* 2022, 3745) el trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. El cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años de edad, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad. Además, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer que, impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento. Y, asimismo, ALBA FERRÉ, E. (2020). «El efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida. Comentario a la STS de España, núm. 124/2019, de 26 de febrero», *Revista Boliviana de Derecho, núm. 29, enero*, 524-525.

[67] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5438); de 18 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1633); de 9 marzo 2012 (LA LEY 31826,2012); de 8 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 1731); de 16 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2782); de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 840); de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1131); y, de 20 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 87925); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 2 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5192).

[68] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727, 2012). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencia Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (LA LEY 119737, 2011)).

[69] *Vid.,* sobre la materia en general, PEGUERO CARRERO, B. (2022). Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021, *Diario La Ley, número 1077, sección Tribunal, de 24 de noviembre*, 1-20.

[70] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 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, secc. 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, secc. 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, secc. 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, secc. 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, secc. 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; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 57125); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2022 (LA LEY 103764, 2022) entiende la Audiencia que el conflicto que existe entre los progenitores no es motivo para no conceder la custodia compartida, porque las conductas de ambos son similares y a los dos se puede reprochar dicha situación conflictiva. Los dos imputan a la parte contraria hechos graves que no se han acreditado. Ambos han sido condenados por agredir al otro, la madre a mayor pena por considerar más grave su conducta, y ambos han incumplido el régimen de visitas, reteniendo a os hijos sin devolverlos cuando correspondía. Por lo que, atendiendo a los datos del caso, la Sal concluye que no es posible diferenciar entre los progenitores para determinar cual de los dos es idóneo, pues, en realidad ninguno de ellos ha actuado como corresponde al interés del menor. Concede, en consecuencia, la custodia compartida a ambos progenitores.

[71] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5676); y, de 27 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 3717).

[72] *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5268) conflictividad perjudicial para el interés del menor; de 26 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2292) padre incurso en un procedimiento abreviado por delito de

coacciones a la madre. Relación de absoluta falta de respeto hacia su ex pareja. Necesidad que el menor viva en un ambiente de convivencia pacífico y estable emocionalmente. Por lo que, partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por sus ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente; y, de 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4451) conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida. Entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues, como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS; y, la sentencia del tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 861) conflictividad entre los progenitores notable.

[73] LA LEY 152551,2014. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 15 de octubre de 2015 *(RJ* 2014, 4894); de 19 de febrero de 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524); y, de 18 de julio de 2019 *(RJ* 2019, 3002); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 4 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 de mayo de 2014 *(AC* 2014, 534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 41006) 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, secc. 10.ª, de 27 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 15 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 261055).

[74] *RJ* 2022, 3539.

[75] 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 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524). 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 Girona, secc. 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.

[76] *RJ* 2016, 1339.

[77] *RJ* 2018, 100.

[78] *RJ* 2018, 2417.

[79] LA LEY 119131, 2015.

[80] LA LEY 15998, 2016. *Vid.,* asimismo, las sentencias 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; y de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 842) malas relaciones entre los cónyuges que impiden un mínimo de colaboración y diálogo.

[81] *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; y, 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 14 de febrero de 2018 *(RJ* 2018, 460); y, 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 Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de estos a favor del otro.

[82] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011 *(RJ* 2011, 3152); y, de 4 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 260) no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgos por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Y, es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marzo de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

[83] *RJ* 2016, 2292.

[84] *RJ* 2017, 352.

[85] *RJ* 2021, 2616. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 *(RJ* 2021, 1427) la custodia compartida resulta incompatible con actos de violencia de género. Se trata de un patrón prolongado en el tiempo que, constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que además proyectó sobre la hija común, durante la sustanciación del recurso de casación que se dictó sentencia penal condenatoria con orden de alejamiento. Mal pronóstico de coparenting. Por todo ello, no se puede considera que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues, existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común que, no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además, sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.

[86] *RJ* 2021, 4972.

[87] Como indica el Preámbulo de la Ley «se modifica la Ley Orgánica 1/2004 con el objetivo de dar cumplimiento al Pacto de Estado contra la violencia».

También se da nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con la acreditación de situaciones de violencia de género que señala: *Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta Ley se acreditará mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres prevista en esta Ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicio que la demandante es víctima de violencia de género. También podrá acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informa de los servicios sociales, de los servicios especializado, o de los servicios de acogida*

de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativa de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género.

[88] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 4751).

[89] *RJ* 2022, 2220.

[90] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 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).

[91] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 842).

[92] *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); de 4 de febrero de 2016 (LA LEY 1554, 2016); 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 (LA LEY 207, 2016); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 122859) 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 misma Audiencia Provincial y sección, de 25 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 202016) padre condenando penalmente en sentencia firme como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio 2014 *(JUR* 2014, 201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 243595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 10519) existencia de una condena penal firme por violencia de género; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

[93] La Ley 11/2022, de 20 de septiembre, contra la Violencia de Género de La Rioja (BOLR de 22 de septiembre de 2022) resulta más ambiciosa que, otras disposiciones por cuanto considera víctima de violencia de género a la mujer que, por el hecho de serlo pueda sufrir un daño o perjuicio sobre su persona (incluyendo a los menores de edad que pueden sufrir violencia de género), las hijas e hijos a su cargo convivientes y que sufran la situación de violencia a la que está sometida la madre y otras personas mayores, personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a guarda o curatela de la mujer víctima de violencia de género y personas convivientes dependientes o a su cargo, que, sean víctimas de dicha situación y que convivan en el entorno violento, que sufran algún acto de violencia de género. Tendrán reconocidos los derechos que la norma contiene sin necesidad de interposición de denuncia (art. 6.1). El artículo 4 de define la violencia de género: «*1. Aquella que se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada, como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. 2. La violencia a la que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basado en el género que implique o pueda implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, social, psicológica, sexual, económica, ambiental, simbólica o institucional. Comprende, asimismo, las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de su libertad, tanto su se producen en la vida pública como en la privada. 3. También se incluye en el concepto de violencia vicaria entendida como la violencia contra menores cometida por el padre, o por el hombre con el que la madre mantiene o ha mantenido una relación afectiva de pareja, con o sin convivencia, con el fin de infligir a la madre un maltrato psicológico o emocional. Así, como, la violencia contra otras personas convivientes sujetas a guarda o curatela a cargo de la mujer victima de violencia de género y personas convivientes dependiente o a su*

*cargo, que sean víctimas de dicha situación. 4. Asimismo, el concepto de violencia de género comprende cualesquiera otras formas comprendidas en la legislac*ión autonómica, legislación estatal, tratados internacionales y convenios suscritos por España en la materia».

[94] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 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, secc. 1.ª, de 14 de abril de 2014 (LA LEY 70511, 2014); y, de 1 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6740).

[95] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 252/2011, de 7 de abril *(RJ* 2011, 3152) padre condenado por amenazas al cónyuge y la existencia de un indicio de violencia en su comportamiento hacia su cónyuge; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 12 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 101696) episodio violento protagonizado por el padre y presenciado por las hijas que motivó la denuncia, lo que excluye la conveniencia de custodia compartida; y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 16 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 25912) existencia de conflictividad reinante entre progenitores y los hijos, e indicios violencia en el hogar.

[96] UREÑA CARAZO B. (2016). La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género, *LA LEY Derecho de Familia, año 3, número 11, julio-septiembre*, 9-10.

[97] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 4751).

[98] LA LEY 1554, 2016.

[99] LA LEY 52462, 2016. Por su parte, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 30 de septiembre de 2015 (núm. Recurso: 10238/2015) *(JUR* 2015, 236038) tras la condena de Inocencia por delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia de la hija menor de ambos, acuerda la pena de privación de patria potestad de Inocencio en relación a su hija menor María, y asimismo, a la pena de alejamiento en relación con la indicada menor hasta que llegue a la mayoría de edad; en la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1825) en cambio, pese haber terminado con sentencia firme condenatoria en un proceso penal entablado contra la madre por violencia intrafamiliar, el juez no impone a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

[100] *RJ* 2015, 5043.

[101] *RJ* 2015, 564.

[102] *RJ* 2016, 1698.

[103] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, núm. 8/2013, de 12 de febrero *(RJ* 2013, 12890) ante esta situación el informe psicológico practicado, recomienda el cuidado de la hija a favor del padre y un incremento de los contactos entre madre e hija. Influencia negativa de la madre predisponiendo a la menor contra su padre.

[104] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj: STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

[105] *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.

[106] Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

[107] RTC 2022, 98.

[108] Esta Ley 17/2021 ha entrado en vigor el día 5 de enero de 2022. A partir de ahora los animales se les califica de seres vivos «sintientes», dejando de ser cosas.

Otro supuesto de violencia vicaria se contiene en la reforma del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la violencia de género por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Dispone al respecto que «la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o algunos menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado 1 del citado precepto». En concreto, a la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia.

[109] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

[110] MAGRO SERVET, V. (2022). «El «maltrato vicario» a los animales en la violencia de género en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley, número 10178, sección doctrina, 25 de noviembre*, 1-2. Por su parte, PEGUERO CARRERO, B. (2022). «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021», *op. cit.*, 10 precisa que «al estar ante un delito como el de violencia de género que es semipúblico, es decir, es necesaria la denuncia como requisito de procedibilidad, se ha apreciado en muchas ocasiones que los actos de maltrato en el hogar se silencian por las víctimas al estar preocupadas por la integridad de sus animales de compañía. a lo que añade que «esto supone un freno para que estas mujeres abandonen la relación y tomen medidas judiciales debido a las amenazas que reciben de los autores de los actos de maltrato de dañar a sus mascotas, e incluso, a sus hijos. Siendo el temor uno de los motivos que retrasa la comunicación a las autoridades».

[111] *Vid.*, sobre la materia procedimental, CALAZA LÓPEZ, S. (2015). *Los procesos de restitución de menores o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley.

[112] Al respecto indica la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 2013 (RTC 2013,1996) que hasta el año 2002 la sustracción de menores no era constitutiva de delito. Se considera únicamente punible la sustracción cometida a partir de ese año. Por lo que, tratándose de un delito permanente que se inicia con el traslado en el año 1998 y continúa cometiéndose durante ocho años constitutivos, tiempo este en el cual el menor se hallaba retenido por su padre en el extranjero, sin contacto alguno con su madre, se consideraría únicamente punible la retención cometida desde el año 2002 hasta el año 2006, no pudiéndose penalizar el traslado del menor en el año 1998 y su retención en distintos países asiáticos durante los primeros cuatro años, pues no existía el presente tipo penal.

[113] Para ROCA AGAPITO, L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: Fco. J. Álvarez García (dir.) y A. Ventural Puschel (coord.): *Tratado de Derecho Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1683, como bien jurídico de estos delitos es «la protección de determinados intereses relacionados entre sí por vínculos familiares, entendiendo por vínculos familiares no solo los que se derivan de una relación de matrimonio o filiación, sino también según los casos, los provenientes de la tutela, guarda y acogimiento».

[114] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 8 de mayo de 2020 *(JUR* 2021, 75758) no procede decretar la medida de prohibición de salida del territorio nacional ante la ausencia de riesgos, pues, la República Dominicana se ha adherido al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya consentida por España. Con ello se garantiza un mecanismo ágil de cooperación judicial y Código Penal de la República Dominicana que castiga con pena de prisión y multa a quien realiza esa conducta.

[115] BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2021). Comentario al artículo 158 del Código Civil. En R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 330.

[116] Para un estudio más profundo de la codificación penal de este delito, *vid.,* CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, Madrid: Dykinson, 17 a 70. Asimismo, PARRILLA VERGARA, J. (2019). Evolución histórica del delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional desde una perspectiva multidisciplinar,* Barcelona: Bosch, 267-287.

[117] En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 339/2021, de 23 de abril (Roj. STS 1403/2021; ECLI:ES:TS:2021:1403); y 340/2021, de 23 de abril (Roj. STS 1404/2021; ECLI:ES:TS:2021:1404) cuando indican que «el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ella basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que solo contempla la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa de traslado, donde la conducta se tipifica sin distingo alguno, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal.

[118] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015 *(RJ* 2016, 14).

[119] LORENTE MARTÍNEZ, I. (2019), *Sustracción internacional de menores*, Madrid: Dykinson, 9.

[120] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 7.ª, de 29 de mayo de 2017 *(JUR* 2018, 99633) trasladó a su hijo a Marruecos, aprovechando el disfrute del derecho de visitas, manteniéndose en este país durante más de un año, alejado de su madre que tenía judicialmente atribuida la guarda y custodia; y, de la Audiencia Provincial de La Coruña, secc. 4.ª, de 5 de julio de 2019 *(JUR* 2019, 237562) traslado de la madre a España con la menor de edad. Se trata de una decisión unilateral de permanencia en La Coruña y no consentida por el padre. La madre no tenía atribuida en exclusiva el ejercicio de la patria potestad. Es la residencia habitual del menor inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita la que determinará la licitud o ilicitud del traslado, la residencia de la menor estaba en Bruselas en dicho momento. Inexistencia de grave riesgo en caso de restitución; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 7.ª, de 26 de noviembre de 2021 *(JUR* 2022, 167816) traslada a la hija común a Rumanía, sin consentimiento ni conocimiento de la madre, exigiéndole el denunciado que si quiere relacionarse con ella debe retirar la denuncia presentada por maltrato psicológico y amenazas contra él.

[121] *Vid.,* los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 28 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 46995); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 3.ª, de 28 de diciembre de 2018 *(JUR* 2019, 43652).

[122] *Vid.,* el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 2.ª, de 20 de septiembre de 2022 *(JUR* 2022, 306989) manifiesta, al respecto, que tales elementos no concurren en el presente caso, por cuanto el padre denunciante, ni convivía, ni tenía la guarda y custodia de la menor y, merced a la conducta del otro progenitor, la madre, solo se vio privado del normal ejercicio de su derecho de visitas, situación frente a la cual nuestro ordenamiento jurídico penal no prevé sanción alguna, al tratarse de un conflicto de orden civil, de forma que, los hechos objeto de reclamación no serían típicos conforme al ordenamiento jurídico español, pues, el tipo requiere la «falta de consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente» y si el menor convivía habitualmente con la madre, esta no podría ser sujeto activo del delito.

[123] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de enero de 2015 *(RJ* 2016, 14) en la que se precisa que, no se trata de una custodia compartida, sino alternativa por meses, correspondiendo el que pasó el menor con el acusado a la madre. No cabe por ello alegar desconocimiento cuando el convenio fue de mutuo acuerdo y hubo requerimiento del Juzgado para entregar al menor. Se admite, por tanto, la modalidad de retención en la custodia compartida.

Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 5.ª, de 21 de octubre de 2021 *(JUR* 2022, 35468) no procede el sobreseimiento provisional por existir indicios de la posible comisión del delito denunciado. Ambos progenitores tenían la custodia compartida y a partir de una determinada fecha el denunciado retuvo a los menores y no los entregó a su progenitora.

Asimismo, en el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc.4.ª, de 24 de noviembre de 2008 *(JUR* 2009, 118058) se entiende que, hay inexistencia de retención del menor en caso de incumplimiento del derecho de visitas y pernocta del hijo común con respecto del que ambos progenitores tienen atribuida la guarda y custodia compartida. Y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 6.ª, de 8 d abril de 2016 *(JUR* 2016, 159347) alterar de manera unilateral el régimen de guarda judicialmente acordada en exclusiva al padre, llevado incluso a trasladar a la menor de Isla, supone retención de un menor.

Ahora bien, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2021 *(JUR* 2021, 187274) no existe retención de una menor cuando la progenitora comparte la guarda y custodia de los menores con otro progenitor y no se los entrega al padre, al haberse interpuesto tres procedimientos judiciales para modificar las medidas de patria potestad y guarda y custodia. No se aprecia intensidad grave en la conducta al considerar que la motivación era evitar e impedir contacto del padre con sus hijos, cuanto la de protegerles hasta la resolución de los procesos.

[124] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 15 de mayo de 2013 *(JUR* 2013, 289532).

[125] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021 (ARP 2022, 933).

[126] *RJ* 2021, 1777.

[127] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 5 de junio de 2018 (ARP 2018, 1061); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2021 *(JUR* 2021, 189133). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2018 *(JUR* 2018, 104715) a pesar de la oposición contumaz al cumplimiento de la orden de entrega de la menor al progenitor custodia unido al ocultamiento de la misma, dicha renuencia no se hizo con una voluntad de permanencia, sino a la mera espera que los recursos judiciales interpuestos prosperasen.

[128] *Vid.*, MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores, *Memento Práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 1253.

[129] MARTOS NÚNEZ, J.A. (2019). Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores. En A. Monge Fernández (dir.): *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona: Bosch, 329. Para SERRANO TÁRRAGA, M.ªD. (2021) *et al*. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid: Dykinson, 268-269 el bien jurídico protegido «es la seguridad del menor y el derecho del progenitor que tiene la custodia de su hijo a que se respete su derecho. Se protegería el interés del menor, su bienestar personal en una resolución judicial, además también podría considerarse protegido el respeto al funcionamiento de la Administración pública».

[130] *RJ* 2021, 1777. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2022 *(RJ* 2022, 1812) «se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través del tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de La Haya, en evitación que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. En cuya consecuencia, como a su vez ilustran resoluciones de la jurisprudencia menor proveniente de las Audiencias Provinciales, debemos concretarlo en el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos; se atiende a evitar las consecuencias que la violación del derecho de custodia supone y el modo en que se realiza, al margen de los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando no se logra el acuerdo entre las partes o directamente contrariando la resolución recaía en el cauce establecido». De ahí que, como precisa la Sala, «se sancione la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En definitiva, desestabilizar en el modo reseñado las relaciones familiares con el menor, sin que la crisis posibilite que el deterioro carezca del límite; y donde la permanencia de los menores

en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural, de especial impronta en la normativa del derecho internacional privado, al margen de criterio para establecer la norma de conexión, no es tanto el aspecto que se tutela, como una consecuencia favorecida con la estabilidad de las relaciones familiares y la evitación de conductas de sustracción». En el caso objeto de análisis, la acusada, desconociendo las reiteradas y sucesivas resoluciones recaídas sobre la custodia del menor, le privó por la vía de hecho de la posibilidad de relacionarse con su padre durante varios meses; lo que, desde luego, si no generó, sí agravó o pudo agravar su situación psicológica y afectiva para afrontar el régimen de custodia establecido por resolución judicial. Tal conducta es precisamente, la que describe el tipo penal contemplado en el artículo 225 bis del Código Penal y por la que la recurrente ha sido condenada.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 27 de diciembre de 2016 *(JUR* 2017, 66695) indica que «el delito del artículo 225 bis del Código Penal tiene como bien jurídico protegido el derecho del menor a relacionarse con el progenitor custodio de cuyo ámbito se le pretende sacar, salvaguardando el marco geográfico en el que desarrolla sus relaciones sociales, familiares y educativas, si bien, doctrinalmente también se apunta a la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar conflictos»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 30.ª, de 5 de junio de 2018 (ARP 2018,1061) donde, igualmente, se manifiesta que el bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa es «el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir»; el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2019 (ARP 2019,1316) disponiendo al respecto que «el bien jurídico protegido no solo es el cumplimiento de la resolución judicial afectada, sino la paz familiar y la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y estancia del mandato judicial relativo a la custodia»; y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 4.ª, de 27 de marzo de 2020 *(JUR* 2020, 331648) el bien jurídico protegido es «la seguridad del menor, el derecho de menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo y fundamentalmente, la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia».

[131] ARP 2022,933.

[132] *Vid.,* el auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 2.ª, de 15 de junio de 2021 *(JUR* 2021, 372783).

[133] *Vid.,* el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 197106) resolución judicial o administrativa que atribuya la custodia del menor a uno de los progenitores; y, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 4.ª, de 7 de junio de 2007 *(JUR* 2007, 259429) no existe todavía resolución judicial en pleito matrimonial que se haya incumplido, como exige el tipo; y, secc. 17.ª, de 29 de octubre de 2007 (ARP 2007, 698) no procede delito de sustracción de menores en el caso de traslado de un menor de su lugar de residencia y abandonar el domicilio familiar con sus cuatro hijos y sin el consentimiento del padre, enterándose al día siguiente que los había escolarizado en un colegio de Madrid. Ausencia de resolución judicial que limite la guarda y custodia de la madre sobre los hijos. Interpretación restrictiva del concepto de sustracción. Separación de hecho a dilucidar en sede civil.

[134] Recordemos que el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 establece que, «la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la

restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (ARP 2016,861) existe sustracción de menores por parte del padre, al trasladar a su hija común de su lugar de residencia en Bogotá a España a sabiendas de la falta de consentimiento de la madre denunciante que mantenía la convivencia efectiva con aquella, sin que sea relevante, por no constituir causa justificada, la demanda de medias cautelares interpuesta por el acusado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 6.ª, de 7 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 7425) alude a que la conducta castigada es la sustracción sin causa justificada de un menor. En este caso, los menores han sido trasladados del lugar de su residencia sin consentimiento del progenitor con quien convivan y, trasladados al extranjero, además, para lo cual había expresamente una prohibición judicial, resultando indiferente la autorización incluso del progenitor con quienes convivían los menores. De manera que, como en este caso, hacerlo sin autorización judicial y sin informar siquiera a la madre de los menores constituye un supuesto de comisión delictiva incuestionable de sustracción, del que el acusado ha tenido cabal conocimiento desde el primer momento, ha aceptado mantener durante los diez años que los menores han permanecido en Siria y durante el enjuiciamiento ha defendido haberlo hecho, a su entender, justificadamente, con alegaciones a las leyes personales que rigen en su país de procedencia, o en el supuesto de incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre —y que a estos efectos, si se reconoce estaba vigente—. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, de 25 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 182410) establece, al respecto, que como bien se dice en la sentencia de instancia existen cinco sentencias que establecen un régimen de custodia compartida y una resolución-orden general de ejecución que obliga a la acusada D.ª Encarnación a entregar al menor, siendo que no es el menor quien decide, ni es la acusada quien decide, si el menor debe ir o no con el padre, si debe ir gradual o progresivamente y, en consecuencia, no cabe alegar que su actuación fue en interés del menor, cuando existen resoluciones judiciales amparadas en prueba legalmente practicada, que resuelven en el mismo sentido, esto es, la concesión de custodia compartida. En consecuencia, nos encontramos que, la actitud de D.ª. Encarnación tenga justificación en lo dicho. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 10.ª, de 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 275390); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 189133); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 20 de abril de 2021 (*JUR* 2021, 211506); y el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 3.ª, de 8 de enero de 2021 (*JUR* 2021, 150531).

En fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 187274) entiende por causa justificada «las razones que, motivaron la conducta del sujeto activo, y supone por ello un reconocimiento que en algunas ocasiones la conducta típica de sustracción responde al mejor interés del menor evaluado a la luz del propio sistema de valores del ordenamiento. Lo que obliga a analizar el contexto circunstancial acreditado en que se produjo la conducta de sustracción. De este modo, y en el presente caso, opera como causa justificada del comportamiento de la acusada la ya mencionada intención de proteger a sus hijos menores —dada la gravedad de los hechos verbalizados por su hija menor— reteniéndolos en su compañía hasta que en alguno de tales procedimientos se resolviera alguna de las diferentes soluciones de modificación del régimen de guarda y custodia por ella planteadas».

[135] SUÁREZ-MIRA, C. (2020). Delitos contra los derechos y deberes familiares. En: C. Suárez-Mira Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, 8.ª ed., Cizur Menor Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 329.

[136] *RJ* 2016, 14.

[137] SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. *et al*. (2021). *Curso de Derecho Penal*, *op. cit.*, 270 quien, asimismo, añade que «para saber si la conducta está justificada habrá que tener en cuenta

el caso concreto, pueden ser los casos de abandono del hijo menor por el progenitor que tiene su custodia, o bien supuestos de malos tratos».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2010 *(RJ* 2011, 1439) no existe retención del menor. Los familiares del padre fallecido expulsan a la madre del domicilio en que convivían con su hijo recién nacido, sin permitirle llevarse al niño. Se trata de una acción consistente en separar al niño de su madre, sin encerrarlo. Tales hechos solo pueden constituir un delito de coacciones pero que no corresponde considerar porque no fue objeto de acusación.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 6.ª, de 7 de febrero de 2022 (ARP 2022,852) de la carga probatoria existente no es suficiente para entender acreditada la intencionalidad de la acusada. En cuanto al viaje a Perú, la Sala considera que el mismo, sí se dio conociendo ya el auto que le impedía viajar sin autorización judicial. Objetivamente, podría indicarse que sí se dan los requisitos objetivos del delito, ahora bien no se entiende acreditado, ni que se marchara desoyendo o incumpliendo el contenido de la sentencia de 12 de febrero de 2020, tampoco se considera acreditada que se la requiera para el cumplimiento de ninguna de las resoluciones anteriores, no se acredita cuando se marchó y, en todo caso, en ningún caso se acredita que se marchara para romper las relaciones entre padre e hija y ello por los siguientes motivos: 1. El padre contactó con ella en ese periodo, en el que debe tenerse en cuenta que se produjo la crisis sanitaria del Covid 19, con limitación de movilidad en todo el mundo; 2. No consta acreditado que supiera que existía una denuncia por sustracción ante la autoridad central, no en el momento de residir en Francia, ni cuando se marchó a Perú. Ha manifestado que regresó con ayuda de la embajada francesa (se desconoce la fecha), y también se acredita que las autoridades francesas le tomaron declaración al respecto (la defensa aporta un documento, pidiendo información al respecto) y teniendo en cuenta que el periodo de confinamiento acabó sobre junio de 2020, la misma vino voluntariamente a Barcelona en julio y fue directa a la casa del denunciante, y la menor fue entregada a las 24 horas. Previamente, las autoridades francesas habían informado al denunciante que habían localizado a la acusada y la menor y que si estaba dispuesta a una mediación. Después de este hecho y ya en julio se persona directamente la acusada; 3. De facto se acredita que la intención de la acusada nunca fue la de quedarse a vivir allí, manifestó y declaró que regresó a Francia gracias a la ayuda de la embajada; 3. Se insiste por el denunciante que la menor viajó con pasaporte antiguo. No se discute tal extremo, ahora bien, no consta acreditado que el mismo instara ejecución alguna para llevar a efecto tal trámite. Se deduce que no lo hizo porque se le autoriza en la sentencia de febrero de 2020 a realizar él los trámites, desconociendo si el viaje a Perú se dio antes o después de dicha fecha, y si la misma tuvo conocimiento de la sentencia, dado que podría hallarse en Perú cuando se dictó; 4. Consta que allí llevó a la menor al médico, si bien no se aportó el informe.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 4.ª, de 10 de agosto de 2018 (ARP 2019,418) se considera como causa justificativa la convivencia habitual, del hijo menor, con la madre, con consentimiento del padre, a pesar que aquella no tenía la guarda y custodia. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 11 de diciembre de 2019 *(JUR* 2020, 12147) se indica que, en el presente caso tanto el acusado como la propia denunciante, hoy apelante, reconocen que no existe resolución judicial, sino un mero acuerdo privado entre ambos, respecto al cual el acusado manifestó en el plenario que, tuvo que firmar para poder ver así a sus hijos y en este sentido, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid impone la obligación del padre a devolver a los menores, se cumple por el mismo y entrega los menores a la madre, y por tanto, no existiendo resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia, el comportamiento resulta atípico, y en consecuencia, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

También, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de junio de 2018 (ARP 2018,1314) llevase a dos menores antes que se dictara resolución que podría desembocar en una declaración de desamparo y con el nombramiento de las Administraciones públicas como tutora legal, supone causa justificada, al tener plena disponibilidad sobre los mismos sin que haya acreditado conocimiento del contenido de dicha resolución y, por lo tanto, de su intención de sustraer a los menores y evitar el cumplimiento de la misma.

En fin, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 8.ª, de 9 de abril de 2018 *(JUR* 2018, 173133); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 14 de mayo de 2018 (ARP 2018,938) no existe en el momento de los hechos ninguna resolución judicial que fijase la atribución de la guarda y custodia a ninguno de los progenitores, ni tampoco una resolución judicial que fijase el régimen de visitas. El acusado sin contar con el consentimiento de la madre del menor, se lleva consigo a su hijo a su domicilio con la intención de estar con él unos días; y de 11 de diciembre de 2019 *(JUR* 2020, 12147) incumplimiento de un acuerdo privado firmado por el acusado para poder ver a sus hijos, no restituyéndolos al vencerse el plazo pactado. No existiendo resolución judicial o administrativa de atribución de la custodia, el comportamiento resulta atípico: entrega de los menores en cuanto el Juzgado dictaminó la guarda y custodia a favor de la madre; y, los autos de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2017 *(JUR* 2017, 227183); de la Audiencia Provincial de Gerona, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2021 *(JUR* 2021, 234459) no existe resolución judicial alguna que determine de manera firme cuál es el régimen de guarda y custodia por un lado y el régimen de vistas por otro; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2021 *(JUR* 2021, 208924) se trata de una situación mutuamente aceptada por ambos progenitores en la que la madre pernocta con el hijo y el padre le atiende fundamentalmente durante el día. Si bien, no podemos decir que nos encontremos ante un supuesto de custodia compartida.

[138] *JUR* 2021, 184650.

[139] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.ª, de 29 de diciembre de 2020 (ARP 2021, 209) en cuanto la Audiencia aprueba el cambio de guarda y custodia, el menor desaparece y es encontrado en manos de la madre por los agentes de policía. No existe estado de necesidad apreciable; por lo que no existe fundamento alguno para la alegación que era necesario proteger al niño de unos supuestos abusos sexuales del padre.

[140] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 1.ª, de 22 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 102960); y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, de 25 de febrero de 2021 *(JUR* 2021, 182410) incumplir la sentencia de guarda y custodia compartida.

[141] La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 8.ª, de 9 de abril de 2018 *(JUR* 2018, 17313) la no acreditación del necesario dolo que precisan los delitos imputados determina la absolución. En todo momento, comunicó a la apelante el lugar donde se encontraba el menor y le mantuvo informado de su estado, habiéndose justificado el viaje por el delicado estado de salud del padre de la acusada, sin que una estancia de tres meses pueda tenerse como excesiva; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de junio de 2018 (ARP 2018,1314) manifiesta al respecto que «teniendo en cuenta la estructura del delito por el que resultó condenado el demandante, se constata que la subsunción de los hechos probados en la norma penal orilla un aspecto de capital importancia para el esclarecimiento del dolo, pues, si bien la voluntariedad de retención del menor ha sido debidamente sopesada a estos efectos; sin embargo, nada se dice sobre la imbricación del elemento intencional sobre los restantes aspectos integrantes de la figura delictiva que sirvió de título de condena, en concreto, sobre «la resolución judicial o administrativa» que fijará el deber, cuyo conocimiento, en los precisos términos de la resolución, resulta ineludible en el supuesto del número 2.2 del artículo 225 bis del Código Penal. Los órganos judiciales omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación que el recurrente tuvo de la existencia y contenido de las relaciones judiciales objetivamente quebrantadas —elemento intelectivo—, ni sobre la intención directa o, al menos, la aceptación de la posibilidad de trasgredir el deber impuesto por las decisiones recaídas en los procedimientos civiles —elemento volitivo—, aspectos estos que nadan tienen que ver con el requerimiento expreso de cumplimiento y el apercibimiento de las consecuencias penales que la Audiencia Provincial consideró que no constituían requisitos necesarios para la consumación del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal, ni con el hecho que la notificación por edictos fuera legalmente válida ante el ignorado paradero del recurrente. Por lo tanto y atendiendo a las circunstancias del presente supuesto, si bien se cuenta con la resolución administrativa que, es ejecutable, no es menos cierto que, no existe conocimiento de la existencia de la misma, ni de su contenido por parte de Cándida tal como se recoge en los hechos probados, por lo que no cabe

considerar acreditado el elemento subjetivo del tipo penal y procede revocar la sentencia recurrida». Asimismo, *vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 20 de abril de 2021 *(JUR* 2021, 21156).

[142] *JUR* 2021, 309966.

[143] Roj. STS 84/2016; ECLI:ES:TS:2016:84.

[144] Roj. STS 1403/2021; ECLI:ES:TS:2021:1403. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021 (ARP 2022, 933) al declarar que es posible que el cónyuge custodio pueda cometer el delito, pero siempre que no ostente en exclusiva la custodia del menor, pues, en ese caso, la situación no implicará una limitación sobre la custodia del otro progenitor, sino una incidencia sobre el régimen de visitas y su desarrollo motivado por un cambio de domicilio a iniciativa del progenitor. Así, se indica que, en el presente caso, la sentencia civil de medidas dispone la patria potestad compartida entre ambos progenitores, con atribución de custodia exclusiva a la acusada, si bien con posibilidad de revisión de la medida de futuro (cuando el menor cumpla tres años). Igualmente, señala la obligación de comunicarse cualquier cambio de domicilio, con el fin de hacer efectivas las visitas. Estos pronunciamientos evidencian que el progenitor denunciante no ostenta la custodia del menor, por lo que puede ser titular del derecho a evitar las restricciones que contempla el precepto penal por el que se le conceda a la denunciada. Concretamente, la sentencia de medidas sobre los hijos, por su tenor literal, no resulta título judicial válido para considerar que el incumplimiento «grave» de sus términos pueda dar lugar a la infracción que se considera (art. 225 bis 1 y 2 del Código Penal).

A esto añade que «más difícil es la posibilidad de subsumir en el tipo penal los supuestos también excluidos del ámbito del Convenio de La Haya, de traslado del menor por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva, donde el derecho de retorno se troca en facilitación del derecho de visitas, aunque desde la jurisdicción civil, se niega que el traslado de residencia al extranjero sea inherente a la custodia sin ponderación previa de los intereses del menor (STS, Sala de lo Civil, 536/30124, de 20 de octubre); frente a lo cual, resulta cada vez más frecuente que en la resolución judicial que atribuye el derecho de custodia a uno de los progenitores, se incluya como condición que no se podrá trasladar la residencia del menor sin antes haberlo comunicado a la autoridad judicial que dictó sentencia y sin consentimiento del otro progenitor».

[145] *RJ* 2022, 1812.

[146] *JUR* 2021, 372783.

[147] ROCA AGAPITO L. (2021). Delitos contra los derechos y deberes familiares, *op. cit.,* 1716-1717 precisa que, dentro de los "parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad" se debe incluir también al esposo o esposa en segundas o ulteriores nupcias del progenitor (la madrastra o el padrastro del menor), pues no deja de ser "pariente del progenitor", aunque no lo sea por consanguinidad o afinidad, sino por matrimonio». Asimismo, considera que entre los consanguíneos estarían «los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos»; y entre los afines «los suegros, padres de los suegros, cuñados, padrastros, abuelastros, hijastros, nietastros, yernos y nueras».

[148] *Vid.,* el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 9 de noviembre de 2021 *(JUR* 2022, 64811) indicios de la posible retención ilícita de los menores contrariando la resolución judicial.

[149] CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, 152.

[150] CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, 153.

[151] Roj. STS 1404/2021; ECLI:ES:TS:2021:1404. En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 23 de abril de 2021 *(RJ* 2021, 1512) con voto particular formulado por los magistrados D. Leopoldo Puente Segura y D. Javier Hernández García al que se adhiere D. Andrés Martínez Arrieta que entienden que «si el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectada en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre del abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (o ambas como en el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados». A esto añaden que «la naturaleza personal del bien jurídico lesionado —la vida privada y familiar—, su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas

de unidad normativa de acción. Lo que coliga con los pronunciamientos reiterados de esta Sala sobre tratamiento concursal de atentados contra bienes jurídicos personales —vid., el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016, sobre el delito de trata de seres humanos, en el que se establece que habrá tantos delitos como personas que se vean involucradas en la trata como víctimas; Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, en el que se acuerda a calificación como concurso real los ataques contra la vida de varias personas ejecutadas como dolo directo o eventual cuando se realicen a partir de una única acción—»; y concluye que «a nuestro parecer, la Sra. R., de forma no justificada sustrajo primero y retuvo después a su dos hijos, lesionando su derecho a la estabilidad personal y emocional, por lo que cometió dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal. No se limitó a lesionar, que lo hizo, el derecho del padre a comunicar y mantener con sus hijos una sostenida relación, sino que, además, principalmente, incluso, lesionó el derecho de cada uno de los menores, sin causa justificada a relacionarse en condiciones sostenidas de normalidad con su padre»; de 18 de noviembre de 2021 *(RJ* 2021, 5244) con voto particular formulado por el magistrado don Leopoldo Puente Segura que se considera que «como el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, la consecuencia es que dada la acción típica —la sustracción o la retención (o ambas como el caso que nos ocupa)— habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados»; de 24 de febrero, 6 y 22 de abril de 2022 *(RJ* 2022, 1056; *RJ* 2022, 1972; *RJ* 2022, 3191); la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 4.ª, de 23 de junio de 2022 (ARP 2022,998); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2021 (ARP 2022,933); y, la sentencia del Juzgado de lo Penal de Valladolid, de 31 de julio de 2019 *(JUR* 2019, 288699). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 6.ª, de 7 de diciembre de 2016 *(JUR* 2017, 7425) apreciación de tantos delitos como menores se sustrajo y no es apreciable una unidad natural de acción; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 2.ª, de 21 de octubre de 2019 *(JUR* 2019, 332765) a favor del concurso real: tantos delitos como menores víctimas.

[152] QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho Penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, 424. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (ARP 2016/861).

[153] Roj. STS 1205/1983; ECLI:ES:TS:1983:1205. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 5 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 5871).

[154] MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021). «Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores», *op. cit.,* 1253.

[155] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, secc. 4.ª, de 23 de junio de 2022 (ARP 2022,998).

[156] SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. *et al.*, *Curso de Derecho Penal*, *op. cit.,* 270; QUERALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho penal español*, *op. cit.,* 423-424. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, secc. 2.ª, de 20 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 65025); y el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, de 3 de febrero de 2020 *(JUR* 2021, 50369).

[157] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 129771) procede la aplicación del precepto como consecuencia de la comunicación del lugar de estancia dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata o duración de ausencia no superior a dicho plazo. Entrega del menor a su madre voluntariamente, presentándose la denuncia posteriormente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 7.ª, de 7 de noviembre de 2006 *(JUR* 2007, 165456) no hay delito de sustracción de menores en el traslado de un menor de su lugar de residencia, al llevarse a su hijo tras la salida del colegio y dejarlo a las cinco horas en un parque situado en las inmediaciones del domicilio de la madre. No se aprecia el requisito de permanencia, ni que la ausencia haya llegado a las 24 horas; y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 29 de julio de 2020 *(JUR* 2020, 302723) restitución y regreso al lugar de su residencia habitual inmediatamente. No exista la más mínima constancia, más allá de las meras declaraciones interesadas de la propia demandada y de su madre —que retuvieron ilícitamente al menor—, de la existencia de ese supuesto peligro grave relacionado con determinadas amenazas sufridas en su propio país.

[158] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 24 de febrero de 2022 *(RJ* 2022, 1056) no procede cuando la restitución no es voluntaria; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2.ª, de 2 de julio de 2018 *(JUR* 2018, 242570) que con relación a la valoración de la declaración del denunciante y de la documental lleva a considerar plenamente probado como la acusada el 20 de julio de 2012 no reintegró a los menores hasta después pese a conocer su obligación de entregar a los hijos en el interior del punto de encuentro al padre, conforme se había ordenado por resolución judicial, atentando así contra el derecho de los menores a relacionarse y estar con su padre quien tenía atribuida la guarda y custodia judicialmente. Por todo ello y no existiendo motivos para considerar inmotivada, arbitraría o caprichosa la sentencia impugnada, no habiéndose vulnerado el principio de presunción de inocencia al haberse practicado prueba de cargo y habiéndose motivado la apreciación de la prueba por el juez de manera lógica, prudente y ponderada; por lo que, procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos.

Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 6 de octubre de 2020 *(JUR* 2020, 318762); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 18 de enero de 2021 (ARP 2021,590).

[159] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 2.ª, de 27 de diciembre de 2016 *(JUR* 2017, 66695) en encausado, en su ilícito propósito de sacar a la menor del ámbito que para ella había determinado el juez, desplegó una intensa actividad de *vis phisica* y moral con aquel fin que, no cesó hasta que se vio rodeado por otras personas que había en el parque y por la llegada de agentes de la Ertzaintza. Acción del encausado, en definitiva, que si no llega a la consumación del delito examinado, rebajándose un grado tanto la pena de prisión como la de inhabilitación especial, imponiéndose ambas en su mínimo.

[160] MARTOS NÚÑEZ, J.A., Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores, 326.

[161] CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2021). *El delito de sustracción de menores*, *op. cit.,* 151 y 153; QUREALT JIMÉNEZ, J. (2015). *Derecho penal español*, *op. cit.,* 423.

[162] SERRANO TÁRRAGA, M.ª D, *et al.* (2021). *Curso de Derecho Penal*, *op. cit.,* 270.

[163] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 18 de mayo de 2022 (Roj. STS 1991/2022; ECLI:ES:TS:2022:1991) que como se ha declarado en sentencias recientes esta infracción «supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad judicial. Son, por tanto, sus requisitos: a) Un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanada de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales; b) Que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento; c) La resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente e inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero); si bien, aclarando que ello también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo de dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también "es punible la que resulta de la pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde" (STS 1203/97, de 11 de octubre)». Además, añade que «conviene tener presente —así lo precisábamos en la STS 54/2008, de 8 de julio— que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser antijurídica como aquella que el tribunal *a quo* denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de

su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos expresos o tácitos».

[164] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 16.ª, de 24 de febrero de 2020 (ARP 2020,959) procede por daños morales en la cantidad de 6000 euros en lugar de 500.

[165] *RJ* 2022, 3191. Asimismo, *vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 14 de diciembre de 2020 *(JUR* 2021, 58250); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 29 de junio de 2022 *(JUR* 2022, 317352).

[166] LA LEY 25190, 2021.

[167] LA LEY 156116, 2021.

[168] *Vid.,* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 22 de marzo de 2022 (Roj. STS 1201/2022; ECLI:ES:TS:2022:1201) ha desestimado el recurso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, a su vez, ratificó la del Tribunal del Jurado de la Audiencia de Almería que, la consideró autora de un delito de asesinato con la agravante de parentesco y la atenuante de confesión de los hechos. Asimismo, la sentencia ahora confirmada impuso a la acusada una pena de 3 años de prisión por delito de lesiones psíquicas a su expareja y padre del niño, ya que el tribunal del jurado consideró probado que la mujer quiso de forma consciente y voluntaria causar el mayor daño posible al otro progenitor, aumentando su sufrimiento y menoscabo de su salud psíquica. Se entendió que la conducta de la madre por el asesinato de su hijo de 7 años por «los rasgos que son calificados de violencia vicaria», pues, tras descartar el argumento de la defensa que, el parricida actuó movido por un trastorno psíquico. De esta manera, señala que «de los testimonios y de los informes periciales se deduce todo lo contrario».

1.3. Derechos Reales

La constancia registral de la legítima según su naturaleza: especial examen del artículo 15 LH

Legitimacy registration according to its nature: special examination of article 15 LH

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La inscripción de la legítima en el Registro de la Propiedad puede hacerse de diferentes formas. Esta constancia registral dependerá de la naturaleza que tenga la legítima en cada caso, pues, obviamente, si se considera que es parte de la herencia, y el legitimario un heredero, llegará al Registro como derecho real de co-propiedad sobre los bienes hereditarios; pero si se considera que es un valor que debe hacerse efectivo sobre parte de los bienes hereditarios, su acceso al Registro se hará de otra manera distinta —por medio de la mención registral—, y en última instancia, ni siquiera deberá tener constancia registral si se entiende que la legítima es un mero crédito frente a la herencia. La naturaleza jurídica de la legítima determina su inscripción en el Registro, y esto es lo que se analiza en este artículo, prestando especial interés a la mención registral de la legítima que recoge el artículo 15 LH, en cuanto a sus presupuestos, requisitos de aplicación y efectos.

ABSTRACT: The registration of the legitimacy in the Land Registry can be done in different ways. This registry record will depend on the nature of the legitime in each case, since, obviously, if it is considered to be part of the inheritance, and the forced heir will arrive at the registry as a real right of co-ownership over the hereditary assets, but If it is considered that it is a value that must be made effective on part of the hereditary assets, its access to the registry will be done in another way -by means of the registry mention-, and it should not even have a registry record if it is understood that the legitimate is a mere credit against the inheritance. The legal nature of the legitimate determines its registration in the Registry, and this is what is analyzed in this paper, paying special attention to the registry mention of the legitimacy that includes artículo 15 LH, regarding its budgets, application requirements and effects.

PALABRAS CLAVE: Legitima. Legitimario. Registro de la Propiedad. Inscripción. Protección.

KEY WORDS: Legitimacy. Forced heir. Land register. Registration. Protection.

SUMARIO: I. LEGÍTIMA: CONCEPTOS GENERALES.—II. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA LEGÍTIMA SEGÚN SU NATURALEZA: 1. La legítima como parte de los bienes hereditarios. 2. La legítima *pars valoris* pura. 3. Legítima como parte alícuota de la herencia pagada en metálico o bienes no inmuebles.—III. EXAMEN DEL ARTÍCULO 15 LH: 1 Antecedentes del artículo 15.1 LH. 2. Naturaleza de la mención legitimaria. 3. Presupuestos y casos en los que se aplica el artículo 15.1 LH. 4. Efectos del artículo 15 LH.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LEGÍTIMA: CONCEPTOS GENERALES

El artículo 806 del Código Civil trata de definir, o dar un concepto, de qué es la legítima, señalando que se trata de aquella «porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Sin perjuicio de que analicemos después esta definición —seguro que de forma crítica—, el sistema de legítimas que recoge nuestro Código Civil (derecho común español), es un sistema de legítima material e individual, que hunde sus raíces y su razón de ser en la necesidad de limitar la libertad de testar, de disponer *mortis causa* de sus bienes, de una persona, precisamente en aras de proteger por igual a todos los miembros de la familia (normalmente descendientes); evitando, de este modo, posibles abusos o injusticias por parte del padre disponente, y fomentando la participación de la familia en la formación de la riqueza y en consecuencia con los deberes naturales de los padres hacia los hijos de procurarles alimento y sustento a todos ellos, en un régimen similar a la copropiedad de los bienes familiares. No debe de extrañarnos ya que la legítima no deja de ser «el *quantum* proporcional a la fortuna del causante que, con cargo (directa o indirectamente) a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquel, denominados legitimarios»[1]. Es, por tanto, una limitación en la libertad de disponer de los propios bienes, que surge de los derechos germánicos, donde existía una comunidad familiar de bienes, en la que estos no eran del jefe de la familia, no pudiendo, en consecuencia, disponer individualmente de los mismos, ya que debían permanecer en ella a su muerte: debían pasar a sus descendientes en la comunidad familiar; posteriormente evolucionó al obligado reparto de los bienes entre ellos.

Volviendo a la definición que da el Código en su artículo 806, hay que señalar que no es muy precisa ni exacta, ni corresponde a la realidad, por varios motivos:

a) En primer lugar, es confuso que se diga que es una porción de bienes, sin especificar de qué tipo, porque puede ocurrir que se trate de una cuota en valor, una cuota ideal sobre un conjunto de bienes, o sobre cada bien concreto; o incluso, como dice IRURZUN GOICOA[2], puede entenderse que la legítima no son estrictamente bienes, que se regulan en el libro segundo del Código Civil, sino que se refiere a una forma especial de adquirir los bienes por causa de sucesión *mortis causa*.

b) Continúa el artículo diciendo que el testador no puede disponer de esos bienes. Tampoco es correcto, primero porque sería más correcto decir causante, ya que puede existir también legítima diferenciada en el caso de la sucesión intestada y, además, porque puede existir disposición: porque ya hayan sido entregados en vida a los legitimarios y, por tanto, siendo legítima, ya se haya

dispuesto libremente de ellos; o porque se puede mejorar —y disponer— entre sus legitimarios, o se puede establecer un legado en usufructo sobre ellos (art. 820 CC); incluso, y más recientemente, cabe que toda la legítima —incluida la estricta— se deje en favor de uno solo de los legitimarios si este fuera un discapacitado (art. 808 CC, tras Ley 8/2021 de 2 de junio para el apoyo a personas con discapacidad).

c) Por último, el artículo 806 añade «que la ley ha reservado en favor de sus herederos forzosos». Los legitimarios no son herederos, pues no son sucesores universales del causante, ya que en ningún caso responden de sus deudas, ni ocupan su posición, ni son forzosos en el sentido de contingentes, necesarios, puesto que el legitimario siempre puede renunciar a su legítima, o el causante en determinados casos puede privar de ella a los legitimarios, y la legítima se calcula descontando previamente las deudas y cargas que existan en la herencia, que no le afectan, lo que refuerza su posición diferente de la del heredero.

Como dice IRURZUN GOICOA la legítima es «un derecho sucesorio de origen legal, que causa una sucesión a título singular, no universal, a favor de unas personas determinadas que son los legitimarios»[3]. Subrayamos en esta definición su origen legal, que se atribuye a personas determinadas que son los legitimarios, y a título singular, diferenciándolos claramente de los herederos. ¿Es un derecho, como sostiene este autor, o son bienes o porción de ellos?

Mucho se ha discutido sobre cuál es la naturaleza de la legítima. A lo largo del tiempo y la doctrina se han mantenido distintas teorías sobre ella, que pasamos a exponer brevemente:

a) La legítima como *pars hereditatis*. Según esta tesis, la legítima es una parte de la herencia y, por lo tanto, los legitimarios son herederos con derecho a una parte alícuota de toda la herencia, tanto el activo como el pasivo. Defienden esta tesis autores como PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. Esta tesis se basa en la continua denominación de los legitimarios como herederos forzosos (arts. 806, 807, 813, 817, 821, 826, 863, 1035 y 1036 CC). Ya hemos dicho arriba que no compartimos esta idea, puesto que los legitimarios, desde mi punto de vista, suceden a título singular, no universal, por lo que no pueden ser calificados como tales. Esto es así porque la legítima puede satisfacerse a través de un legado, o de una donación en vida del causante. El causante no constituye como herederos a los legitimarios, solo está obligado a dejarles «por cualquier título» lo que les corresponda por legítima (art. 815 CC).

b) La legítima como *pars valoris*. La legítima es un valor, un crédito frente a la herencia. Desde este punto de vista se entiende que la legítima es un derecho de crédito (personal) frente a la herencia de una cuantía o valor determinada, que el heredero debe satisfacer; una carga para el heredero, y que puede hacer efectiva en cualquier bien de la herencia, sea muebles (dinero principalmente) o inmuebles. El legitimario es un acreedor de la herencia. Es la postura del derecho alemán, y de algunos derechos forales como el catalán y el gallego. La defienden varios autores, entre ellos destacamos a DE DIEGO.

c) La legítima como *pars valoris bonorum*. En este caso la legítima es un valor que debe materializarse en bienes de la herencia. Implica la titularidad sobre parte del valor de los bienes hereditarios, y debe satisfacerse a través de ellos, y no en dinero. La legítima grava toda la herencia, todo el haber hereditario como garantía para su satisfacción. El legitimario tiene un derecho de realización de valor o garantía sobre todo el patrimonio hereditario. Es la postura de ROCA SASTRE entre otros muchos.

d) La legítima como *pars bonorum*. En este último supuesto, la legítima son bienes, parte de los bienes que componen el caudal relicto que deben ser entregados por cualquier título al legitimario. El legitimario es un condómino junto con los herederos de los bienes, en su cuota, mientras no le sean entregados y su legítima satisfecha; eso sí, después de haberse satisfecho las deudas de la herencia. Esta es la tesis mayoritaria, defendida por la casi totalidad de la doctrina (VALLET DE GOYTISOLO, PUIG BRUTAU[4], DE LA CÁMARA…). De igual forma, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado [DGRN, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)] y con ciertos altibajos la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden que la legítima en derecho común es *pars bonorum:* el legitimario es por tanto un condómino en la herencia, y debe estar normalmente presente en la partición hereditaria si no fue hecha por el testador[5]. En este sentido, la anterior DGRN, en la resolución de 13 de junio de 2013, afirmaba que «presupuesto ello la especial cualidad del legitimario, 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 herencia (art. 1057.1 CC), de la que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común, así como en Derecho balear (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum,* y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima». En la misma línea se pronuncian las RRDGRN de 25 de febrero de 2008, 17 de octubre de 2008, 3 de marzo de 2015, 16 de octubre de 2015, 9 de enero de 2018, 25 de abril de 2018[6].

Hay que poner de relieve que la consideración de la legítima como una u otra cosa influirá de forma determinante en su reflejo registral e inscripción. A nadie puede extrañar que, si se trata de un crédito personal, no debería reflejarse en el Registro, o al menos no a través de una inscripción, mientras que si se trata de bienes y estos son inmuebles debería llegar al Registro por una inscripción principal, de co-propiedad y finalmente, si es un especial derecho de garantía, su reflejo registral será distinto.

De igual forma, hay que tener en cuenta la pluralidad de ordenamientos civiles en nuestro país, que conlleva a la existencia de diferentes tipos de legítima en los diversos derechos forales, siendo considerada, en general, la legítima de derecho común como legítima *pars bonorum*; mientras que en Cataluña y Galicia es *pars valoris*, y en otros derechos forales como los de Ibiza y Formentera es *pars valoris bonorum*, compartiendo la misma naturaleza que en el derecho común en los derechos de Aragón y País Vasco.

Nosotros entendemos que, probablemente, no debamos cerrarnos a un único concepto y naturaleza de legítima, porque muchas de ellas son posibles y compatibles según estemos ante una situación u otra, o deba aplicarse el ordenamiento común o foral. Y es que, como afirma LACRUZ BERDEJO[7], «en las exposiciones teóricas de los años 40 y aun otras posteriores sobre la llamada «naturaleza de la legítima», hay un error inicial, a saber, el de abordar el problema tratado de resolverlo mediante una solución única decidiendo entre antítesis tajantes, lo cual

es incorrecto, no ya en el plano de la solución, sino en el del planteamiento. No basta preguntarse si el legitimario es heredero o no; o bien si es sucesor o no; o bien si participa en el caudal relicto, o en su valor, o tiene un simple derecho de crédito frente al heredero, con especial afección del caudal relicto o sin ella. Todas estas cuestiones pueden ser planteadas, pero no aisladamente, sino en relación unas con otras…».

De este modo, vamos a tratar de exponer cada una de ellas y cómo debería reflejarse —o no— en el Registro de la Propiedad, deteniéndonos especialmente en el análisis del artículo 15 LH, único precepto dedicado en exclusividad a recoger la inscripción de la legítima.

II. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA LEGÍTIMA SEGÚN SU NATURALEZA

1. La legítima como parte de los bienes hereditarios

Si la legítima es *pars bonorum*, y por tanto el legitimario es un condueño de los bienes hereditarios (aunque no sea heredero), o es *pars hereditatis*, considerando al legitimario como heredero, como afirma GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «su relación con el Registro no plantea problemas, ya que el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaría y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado al contador-partidor[8]». Es decir, en estos casos, el legitimario, bien por ser co-titular de los bienes (*pars bonorum)*, ser co-heredero (*pars hereditatis*), debe aparecer en el Registro a través de las correspondientes inscripciones de su derecho real sobre los bienes inmuebles hereditarios en los que recaiga, sea un derecho de copropiedad —cuota dominical—, sea su cuota hereditaria, o sea un derecho real de afección de los bienes hereditarios. Su derecho y su protección está asegurada en el Registro, al igual que la de cualquier titular registral. Y el legitimario es considerado bien como un co-heredero o como un co-propietario, por lo que su intervención en la partición, y la legitimación para incoar el procedimiento de testamentaria (acción de partición judicial) está asegurada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han avalado esta postura y la intervención del legitimario en las operaciones particionales, como ya hemos comentado antes.

2. La legítima *pars valoris* pura

Vamos a analizar en este epígrafe si y cómo puede llegar al Registro de la Propiedad una legítima *pars valoris* pura, es decir, un puro crédito frente al heredero, propio de algunos derechos forales (catalán y gallego), sin que sea necesario recurrir a la mención del artículo 15 LH, que examinamos a continuación y damos por superada en este caso concreto, aunque inicialmente fuera la forma tradicional de hacerla constar.

Como ya hemos explicado con anterioridad, cuando la legítima es *pars valoris,* el legitimario tiene realmente un derecho de crédito frente al heredero (si es que es distinto de él) que este puede pagar o hacer efectivo, bien a través de bienes de la herencia, o bien con dinero u otros bienes que pertenezcan al caudal relicto, siempre que su valor coincida con lo que la ley señala que le corresponde. Y es que, en estos casos, la legítima es un valor económico y nada más, y, por tanto,

puede satisfacerse por cualquier título y con cualquier medio, sin que los bienes de la herencia queden afectos a su pago, por lo que no es necesario una especial sujeción de estos en el Registro.

Además, al tratarse de un derecho de crédito y, por tanto, un derecho personal, no debe tener acceso al Registro, ya que no tiene eficacia real y oponibilidad *erga omnes* y, en lógica congruencia con lo establecido con los artículos 2 y 98 LH, quedará fuera del mismo o, en caso de acceder, se cancelará por parte del registrador. Luego, si el legitimario tiene un mero derecho de crédito, su legítima no tendrá constancia registral propiamente dicha, ya que no es necesario que los terceros que adquieran esos bienes hereditarios la conozcan, ya que estos no responden de aquella.

En este sentido, aunque tratando de responder a otra cuestión, se manifestaba POAL Y JOFRESA, cuando analizaba la inscripción de la legítima catalana en el Registro en el siglo pasado, cuando tenía la consideración de *pars bonorum valoris*, debiendo hacerse constar en el Registro dicha legítima. Cuando se presentaba un testamento en el Registro, en cada una de las inscripciones consecuentes a favor del heredero, se hacía constar que quedaban inscritos los derechos de los legitimarios, y este autor se preguntaba qué es lo que se inscribía como «derechos de los legitimarios». Al contestar a esa cuestión sobre la naturaleza de esa legítima, criticaba severamente la postura de GALINDO Y ESCOSURA que consideraban que el legitimario tenía un derecho de herencia y era un condómino en la herencia y que lo que se inscribía como legítima en el Registro era dicho condominio, cuestión que rechaza, afirmando que no puede ser eso la inscripción legitimaria, pues este no es un heredero, y se planteaba entonces que podría ser esa inscripción de la legítima. En ese planteamiento, y en lo que aquí nos interesa —y perdón por la explicación del contexto que creo necesario—, afirmaba que la legítima que se hacía constar en el Registro no podía ser un derecho personal porque «los derechos de esta clase no son inscribibles, con la particularidad de que si se inscribieran quedarían respecto de tercero en la misma situación que antes de ser inscritos»[9]; es decir, no les afectarían y no gozarían de oponibilidad. Sirvan estas palabras para confirmar la tesis actual de que si realmente, hoy en día, la legítima es un mero crédito por un valor o importe determinado, no es necesaria su inscripción, al no sujetar ningún bien relicto y por tanto no es necesaria su publicidad para terceros adquirentes.

La legítima *pars valoris* es propia del derecho catalán y del gallego y, en principio, no es la que recoge el Código Civil, salvo en los casos específicos en que se permite pagar la legítima en dinero (821, 829, 841 a 847 CC), y el discutido supuesto del 1056.2 del Código Civil, al que mayoritariamente se considera aplicable el 15 LH. En estos derechos forales, al no existir afección real alguna sobre los bienes de la herencia (no son *pars valoris bonorum*), ni tener que pagarse la legítima con los propios bienes relictos, pues el legitimario no es cotitular (*pars bonorum*), no se hace necesario una especial mención en las inscripciones de aquellos. Hay que plantearse si el no reflejo registral de la legítima en los bienes de la herencia, por ser un crédito frente al heredero, puede perjudicar a esta. Es decir, si el legitimario *pars valoris* puede tener más dificultades para cobrar su legítima que el *pars bonorum* que sujeta los bienes hereditarios frente a terceros a través de su constancia en el Registro.

El legitimario al ser un mero acreedor, sin garantía, no puede evitar la partición y puede ver cómo el heredero no satisface su legítima después de haber enajenado los bienes hereditarios. La posición del legitimario se debilita, y se favorece, no obstante, la partición hereditaria sin la presencia de aquel[10]. En este caso, el

legitimario podría iniciar una acción de reclamación de legítima (art. 451.15 CCCat). Por tanto, tiene la opción de demandar al heredero ante el incumplimiento de pago de la legítima o su disminución. Y siguiendo en este punto a VIGIL DE QUIÑONES, creemos que la mejor defensa del derecho del legitimario en este caso se conseguirá a través de la anotación preventiva de demanda de la acción de complemento o reclamación de legítima, o, como prevé el derecho catalán, la anotación preventiva de legado por el que satisfaga la misma[11]. Pues así, los posibles terceros adquirentes de los bienes relictos conocerán que existe un pleito entre el heredero y el legitimario porque no se ha satisfecho la legítima de este, que puede afectar a los bienes que pretenden adquirir. Es decir, y como es su función natural, la anotación preventiva de demanda, en este caso, anulará la buena fe y la protección de la fe pública registral del artículo 34 LH que pudieran alegar los terceros adquirentes de bienes hereditarios, impidiendo su adquisición definitiva, que podrá impugnar el legitimario si fuera necesario para completar su legítima.

Es más, en derecho gallego se da un paso más, y se puede anotar directamente la legítima (como derecho de crédito que es) directamente y no solo a través de la anotación preventiva de demanda (art. 249.3 Ley de Derecho civil de Galicia)[12], aunque esta solución no es pacífica, y se discute por la doctrina[13].

Creemos que esta solución, prevista en el CCCat y en el derecho gallego, es la garantía más segura del legitimario *pars valoris,* que, de otro modo, no tiene acceso al Registro, y puede verse en verdadera dificultad para cobrar lo que se le debe por ese concepto. Como afirma VIGIL DE QUIÑONES[14]: «El Registro, por tanto, pasa a ser el principal instrumento de protección de los legitimarios. Si estos no recurren al reflejo registral, no podrán hacer valer sus derechos frente a terceros. Ahora bien, los herederos y los terceros tampoco tendrán que estar bloqueados por el veto del legitimario. Y para garantizar esta circulación ágil de los bienes, unida a la debida protección del legitimario que ya no es cotitular, se recurre al Registro de la Propiedad. Con ello se logra por medio de la institución clave en la seguridad de las transacciones inmobiliarias combinar las necesidades del mercado (mayor circulación de bienes inmuebles más segura), con la de los herederos (realizar las particiones e inscribirlas con mayor agilidad) y la de los legitimarios en quienes no concurra este carácter».

Nos planteamos desde estas líneas si esta opción, prevista en los derechos forales, podría trasladarse al derecho común. No está prevista en la ley y, en principio, no sería posible porque la legítima debe reflejarse en el Registro a través de la correspondiente mención —que desarrollamos en el siguiente apartado—, pero, creemos que cuando hubiera que satisfacerla en metálico, y consistiera en un valor determinado, podría, de forma análoga a los derechos forales, asegurarse a través de la correspondiente anotación preventiva de demanda de la acción de complemento de legítima (art. 815 CC); nada impediría dicha anotación que podría, al igual que en el derecho catalán y gallego, impedir la enajenación a terceros de los bienes hereditarios cuando no se hubiese satisfecho aquella.

La seguridad del legitimario de cantidad en derecho común podría verse reforzada con esta medida.

3. Legítima como parte alícuota de la herencia pagada en metálico o bienes no inmuebles

El problema se plantea cuando la legítima se conceptúa como *pars valoris* (crédito frente a la herencia) o *pars valoris bonorum* (afección de los bienes he-

reditarios) o, aun entendiendo de forma general la legítima como *pars bonorum* —o cualquiera de las modalidades que acabamos de citar—, excepcionalmente en algún caso, el legitimario no puede promover juicio de testamentaria (porque no es heredero, ni titular de determinados bienes hereditarios), ya que se le ha facultado expresamente al heredero a satisfacer su legítima en metálico o en bienes muebles que no constan en el Registro. En estos casos, al no poder el legitimario hacer constar su derecho en el Registro, puede resultar desprotegido frente a terceros adquirentes.

Es entonces cuando aparece el artículo 15 LH que, a través de la mención de la legítima en las inscripciones de los bienes inmuebles que forman parte de la herencia, consigue que esta quede reflejada en el registro y sea conocida por los terceros adquirente, protegiendo al legitimario.

Como ahora veremos, no se trata realmente ni de una mención *stricto sensu*, ni consideramos que debe ser la forma adecuada para la constancia registral de la legítima y la protección del legitimario, pues su finalidad —ya apuntada— excede de la propia de una mención registral, y que examinamos en el siguiente apartado.

Es decir, el artículo 15.1 LH[15] recoge la constancia registral de la legítima en el Registro a través de una mención que deberá practicarse cuando esa legítima sea *pars valoris*: pura, cuando es la única naturaleza de la legítima posible, como ocurre en algunos derechos forales; o de forma excepcional, coexistiendo con una legítima *pars bonorum*, pero se concrete en parte alícuota que deba pagarse en metálico o bienes muebles de cuya afección no puede dar constancia el registro de la propiedad, que suele coincidir con un supuesto *de pars valoris bonorum*.

III. EXAMEN DEL ARTÍCULO 15 LH

1. Antecedentes del artículo 15.1 LH

El artículo 15 LH surge precisamente en el derecho catalán, y para resolver el problema de la constancia registral de la legítima catalana entendida, primero como *pars valoris bonorum* (afección real sobre los bienes inmuebles), y después y ya recientemente, como *pars valoris* pura.

Es cierto, existía en Cataluña la dificultad de hacer constar ese gravamen o afección real sobre los bienes hereditarios en que consistía la legítima catalana. El legitimario no era coheredero ni condómino de los bienes hereditarios, a diferencia del derecho común, por lo que no podía pedir la testamentaría, ni dar publicidad a su derecho en el Registro a través de una inscripción. GALINDO Y ESCOSURA[16] consideraban que el legitimario catalán era un condómino en la herencia[17], argumento refutado claramente por POEL Y JOFRESA —como ya hemos dicho— tras el análisis de las modificaciones legislativas en Cataluña, inclinándose este autor por considerar realmente a la legítima catalana como una hipoteca tácita sobre los bienes hereditarios, que aseguraba el crédito del legitimario. Al desaparecer la referencia a las hipotecas legales tácitas por la Ley Hipotecaria de 1861, y siempre según este autor, hubo que buscar otra manera de reflejar la legítima —para asegurarla— sobre los bienes hereditarios en el Registro. Ya la antigua resolución de la DGRN de 17 de agosto de 1863 manifestaba que, para inscribir los bienes a nombre del heredero (*hereu*), era necesario que, a su vez, se inscribiera la legítima de los demás hijos. Siguiendo esta tesis, surge en la Ley Hipotecaria de 1944-46 por primera vez este artículo 15.1 LH, en principio,

como solución para hacer constar la «peculiar» legítima catalana en el Registro de la Propiedad que, al no ser un condominio el legitimario, ni una hipoteca legal tácita la legítima, sino un mero crédito, no tenía forma de llegar al mismo sino a través de su mención[18].

A sugerencia de LORENTE SANZ[19], lo inicialmente previsto para el derecho catalán con exclusividad, se extendió, también al derecho común —tradicionalmente con legítima *pars bonorum*— a aquellos casos en los que el legitimario lo fuera de parte alícuota, y el heredero pudiera satisfacer la legítima en metálico o bienes no inmuebles. Así lo recogió la Ley Hipotecaria, y permanece hasta nuestros días.

Por eso, del tenor literal del artículo 15.1 LH transcrito, parece que son esos dos los supuestos en los que debe aplicarse este artículo. Cuestión que debe analizarse y revisarse.

2. Naturaleza de la mención legitimaria

La mención de derechos en el Registro es la constatación formal de la existencia de otros derechos reales ya inscritos en el registro, que se «recuerdan» o «mencionan» de nuevo en otro asiento por ser relevantes o que, pudiendo acceder al Registro, no lo han hecho. Sirve a modo de recordatorio de su existencia o inscripción, para que queden reflejados. En este sentido LACRUZ BERDEJO la refiere originariamente como la «constatación —a espaldas del tracto sucesivo— de estos gravámenes», haciendo referencia a los gravámenes que constaban en el título que se inscribía, pero que no se constituían en aquel, y que el registrador extendía y trasladaba a las inscripciones que practicaba de manera fiel. Pero, en realidad, se refieren propiamente a derechos reales inscribibles, tanto cargas y gravámenes como otros derechos, tal y como entiende la jurisprudencia y este autor[20]. La RDGRN de 20 de junio de 2011, recogiendo doctrina precedente, afirma que «es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones en los «Vistos») que solo existe propiamente mención cuando el asiento registral se refiere a derechos, cargas o afecciones que, pudiendo acceder al Registro, no lo han hecho. Dentro del concepto de mención esta Dirección General (*vid.* resolución de 1 de febrero de 2010, entre otras) ha incluido también la alusión a la existencia de una expropiación no inscrita por entender que implica la referencia a un dominio, el expropiado, que pudiendo ser objeto de inscripción separada y especial, no lo ha sido. Quedan por tanto fuera del concepto legal otras situaciones o expresiones que se limitan a tener un alcance descriptivo, o mejor, identificativo por carecer de otra intención que servir a la mejor individualización de la finca inscrita (*vid.* art. 51.2.3 RH). La distinción no siempre es tarea sencilla y como ha puesto de relieve este Centro Directivo la gran variedad de situaciones posibles impone la necesidad de analizar caso por caso[21]».

Pues bien, la mención de legítima que debe practicarse en las inscripciones de bienes hereditarios no es exactamente una mención al uso[22], pues —como luego veremos— su eficacia no es simplemente hacer constar un derecho real ya inscrito o inscribible, sino que recoge por primera vez la existencia del derecho legitimario —cualquiera que sea su naturaleza— no inscrito antes y que podría no inscribirse si su naturaleza no es la de un derecho real; y lo hace para impedir los efectos de la fe pública frente a terceros, asemejándose más a una anotación preventiva por su funcionalidad. ROCA SASTRE[23], aunque entendiendo que la legítima es *pars bonorum hereditatis*, y por tanto una carga real que debe

constar sobre los bienes hereditarios, entiende y comparte esta naturaleza de la mención de la legítima como mucho más que una sola mención registral: «la mención, en sentido propio, es una alusión o referencia que se hace, al inscribir un acto, de la existencia de un derecho real originado en otro. La legítima es un derecho que surge de un proceso sucesorio, y una vez esté documentado acude él mismo al Registro y se inscribe íntegramente en todo lo que tenga trascendencia real y, por tanto, con sus legítimas. Estas funcionan a modo de cargas que gravan los bienes hereditarios, pero la afección legitimaria, al igual que la ordenación de un fideicomiso, reversión, etc., constituye un elemento integrante del acto o título sucesorio registrable y, por consiguiente, se inscribe o registra con todos los elementos de trascendencia real que contenga dicho acto o título y en cumplimiento de lo que dispone la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Por esto, aunque se emplee el verbo mencionar, ello ha de entenderse en el sentido de expresar, constatar, consignar registralmente. Para evitar confusiones, no deberíamos hablar de menciones de legítima, sino de expresiones registrales legitimarias; pero para facilitar la exposición también usaremos el término mención, si bien con la reserva indicada».

Abunda el hecho de que la mención legitimaria sea técnicamente distinta de las menciones practicadas en otras inscripciones el que, justo cuando surge este artículo 15 LH, en la Ley Hipotecaria 1944-46, la propia ley y su reglamento de 1947 decidan poner fin a las menciones que hasta entonces se venían practicando (art. 51.7 RH: «las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas, no se harán constar en la inscripción»), y negarles cualquier efecto de publicidad registral (art. 29 LH: «la fe pública del Registro no se extenderá a las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial»).

3. Presupuestos y casos en los que se aplica el artículo 15.1 LH

Antes de analizar en qué supuestos consideramos que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 15 LH, partimos de dos premisas necesarias para ello. En este sentido, y siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ[24], entendemos que el artículo 15.1 LH, es decir, la mención de la legítima en las inscripciones de los bienes hereditarios solo podrá hacerse si se cumplen dos requisitos, a saber: que se conozca la existencia de la legítima —y su cuantía—, y que el legitimario no la haya percibido o cobrado todavía.

Está claro que, si la legítima ya se satisfizo con anterioridad, por ejemplo, en vida del causante a través de una donación, o por medio de un legado específico y consta la aceptación del legitimario, no necesita protección frente a terceros adquirentes de los bienes, pues estos ya han quedado bajo su dominio. Esto se confirma por el propio artículo 83 RH que señala que no será procedente la mención de la legítima «cuando antes de inscribirse los bienes a favor de los herederos hubieran aquellos percibido o renunciado su legítima o se hubieren declarado satisfechos de la misma».

Además de lo expresado, y como requisitos para su aplicación, entendemos que será necesario: a) que se dé el supuesto de hecho que refiere el artículo 15, es decir, legítima de parte alícuota pagadera en metálico o bienes no inscribibles, b) que se trate de una sucesión testada (o contractual si procede) en la que se especifique la existencia de los legitimarios y tal pago, pues si no constara, el legitimario tendría que reclamar judicialmente su derecho, no procediendo esta

vía, c) que no hayan transcurrido 20 años desde el fallecimiento del causante y la presentación de los documentos hereditarios al Registro, d) que se pretenda una inscripción de los bienes hereditarios correspondientes y no una anotación preventiva, y en ella se practique la mención, e) y para ello será necesario la presentación de los títulos sucesorios pertinentes, testamento o pacto sucesorio, en coherencia con el propio 15.3 LH, «los documentos en cuya virtud se inscriban los bienes a favor de los herederos, aunque en aquellos no hayan tenido intervención los legitimarios».

Pues bien, analizados los requisitos y premisas esenciales para la aplicación del artículo 15.I LH, veamos en qué casos, debe aplicarse.

a) Derecho catalán anterior a la Ley 10/2008, de 10 de julio

Como ya hemos dicho, la mención legitimaria surge para poder practicar en el Registro la constancia de la legítima catalana, inicialmente entendida como *pars valoris bonorum*, que evolucionó hacia una legítima *pars valoris*, debiendo acceder al Registro, como luego veremos, a través de la anotación preventiva de complemento de legítima.

Pero, en el derecho civil catalán anterior, fue donde el artículo 15.1 LH encontró todo su significado, llegando incluso a entenderse que ese era su único ámbito de aplicación, sin que fuera posible acoger situaciones de derecho común[25]. Discrepamos de esta segunda afirmación, pues la mención legitimaria se extiende al derecho común en los supuestos de legitimario de parte alícuota pagadera en metálico y bienes no registrables. No obstante, nadie duda de la aplicabilidad del artículo 15.1 en el derecho catalán, pues allí nació y encontró su justificación cuando el heredero debía satisfacer la legítima en metálico o con bienes no inmuebles, pues era el único medio para facilitar al legitimario la protección de su legítima en estos casos, al quedar afectos los bienes hereditarios a dicho pago; si bien el legitimario no podía interponer juicio de testamentaria y reclamar su legítima, a través de una acción real[26].

Tras la aprobación de la Ley de 20 de julio de 2008 por la que se aprueba el libro IV del Código Civil catalán, se produce una modificación en la consideración de la legítima, que pasa a ser *pars valoris*, no siendo entonces aplicable el artículo 15.1 LH, pues la legítima como crédito personal frente al heredero puede llegar al Registro directamente a través de la anotación de demanda de reclamación de legítima. Ya no ha lugar a esas menciones legitimarias pues, además, y como recoge la disposición transitoria octava de la Ley 10/2008, las menciones de legítimas hereditarias inscritas conforme al régimen anterior y respecto de sucesiones abiertas antes de la reforma de 1990, caducan desde el mismo día de la entrada en vigor de esta ley[27].

b) Derecho de Ibiza y Formentera

La legítima en estos derechos forales es *pars valoris bonorum*, por lo que la legítima actuaría como un gravamen que afecta a todos los bienes hereditarios, de la cual, al igual que ocurría en el anterior derecho catalán, es oportuno dejar constancia a través de la mención registral del artículo 15.1 LH, y tal y como corresponde con la naturaleza de la legítima establecida en los artículos 81 y 82 de la Compilación Balear, ya mencionados.

c) Derecho común: cuando la legítima es parte alícuota y se paga en metálico y en bienes no inmuebles

Por último, entendemos que el artículo 15.1 LH se aplicará al supuesto especial del derecho común que cumpla los presupuestos antes descritos: es decir, será de aplicación este artículo cuando la legítima sea una parte alícuota de la herencia, y pueda hacerse efectiva por medio de dinero o bienes no inscribibles, siendo esa parte o valor conocida y no efectiva todavía.

En realidad, en este caso, la legítima se asemeja también a *pars valoris bonorum,* y por eso es aplicable el artículo 15.1 LH.

El pago en metálico de la legítima no hace por sí solo posible la mención legitimaria, pues esta no procede en los casos de los artículos 821, 829, 841 a 847 del Código Civil, donde sí cabe el pago en metálico, pero en los que no se aplica este artículo. Sin embargo, tradicionalmente sí se ha entendido aplicable el 15.1 LH en el supuesto del 1056.2 del Código Civil, introducido por la modificación efectuada por el apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada[28].

Este artículo 1056.2 del Código Civil recoge el caso de la posibilidad del pago en metálico de la legítima y no a través de bienes hereditarios, cuando el testador pretenda conservar indivisa una explotación económica, o el control de una sociedad en uno solo de sus herederos. En este supuesto se permite al heredero pagar la legítima con dinero que no pertenezca a la herencia. Se produce una asimilación de la legítima a un crédito frente al heredero que recibe la sociedad o explotación económica en exclusividad que queda garantizado, en caso de que no hubiera suficiente efectivo extrahereditario, con los bienes de la herencia; es decir la legítima se aleja de su naturaleza *pars bonorum*, aproximándose a un supuesto *de pars valoris bonorum,* o *pars valoris.* Así se ha entendido tradicionalmente por la doctrina[29] y por eso se ha considerado aplicable el artículo 15.1 LH, pudiendo practicarse la correspondiente mención en las inscripciones de los bienes sujetos, pues, como afirma GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, aunque la partición en el artículo 1056.2 del Código Civil, la realiza el testador, «el dinero de los legitimarios puede no ser hereditario, con lo que la legítima pasaría a ser *pars valoris bonorum*, y por ello es de plena aplicación el artículo 15 LH»[30].

Hoy en día, sin embargo, hay discusión sobre si a este supuesto del 1056.2 del Código Civil es aplicable el artículo 15 LH, o si corresponde aplicar, más bien, lo dispuesto en el 80.2 RH[31]; es decir, que se hará efectiva la legítima a través de lo establecido en el 844 del Código Civil (previsto para el supuesto del artículo 841 del Código Civil, o sea, cuando el testador o el contador-partidor adjudiquen todos los bienes o parte de ellos a uno de los hijos, ordenando que se pague en metálico al resto de los legitimarios), pagándose en metálico, advirtiéndolo a los perceptores que tendrán las garantías del legatario de cantidad y con nota marginal en los bienes que se adjudiquen, y no con la mención legitimaria. En consecuencia, como ya se provee de garantía suficiente al legitimario de cantidad, a través de la nota marginal en las inscripciones de los bienes que quedan sujetos, no hay que practicar la mención. La constancia registral de dicho pago en metálico se hará a través de la «nota marginal mediante el documento público que lo acredite» (80 RH).

En este caso, y como dice VIGIL DE QUIÑONES[32], se establecen suficientes garantías para los perceptores: «La principal es la expresión, en la inscripción, de que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código Civil,

pues tal circunstancia da a conocer a los terceros la ineficacia de la adjudicación si no consta el pago en metálico dentro de plazo. Además, el artículo 844 del Código Civil le atribuye las garantías establecidas para el legatario de cantidad, es decir, la posibilidad de solicitar anotación preventiva de su derecho (arts. 42.7 y 48 LH)».

Tampoco se entiende comprendidos en el artículo 15 LH, los supuestos de pagos de legítimas en metálico, por darse al legitimario otra garantía que asegure su derecho. Son: a) los supuestos del 841 y siguientes del Código Civil, pues para ellos, y como ya hemos comentado, se aplicará el 844 del Código Civil, tomándose nota marginal de la legítima en los bienes que se adjudiquen. b) Del mismo modo, quedan fuera de su ámbito de aplicación, los supuestos recogidos en los artículos 821, 829, 839 y 840, 1048, 1062 y 1077, pues todos ellos prevén garantías suficientes para hacer constar el derecho del legitimario (en metálico) frente al heredero o herederos. c) Por supuesto, y no procederá la mención legitimaria cuando esta ya se haya recibido con anterioridad o se hubiese renunciado a ella (art. 83 RH), pues no se cumplen los presupuestos de aplicación. d) Por último, tampoco se practicará la mención de legítima del artículo 15 cuando hayan transcurrido más de 20 años desde el fallecimiento del causante y el acceso de la herencia al Registro, tal y como se prevé en el último párrafo del propio artículo 15 LH.

4. Efectos del artículo 15 LH

Los efectos que produce la mención de la legítima deben partir de lo expresado en el propio artículo 15.4 LH: «Las disposiciones de este artículo producirán efecto solamente respecto de los terceros protegidos por el artículo 34, no entre herederos y legitimarios». Es decir, la principal función de la mención del artículo 15.1 es, como ya dijimos, evitar que los terceros adquirentes de los bienes hereditarios, afectos al pago de la legítima, lo ignoren, o sea, impedir que puedan alegar su buena fe, su desconocimiento de la existencia de la legítima pagadera en metálico con afección de esos bienes y que el juego de la fe pública registral del artículo 34 LH, les haga adquirir esos bienes como libres de cargas y, en consecuencia que el legitimario pierda la garantía o protección de su derecho.

Por lo tanto, la mención de la legítima impide el juego de la fe pública registral y la adquisición definitiva por parte de los terceros adquirentes de los bienes hereditarios[33]. En este sentido, la mención, que ya dijimos que técnicamente no es tal, funciona como una anotación preventiva y actúa igual que esta, enervando la fe pública registral. Esto viene avalado igualmente por el artículo 84 RH cuando afirma que «Los derechos de los legitimarios no perjudicarán a terceros que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios, sino cuando tales derechos consten previamente por mención, nota marginal o anotación preventiva no cancelada, y en los términos resultantes de las mismas». Además, con lo dispuesto en este artículo 84 RH se incide en la eficacia general del Registro, en cuanto a la inoponibilidad de lo no inscrito recogida en el artículo 32 LH. Si la mención no consta, el derecho a la legítima sobre los bienes hereditarios no es oponible[34].

La consecuencia de la constancia registral de la mención de la legítima supone, en definitiva y como sostiene RAGEL SÄNCHEZ, que «los terceros hipotecarios tendrán derecho a desconocer las legítimas cuando no consten mencionadas en el Registro de la Propiedad en el momento de inscripción de sus adquisiciones onerosas. Cuando esas legítimas hayan accedido al registro con antelación a la inscripción de esas adquisiciones onerosas ya no podrá hablarse de tercero hi-

potecario, pues ese adquirente no podrá desconocer esas cargas que ya aparecen reflejadas en los folios registrales[35]». Y continúa este autor diciendo que así fue cómo se pronunció la RDGRN de 8 de febrero de 1962, «al considerar que puede inscribirse la adjudicación de una finca a favor de unos legitimarios, pero con la mención legitimaria respecto de los demás legitimarios».

Pero, aunque esta sea su eficacia principal, la mención de la legítima en el Registro también produce efectos entre el heredero y los legitimarios, a pesar de la dicción del artículo 84 RH. Estos efectos son los que se previenen en el propio artículo 15, de forma que durante los primeros 5 años de la constancia de la mención, esta supone que todos los bienes hereditarios están «solidariamente afectos al pago de la legítima»*;* transcurridos 5 años desde la fecha de la mención: a) si no se hubiera fijado el importe de la legítima ni señalado los bienes sobre los que se debe hacer efectiva, la afección solidaria se extenderá hasta los 20 años del fallecimiento del causante. Lo mismo ocurrirá si se hubiese señalado solo una cuantía de la legítima sin asignación de bienes; b) Por el contrario, si se hubiesen concretado los bienes exactos sobre los que debe hacerse efectiva la legítima, solo podrá hacerse efectiva sobre ellos, liberando al resto.

Por último, el heredero, y a pesar de la mención legitimaria, va a poder, sin necesidad de autorización alguna, «cancelar hipotecas, redimir censos, cobrar precios aplazados, retrovender y, en general, extinguir otros derechos análogos de cuantía determinada o determinable aritméticamente, que formen parte de la herencia, siempre que el importe así obtenido o la cantidad cierta o parte alícuota del mismo que conste en el Registro como responsabilidad especial por legítimas, afectante al derecho extinguido, se invierta en valores del Estado, que se depositarán, con intervención del notario, en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas» (art. 15. 6 LH).

En definitiva, la mención de la legítima del artículo 15 LH actúa como una carga o gravamen que afecta a todos los bienes hereditarios de forma solidaria, pero que no impide su disposición, aunque el tercero adquirente de esos bienes se va a ver afectado por tal legítima, impidiéndole alegar la fe pública registral, para justificar la adquisición definitiva y libre de sus bienes.

Estos son efectos propios de una carga real y ello unido al entorno histórico en el que surgió este artículo y teniendo en cuenta que el supuesto propio de aplicación del artículo 15 LH se da cuando la legítima es parte del valor de los bienes hereditarios, nos lleva a la conclusión de que la mención de la legítima en el Registro tiene sentido solo cuando esta se entiende como una carga, afección, hipoteca tácita sobre el conjunto de bienes hereditarios, que asegura el pago en metálico, el crédito del legitimario frente al heredero. Legítima *pars valoris bonorum* y tal y como la entendía ROCA SASTRE.

IV. CONCLUSIONES

I. La inscripción de la legítima en el Registro de la Propiedad es necesaria para que el legitimario pueda hacer valer su derecho sobre la herencia, de cara a que sea respetado no ya solo por el heredero (en caso de ser distinto de aquel), sino sobre todo por los terceros adquirentes de los bienes hereditarios que deben conocer la existencia de aquella (oponibilidad *erga omnes*).

II. Pero, cómo llegue al Registro, dependerá de la naturaleza que tenga la legítima en cada caso concreto. La constancia registral de la legítima variará según la naturaleza que otorguemos a aquella.

III. En consecuencia, si la legítima es *pars bonorum* y por tanto el legitimario es un condueño de los bienes hereditarios (aunque no sea heredero), o es *pars hereditatis*, considerando al legitimario como heredero, el legitimario, bien por ser co-titular de los bienes (*pars bonorum)*, ser co-heredero (*pars hereditatis*), debe aparecer en el Registro a través de las correspondientes inscripciones de su derecho real sobre los bienes inmuebles hereditarios en los que recaiga, sea un derecho de copropiedad —cuota dominical—, sea su cuota hereditaria, o sea un derecho real de afección de los bienes hereditarios.

IV. Si la legítima es *pars valoris*, es decir, un puro crédito frente al heredero y, por tanto, puede satisfacerse por cualquier título y con cualquier medio, al tratarse de un derecho de crédito y, por tanto, un derecho personal, no debe tener acceso al Registro, ya que no tiene eficacia real y oponibilidad *erga omnes* y, en lógica congruencia con lo establecido con los artículos 2 y 98 LH,

V. En este caso el legitimario no puede evitar la partición y puede ver cómo el heredero no satisface su legítima después de haber enajenado los bienes hereditarios. La posición del legitimario se debilita, y solo podría iniciar una acción de reclamación de legítima. La anotación preventiva de demanda de esta acción protegería al legitimario, evitando el juego de la fe pública registral a favor de un tercer adquirente.

VI. Cuando la legítima se conceptúa como *pars valoris bonorum* (afección de los bienes hereditarios) o, aun entendiendo de forma general la legítima como *pars bonorum*, excepcionalmente en algún caso, el legitimario no puede promover juicio de testamentaria (porque no es heredero, ni titular de determinados bienes hereditarios), ya que se le ha facultado expresamente al heredero a satisfacer su legítima en metálico o en bienes muebles que no constan en el Registro. En estos casos, al no poder el legitimario hacer constar su derecho en el Registro, puede resultar desprotegido frente a terceros adquirentes. Es entonces cuando aparece el artículo 15 LH a través de la mención de la legítima en el Registro.

VII. La mención de legítima que debe practicarse en las inscripciones de bienes hereditarios no es exactamente una mención al uso pues su eficacia es mayor que la propia de las menciones ya que recoge por primera vez la existencia del derecho legitimario — cualquiera que sea su naturaleza— no inscrito antes y que podría no inscribirse si su naturaleza no es la de un derecho real; y lo hace para impedir los efectos de la fe pública frente a los terceros adquirentes, a semejanza de una anotación preventiva.

VIII. La mención legitimaria del artículo 15 LH deberá aplicarse cuando la legítima sea una parte alícuota de la herencia, pagadera en metálico o bienes no inscribibles, fruto de una sucesión testada, de la que exista constancia y todavía no se haya pagado.

IX. En consecuencia, dicha mención solo se aplicará en aquellos casos en los que la legítima se asemeja a *pars valoris bonorum*. Actuando a modo de una afección real sobre los bienes hereditarios, que quedan afectos al pago en metálico del valor de la misma. Esto será, por tanto, de aplicación a las legítimas del derecho catalán anterior a la Ley 10/2008, de 10 julio, a las del derecho Ibiza y Formentera y a las del derecho común, cuando la legítima sea parte alícuota y deba pagarse en metálico y en bienes no inmuebles. Ese es el verdadero alcance, ámbito y sentido de la mención legitimaria, como único modo de proteger al legitimario en esos casos en los que no hay otra forma de dar publicidad a su derecho.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

- RDGRN de 17 de agosto de 1863
- RDGRN de 8 de febrero de 1962
- RDGRN de 10 de septiembre de 2004
- RDGRN de 23 de abril de 2005
- RDGRN de 11 de enero de 2006
- RDGRN de 20 de enero de 2006
- RDGRN de 27 de junio de 2006
- RDGRN de 26 de julio de 2007
- RDGRN de 25 de febrero de 2008
- RDGRN de 17 de octubre de 2008
- RDGRN de 10 de junio de 2009
- RDGRN de 13 de octubre de 2009
- RDGRN de 16 de enero de 2010
- RDGRN de 1 de febrero de 2010
- RDGRN de 20 de junio de 2011
- RDGRN de 13 de junio de 2013
- RDGRN de 3 de marzo de 2015
- RDGRN de 16 de octubre de 2015
- RDGRN de 23 de noviembre de 2016
- RDGRN de 9 de enero de 2018
- RDGRN de 25 de abril de 2018
- RDGRN de 17 de febrero de 2018

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 3 de octubre de 1974
- STS de 8 de mayo de 1989

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. (1990). Tomo I. Castalia, Madrid.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1964). Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 3.ª, vol. I, 878 y sigs.

GALINDO DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1903). *Comentarios a la Legislación hipotecaria de España*, tomo II, Madrid.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (1998). *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (2005). Comentario al artículo 15 LH, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo VII, vol. 3, artículos 1-17 LH, (Dir. Manuel Albaldejo), Edersa, Madrid, 1999, edición 2005, 733 y sigs.

IRURZUN GOICOA, D. (2015). ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres). *RCDI*, núm. 751, septiembre-octubre, 2015, 2517-2518.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid.
— (2001). *Elementos de Derecho civil, vol. III bis, Derecho Inmobiliario registral*, Dykinson, Madrid,
LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2019). La protección por la DGRN a los legitimarios en la partición hereditaria, en *Homenaje a José María Castán Álvarez. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1-39.
POAL Y JOFRESA, J. (2008). Inscripción de las legítimas. *Revista La Notaria. 150 anys: 1858-2008* / Martín Garrido Melero (aut.), Josep María Fugardo Estivill (aut.), Ángel Serrano de Nicolás (aut.), Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña), 94 y sigs.
PUIG BRUTAU, J. (1990). *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 5, vol. 1, Bosch, Madrid.
RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2019). Mención de la legítima en el registro de la propiedad por vía del artículo 15 LH. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11.
ROCA SASTRE, R.M. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*, tomo III, 7.ª edición, Bosch, Barcelona.
— (2008). *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona.
VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2011). Tema 47. Legítimas. Hipotecario Registros. Disponible en www.notariosyregistradores.com, 10.
— (2012). La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores,* núm. 188.

NOTAS

[1] LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 317.

[2] IRURZUN GOICOA, D. (2015). ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres). *RCDI*, núm. 751, septiembre-octubre, 2015, 2517-2518.

[3] IRURZUN GOICOA, D. (2015). ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres), *ob. cit.*, 2535.

[4] Define PUIG BRUTAU la legitima como «la parte alícuota del activo hereditario, resultante una vez deducidas las deudas del causante, que la ley atribuye a determinadas personas llamadas legitimarios. Su concepción cuantitativa depende del valor de los bienes que quedaren una vez hecha la indicada deducción, y ha de consistir, en definitiva, en la percepción de bienes pertenecientes o comprendidos en la herencia». En *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 5, vol. 1, Bosch, Madrid (1990).

[5] El Tribunal Supremo, no sin alguna contradicción, defiende mayoritariamente que se trata *de pars bonurum*, y en la STS de 8 de mayo de 1989 recoge las distintas tesis existentes, para decantarse por esta última. «…la doctrina científica no es unánime en esta cuestión, pues mientras unos autores, partiendo de la expresión "herederos forzosos" que utilizan los artículos 806 y 807 del Código Civil, entienden que se trata de una *pars hereditatis,* una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y pasivo, otros la consideran como una *pars bonorum*, dada la definición del artículo 806 del Código Civil, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de *pars valoris,* simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero… de la mayoritaria doctrina

científica y de la sentada en las sentencias de esa Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima y a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos».

[6] Sin embargo, se pronuncia en contra de la tesis defendida por la DGRN, de que es preciso que el legitimario participe en la partición de la herencia, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2019). La protección por la DGRN a los legitimarios en la partición hereditaria, en *Homenaje a José María Castán Álvarez. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1-39. Este autor examina de forma detallada los distintos supuestos en los que —en teoría— debe participar el legitimario en una partición hereditaria, tal y como sostiene la DGRN en varias resoluciones. Y llega a la conclusión de que en la mayoría de ellas no es precisa tal participación, aunque defienda la consideración de la legítima como *pars bonorum*. Así, considera que no debe participar el legitimario en la partición hecha por el testador, ni en la practicada por los herederos legitimarios cuando existan otros legitimarios a los que se les legó cosa especifica; ni en la partición hecha por herederos legitimarios cuando existan otros legitimarios a los que el testador dono en vida bienes; del mismo modo no se exige su presencia cuando se eleve a público un documento privado de compraventa o disposición de bienes hereditarios por los herederos, existiendo legitimarios no herederos. En todos estos casos, defiende este autor, que la partición puede hacerse perfectamente sin ellos, pues los bienes en los que se concreta la legítima no dejan lugar a dudas, y por tanto su derecho está protegido, amén de que no existe precepto alguno en el Código Civil que exija su participación en la partición; y si su legítima fuera conculcada, en vez de participar en la partición, lo que procede y siempre cuenta es con las acciones judiciales para pedir el complemento de aquella o la de reducción de aquellas disposiciones testamentarias excesivas, en su caso, previstas en los artículos 815 y 817 del Código Civil.

[7] LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, *ob. cit*., 324.

[8] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (2005). Comentario al artículo 15 LH, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo VII, vol. 3, artículos 1-17 LH, (Dir. Manuel Albaldejo), Edersa, Madrid, 1999, edición 2005, 733.

[9] POAL Y JOFRESA, J. (2008). Inscripción de las legítimas. *Revista La Notaria. 150 anys: 1858-2008* / Martín Garrido Melero (aut.), Josep María Fugardo Estivill (aut.), Ángel Serrano de Nicolás (aut.), Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña), p.94.

[10] Como dice VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2012). La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la Propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores,* núm. 188, 712: «La consecuencia será que el legitimario no tendrá más garantía respecto de terceros que la que corresponde a un acreedor ordinario. Ello originará no pocas ventajas para los herederos, pues podrán llevar a cabo las particiones con mayor simplicidad. Asimismo, permitirá una circulación más ágil de los bienes los cuales, una vez adjudicados a los herederos, pueden ser transmitidos o gravados, y ello sin los problemas que se podrían derivar de la existencia de una afección legitimaria».

[11] Artículo 451.15 CCCat:

«1. El heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de esta.

2. El legitimario puede solicitar la anotación preventiva de la demanda de reclamación de la legítima y, si procede, del suplemento en el Registro de la Propiedad.

3. Si la legítima se atribuye por medio de un legado de bienes inmuebles o de una cantidad determinada de dinero, el legitimario también puede solicitar, si procede, la anotación preventiva del legado. El legado simple de legítima no tiene a tal efecto la consideración de legado de cantidad y no da lugar, por sí mismo, a ningún asentamiento en el Registro de la Propiedad».

[12] Artículo 249.3 Ley de Derecho Civil de Galicia dispone que «Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia».

[13] Véase las opiniones DE GALLEGO DEL CAMPO y RODRÍGUEZ PARADA, citadas por VIGIL DE QUIÑONES, *ob. cit.,* 713.

[14] VIGL DE QUIÑONES OTERO, D. (2012). La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la Propiedad, *ob. cit.*, 714.

[15] Artículo 15 LH: «Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios.

La asignación de bienes concretos para pago o su afección en garantía de las legítimas, se hará constar por nota marginal.

Las referidas menciones se practicarán con los documentos en cuya virtud se inscriban los bienes a favor de los herederos, aunque en aquellos no hayan tenido intervención los legitimarios.

Las disposiciones de este artículo producirán efecto solamente respecto de los terceros protegidos por el artículo 34, no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.

Contra dichos terceros los legitimarios no podrán ejercitar otras ni más acciones que las que se deriven de las menciones referidas, a tenor de las reglas que siguen:

Durante los cinco primeros años de la fecha de la mención, quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las leyes determinen, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del Comisario, Contador-Partidor o Albacea, con facultad de partir, heredero distributario, heredero de confianza, usufructuario con facultad de señalar y pagar legítimas u otras personas con análogas facultades, nombrados por el causante en acto de última voluntad contractual o testamentaria.

Esta mención quedará sin efecto y se estará a lo dispuesto en los números segundo y tercero de la letra b) del presente artículo, si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dichas legítimas o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia.

Transcurridos los cinco primeros años de su fecha, los efectos de la mención serán los siguientes:

Cuando el causante, o por su designación, las personas expresadas en el párrafo primero del apartado a), no hubieran fijado el importe de dichas legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes determinados para el pago de las mismas, continuará surtiendo plenos efectos la mención solidaria expresada en la letra a) precedente, hasta cumplidos veinte años del fallecimiento del causante.

Cuando las mismas personas se hubieren limitado a asignar una cantidad cierta para pago de las legítimas, quedarán solidariamente sujetos a la efectividad de las mismas todos los bienes de la herencia, durante el plazo antes indicado. No obstante, si dentro de los cinco años siguientes a su constancia en el Registro de la Propiedad, los legitimarios no hubieren impugnado por insuficiente tal asignación, transcurrido que sea este plazo podrá cancelarse la mención solidaria expresada en el apartado a) siempre que justifique el heredero haber depositado suma bastante en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas en la cantidad asignada y de sus intereses de cinco años al tipo legal.

Cuando las *supra* dichas personas hubieren asignado bienes ciertos para el pago de las legítimas, o concretado la garantía de las mismas sobre bienes determinados, el legitimario solamente podrá hacer efectivos sus derechos sobre dichos bienes en la forma que disponga el correspondiente título sucesorio o acto particional.

Cuando el causante hubiere desheredado a algún legitimario o manifestado en el título sucesorio que ciertas legítimas fueron totalmente satisfechas, se entenderá que los legitimarios aludidos aceptan respecto de terceros la desheredación o las manifestaciones del causante si durante el plazo determinado en el apartado a) de este artículo no impugnaren dicha disposición.

Dentro de los plazos de vigencia de las menciones por derechos legitimarios, los herederos podrán, sin necesidad de autorización alguna, cancelar hipotecas, redimir censos, cobrar precios aplazados, retrovender y, en general, extinguir otros derechos análogos de cuantía determinada o determinable aritméticamente que formen parte de la herencia, siempre

que el importe así obtenido o la cantidad cierta o parte alícuota del mismo que conste en el Registro como responsabilidad especial por legítimas, afectante al derecho extinguido, se invierta en valores del Estado, que se depositarán, con intervención del notario, en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas.

Los depósitos a que hacen referencia el párrafo anterior y el número segundo, letra b) de este artículo, podrán ser retirados por los herederos transcurridos veinte años, a contar desde el fallecimiento del causante, siempre que no hubieren sido aceptados o reclamados por los legitimarios dentro del plazo indicado.

Las menciones reguladas en los números primero, segundo y tercero del apartado b) caducarán sin excepción cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante.

Los bienes hereditarios se inscribirán sin mención alguna de derechos legitimarios, cuando la herencia tenga ingreso en el Registro después de transcurridos veinte años desde el fallecimiento del causante».

[16] GALINDO DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA y ESCOSURA, R. (1903). *Comentarios a la Legislación hipotecaria de España*, Madrid, tomo II, 511 y sigs.

[17] Según estas ideas más antiguas, si el legitimario catalán era condómino, podía promover juicio de testamentaria, y no necesitaría la especial protección de su derecho a través de mención o hipoteca legal tácita.

[18] Esto se recogía ya en el Proyecto de Ley de 27 de mayo de 1944, que decía que el artículo 15 se aplicaba solo «en las regiones de régimen civil especial, en que se autoriza el pago de las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. (1990). Castalia, Madrid, tomo I, 40.

[19] *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, *ob. cit.,* 80-81.

[20] En este sentido, la STS de 3 de octubre de 1974 entiende que puede ser objeto de mención incluso el dominio; en esta sentencia se trataba de una mención de dominio directo sobre una finca. Igualmente, así lo considera LACRUZ BERDEJO, J.L. (2001). *Elementos de Derecho civil, vol. III bis, Derecho Inmobiliario registral*, Dykinson, Madrid, 85 y 86.

[21] Véanse resoluciones anteriores en el mismo sentido: RRDGRN de 10 de septiembre de 2004, 23 de abril de 2005, 11 y 20 de enero, y 27 de junio de 2006, 26 de julio de 2007, 17 de febrero, 10 de junio, y 13 de octubre de 2009, y 16 de enero y 1 de febrero de 2010.

[22] En este sentido, se manifiestan RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2019). Mención de la legítima en el Registro de la Propiedad por vía del artículo 15 LH. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 5: «Hay dejar claro desde el primer momento que *las alusiones a la nota marginal y a la mención no son técnicas*»; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2012). La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la Propiedad, *ob. cit.,* 712: para quien la constatación de la mención implica mucho más que eso, pues supone «una afección de los bienes de la herencia (todos), cuando se autorizaba al heredero a satisfacer en efectivo la legítima»

[23] ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2008). *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 797-798.

[24] RAGEL SANCHEZ, F. (2019). Mención de la legítima en el registro de la propiedad por vía del artículo 15 LH, *ob. cit.,* 3: «La finalidad del artículo 15 LH es salvaguardar los derechos de los legitimarios que aún tienen pendiente de percibir su legítima y no han renunciado a ella, y que no podrán ser ignorados por los herederos que inscriben ni por los sucesivos adquirentes de las fincas».

[25] Así parece entenderlo la RDGN de 23 de noviembre de 2016: como se ha señalado por este Centro Directivo y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, las afecciones legitimarias carecen de aplicación en las normativas cuya legislación atribuya a los derechos legitimarios la naturaleza jurídica de una «*pars bonorum*», como es la configurada en los artículos 806 y sigs. del Código Civil y cuya aplicación —salvo en casos excepcionales como el previsto en el artículo 1056.2 de nuestro Código, no coincidente con el aquí planteado— no permiten la aparición de las afecciones legitimarias que pudieran generar la indicada nota marginal».

[26] En este sentido se manifestaban los anteriores artículos 137 y 140 anteriores a la reforma por la Ley 8/1990, de 9 abril, de la Compilación catalana, que afirmaban: artículo 140 «todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima, salvo en lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En consecuencia, corresponderá acción real al legitimario para reclamar

la legítima, sin perjuicio de las demás acciones que le competan en cada caso»; afirmando el artículo 137 que «La legítima o su suplemento podrán pagarse en dinero o en bienes de la herencia, a elección del heredero que haya de satisfacer una u otro, siempre que a los legitimarios no les haya correspondido percibirlos por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación. Comenzado el pago en dinero o en bienes, el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial. El heredero, las personas facultadas para efectuar la partición, para distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas, podrán optar por el pago en dinero, aunque no lo haya en la herencia. De optar por el pago en bienes, si el legitimario no se conformare con los que aquel haya señalado, decidirá el juez competente, en acto de jurisdicción voluntaria».

Tras la reforma de la citada ley, se modifican estos preceptos, y el artículo 138 recoge lo siguiente.

«El heredero responderá personalmente del pago de la legítima y de su suplemento.

El derecho a la legítima no autoriza a promover el juicio de testamentaria, pero podrá el legitimario pedir que se anote preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda en que reclame la legítima o su suplemento.

En cambio, la legítima no da lugar por sí misma a ningún otro asentamiento en el mencionado Registro, a excepción de la anotación preventiva del legado, si procediere».

[27] Disposición transitoria octava, 2.ª de la Ley 10/2008: «2. Las menciones legitimarias referentes a sucesiones abiertas antes del 8 de mayo de 1990 que consten en el Registro de la Propiedad caducan de forma inmediata el día de la entrada en vigor de la presente ley».

[28] Artículo 1056 del Código Civil:

«Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

[29] Confirman esta idea: ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*, tomo III, 7.ª edición, 795: CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1964). Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 3.ª, vol. I, 878 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J.M. (1998). *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 38 (nota).

[30] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (2005). Comentario al artículo 15 LH, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *ob. cit.*, 743.

[31] Artículo 80.2 RH: «La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código Civil, y se llevarán a cabo:

a) Si se trata de adjudicación practicada por el testador, en virtud del testamento de este si la contuviere, y, en otro caso, se acompañará, además, la escritura pública en que se contenga.

b) Si se trata de adjudicación practicada por contador-partidor, en virtud del testamento del causante, de la escritura pública otorgada por aquel en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad.

En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial.

El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite».

[32] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2011). Tema 47. Legítimas. Hipotecario Registros. Disponible en www.notariosyregistradores.com, 10.

[33] Así lo consideran también RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2019). Mención de la legítima en el Registro de la Propiedad por vía del artículo 15 LH, *ob. cit.,* 5; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, tomo III, *ob. cit.,* 790; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2011). Tema 47. Legítimas. Hipotecario Registros, *ob. cit.,* 9.

[34] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (2005). Comentario al artículo 15 LH, *ob. cit.,* 750.

[35] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2019). Mención de la legítima en el Registro de la Propiedad por vía del artículo 15 LH, *ob. cit.,* 4.

1.4. Sucesiones

Libertad para testar y testamentifacción activa de las personas con discapacidad

Freedom of testament and active testamentifaction of persons with disabilities

por

FERNANDO CAROL ROSÉS
Abogado
Doctor en Derecho UNED

RESUMEN: El cambio de modelo que supone la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad se plasma en nuestro ordenamiento mediante la Ley 8/2021. Se reconoce capacidad jurídica a todas las personas, en su doble aspecto, estático (capacidad para ser titular de derechos) y dinámico (capacidad para ejercitarlos). Se pasa de un sistema de sustitución a uno de apoyos, primando la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Desaparece la incapacitación, recayendo, por tanto, previo juicio de discernimiento, exclusivamente sobre el notario la decisión y la responsabilidad acerca de si una persona goza de la aptitud necesaria para testar. El notario es la pieza clave de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a la hora de testar, posibilitando no solo la expresión de la voluntad del testador sino también la conformación de la misma, apoyándolo en el proceso de toma de decisiones, apoyos, por otra parte, que siempre ha llevado a cabo, si bien ahora con más énfasis. La autonomía, la libertad para testar, queda reforzada.

ABSTRACT: The change of model implied by the 2006 New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities is reflected in our legislation through Law 8/2021. Legal capacity is recognized for all persons, in its twofold aspect, static (capacity to hold rights) and dynamic (capacity to exercise them). It moves from a system of substitution to one of support, giving priority to the will, wishes and preferences of the person. Incapacitation disappears, with the decision and responsibility as to whether a person has the necessary capacity to testate falling exclusively on the Notary, following a judgement of discernment. The notary is the key support for the exercise of legal capacity to testate, enabling not only the expression of the testator's will but also the shaping of it, supporting the testator in the decision-making process, support which, moreover, he has always provided, albeit now with greater emphasis. Autonomy, the freedom to testament, is strengthened.

PALABRAS CLAVE: Libertad para testar. Capacidad jurídica. Persona con discapacidad. Apoyo. Notario.

KEY WORDS: Freedom to testament. Legal capacity. Person with disability. Support. Notary.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL JUICIO NOTARIAL DE DISCERNIMIENTO: 1. Requisito material. 2. Requisito formal.—III. EL APOYO NOTARIAL: 1. Apoyos para la expresión de la voluntad. 2. Expresión de la voluntad por personas con discapacidad física o sensorial y formas testamentarias específicas. 3. Apoyos para la conformación de la voluntad.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS TERRITORIALES O FORALES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el ordenamiento jurídico se adoptan ciertas medidas con el fin de garantizar que la libertad testamentaria positiva, la autonomía, pueda ser lo más plena posible a pesar de las circunstancias personales, peligros y amenazas, barreras y obstáculos que pueden existir para que una persona pueda decidir con discernimiento suficiente y libremente el destino que quiere dar a su patrimonio. Conforme con el modelo anterior, era razonable pensar que cuanto mayor fuera la libertad de testar, libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de limitaciones, más exigente se debería ser con su libertad para testar, libertad en sentido positivo, libertad como autonomía, puesto que «a mayor libertad civil corresponde mucho más rigor en la capacidad del sujeto y en su libertad de querer»[1].

A raíz de la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, merced a 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, se produce un cambio de modelo y será mejor empezar a hablar de «rigor en los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica»—consecuencia del hecho de que la capacidad jurídica no se le niega a nadie— haciendo hincapié y potenciando la autonomía de la persona con discapacidad. Se pasa de un sistema de sustitución a un sistema de apoyos —quedando reservada la tutela para los menores de edad, si bien se contempla la curatela con facultades representativas— y se reconoce la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ya no cabe utilizar el sintagma «personas incapacitadas»[2] sino el de «personas con discapacidad»[3]. Se ha suprimido la incapacitación. Sin embargo, lo anterior no obsta para que el notario pueda rehusar la autorización de un testamento si le ha resultado imposible, utilizando todos los medios, establecer comunicación con el testador o, si establecida, a su juicio el otorgante carece del discernimiento suficiente para otorgar ese testamento concreto.

De conformidad con el artículo 12.5 de la Convención de Nueva York «los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos…», lo que comprende el derecho de otorgar testamento.

No cabe duda de que la testamentifacción activa no podía escapar a los principios de la Convención, tenían que proyectarse también indefectiblemente sobre ella. Era un clamor doctrinal que tanto el artículo 663 como el artículo 665 del Código Civil, entre otros preceptos, se encontraban en clara contraposición con dichos principios.

En cualquier caso, como remarca PÉREZ GALLARDO, «hablar de la *testamenti factio* activa no es cuestión nada fácil, pues es uno de los grandes temas que convocan los maestros del Derecho de sucesiones»[4].

Examinemos la regulación vigente en lo que supone un importante paso en pro de la autonomía de la persona con discapacidad a la hora de testar, en pro de su libertad para testar.

El artículo 662 del Código Civil dispone: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente».

En consonancia con la Convención, según el nuevo artículo 663 del Código Civil: «No pueden testar:

1.º La persona menor de catorce años.

2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello».

Por lo que se refiere al número 1.º, por un lado, la edad de catorce años para testar puede ser considerada muy discutible[5] puesto que a esa edad es fácil que los niños puedan ser influidos[6], y, por otro, la realidad de las personas ancianas ha llevado a plantear que así como existe una edad antes de la cual no se puede testar, no sería descabellado fijar una edad a partir de la cual tampoco se pudiera sin ciertas cautelas[7]. Entendemos que esto último no es admisible por cuanto las personas ancianas deben seguir el mismo régimen que las demás, lo contrario supondría una discriminación por razón de edad.

Por lo que respecta al número 2.º, dejemos claro que la conformación precisa aptitud psíquica mientras que la expresión requiere aptitud física o sensorial, aunque en los dos casos haga falta la ayuda de medios o apoyos. Acerca de ambas aptitudes se tendrá que pronunciar el notario, si bien el juicio de discernimiento se realiza una vez comunicada al notario la voluntad, deseos y preferencias de la persona, es decir, al final del iter notarial[8]. Veamos.

Con arreglo al artículo 665 del Código Civil, «la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias»[9].

Por tanto, el notario tiene dos funciones: valorar la aptitud y apoyar con los medios necesarios. Es decir, lo que siempre ha hecho.

II. EL JUICIO NOTARIAL DE DISCERNIMIENTO

La valoración de la aptitud comprende un requisito material —el notario deberá asegurarse de la aptitud para otorgar testamento— y un requisito material —el notario deberá hacerlo constar en el propio testamento—.

1. Requisito material

Al notario, pues, corresponde la comprobación del discernimiento del testador, como así resulta igualmente del artículo 685.1 *in fine* del Código Civil: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»[10]. Conviene recordar que este juicio de discernimiento lo realiza el notario siempre, con independencia de que se encuentre ante una persona con discapacidad.

Como dice LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, «si el notario no logra esa comunicación con el testador, cuyo contenido es comprender y manifestar, no puede autorizar el testamento», lo que no obsta para que lograda la comunicación el notario aprecie que no puede ejercitar la capacidad jurídica[11]. Luego, el notario, si ha podido establecer dicha comunicación, lleva a cabo un juicio de discernimiento[12], en el preciso momento del otorgamiento[13], pudiéndose valer para ello de los medios que estime necesarios, si bien ya no tiene la obligación de acudir al dictamen de facultativos[14], lo que plantea alguna cuestión de Derecho transitorio[15]. No tiene la obligación (para así alejarse del modelo médico) pero puede, siempre que cuente con la aquiescencia de la persona con discapacidad[16], a diferencia del artículo 421-9.1 CCCat que se lo permite expresamente.

Por muchos medios de los que se pueda valer, la decisión acerca de la aptitud para otorgar testamento recae exclusivamente sobre el notario. Como dice ZURITA MARTÍN, «ahora queda totalmente en manos del Notario la evaluación de la aptitud mínima que debe tener una persona para otorgar válidamente testamento, entendiéndose esta como la facultad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones»[17]. Y al haber desaparecido la posibilidad de una sentencia de incapacitación o modificación judicial de la capacidad, «se ha ampliado notablemente el ámbito de la actuación notarial»[18]. Se ha ampliado el campo de actuación y se ha ampliado su responsabilidad.

Se requiere aptitud natural de entender y querer —elementos intelectual y volitivo—. Como dice DE ALFONSO, «el testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla. Estos son los momentos que son de apreciar en la testamentifacción activa, que, la mayor parte, son previos y otros, coetáneos al propio acto de testar… En cada uno de ellos interviene en una u otra forma la capacidad intelectiva y la volitiva, o el *entender* y el *querer*»[19]. Y como afirma VERDERA IZQUIERDO tienen cabida supuestos que no constituyen una enfermedad declarada pero privan del discernimiento suficiente como, por ejemplo, la persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol o las drogas[20]. Así, según la STS núm. 1063/2007, de 4 de octubre (RJ\2007\7401), FD 11.º, «la situación de no encontrase en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982)»[21]. Por tanto, la falta de aptitud para otorgar testamento no tiene por qué estar referida únicamente a una persona con discapacidad.

Enlazando con esto último, tanto desde el notariado[22] como desde la judicatura[23] se advierte que no se pueden equiparar ancianidad y discapacidad, lo que no quita que ante un testamento muy complejo se pueda considerar que el testador anciano carece de testamentifacción activa[24], puesto que como soste-

nía LACRUZ no basta con que el que dispone tenga capacidad «sino capacidad suficiente de querer y entender sus disposiciones». Este es el significado que LACRUZ dio al antiguo término «cabal»[25]. Por otro lado, nada obsta para que la falta de aptitud para entender y querer ciertas disposiciones pueda concurrir en una persona no necesariamente anciana. Un testamento puede ser muy simple o muy complejo[26]. El discernimiento necesario para testar no será el mismo en uno y otro caso. El discernimiento que se precisa será el suficiente para otorgar ese testamento concreto.

Partimos de dos principios conexos: el principio *pro capacitate* y el principio *favor testamenti*, lo que implica que la presunción de discernimiento solo se puede desvirtuar mediante prueba de carencia del mismo[27], para ser más exactos, prueba de que en el momento de testar no pudo conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello, «cuestión difícil de probar si el grado de acompañamiento que realiza el notario, los medios y apoyos utilizados están documentados»[28]. Para ello, se recomienda que en el testamento no solo figure la voluntad dispositiva del otorgante sino también sus deseos y preferencias, sentimientos o motivaciones, y habida cuenta de que el juicio de discernimiento en el testamento habrá de ser sintético, será conveniente que en un acta previa se refleje el proceso seguido ante el notario para conformar o expresar su voluntad, informes sociales, apoyos instrumentales y de otro tipo que el notario haya considerado oportunos, así también se preservará la intimidad de la persona[29].

En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que el juicio de capacidad o discernimiento que realiza el notario[30] ha venido gozando de una fuerte presunción *iuris tantum*[31]. Corresponderá la carga de la prueba al que sostenga lo contrario[32].

El Tribunal Supremo en su sentencia 436/1998, de 12 de mayo[33] *(RJ* 1998, 3570), FD 2.º.2, llevó a cabo una antología jurisprudencial acerca de la capacidad para testar y el juicio notarial de capacidad, antología que, en muchos aspectos, en otros no, se adelantó unos cuantos años a la filosofía de la Convención. Dice así:

«En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia de 27 de enero de 1998: *a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril de 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad*: 1) *la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrépito y achacoso…, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad*

si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956, pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «iuris tantum» *que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (Sentencias de 20 de febrero de 1975), cualquiera* [SIC] *que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 de marzo de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción "*iuris tantum*" (Sentencias de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario* (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) *restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 de abril de 1916* y 16 de noviembre de 1918)— *pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908)*».

2. Requisito formal

Dispone el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También hará constar [el notario] que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Y con respecto al testamento cerrado el artículo 707.4.º del Código Civil dispone: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento […] dando fe […] de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Con respecto a este último decir que el notario únicamente podrá apreciar el discernimiento del testador en el momento de extender el acta de otorgamiento y no en el en el momento de la redacción.

El artículo 167 RN establece que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el

concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

Si el notario no hace constar el juicio de capacidad en el testamento, este será nulo por defecto de forma[34], así resulta del artículo 687 del Código Civil: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo», pudiendo el notario, en caso de incumplimiento, incurrir en responsabilidad, no otra cosa es lo que resulta del artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables». Idéntica cuestión en el artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado.

El artículo 685.2 del Código Civil, refiriéndose a dos tipos de testamentos comunes nuncupativos, dispone que en los casos de los artículos 700 (testamento en inminente peligro de muerte) y 701 (testamento en caso de epidemia) «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad». Estos testamentos podrán ser otorgados por personas con discapacidad —es una exigencia de los principios de la Convención— si bien no contarán con el juicio de discernimiento del notario, con la consiguiente fuerte presunción *iuris tantum* de aptitud que comporta, ni con el apoyo institucional del mismo.

III. EL APOYO NOTARIAL

La segunda función notarial que resulta del artículo 665 del Código Civil consiste en apoyar al otorgante en el proceso de toma de decisiones, en su compresión y razonamiento, y facilitándole que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

El notario es un apoyo institucional y no hay que olvidar que el testamento es un acto personalísimo, no cabe el complemento ni la representación[35], no cabe la voluntad hipotética a la que se refiere el artículo 249.3 del Código Civil, que sí hubiese debido ser tomada en consideración de haberse mantenido la sustitución ejemplar.

Qué mejor apoyo que el que puede prestar el notario a través del testamento notarial abierto[36]. El notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio[37]— para las personas con discapacidad y vulnerables en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12. 3 y 4 de la Convención[38] y el nuevo artículo 665 del Código Civil, en la línea no solo de su condición de funcionario público[39] sino del carácter de profesional del Derecho y de *Rechtswahrer* (guardián del Derecho)[40] que le atribuye en artículo 1 RN[41], y ya que estamos hablando de libertad para testar, de libertad como autonomía, como autonomía de las personas con discapacidad, no conviene olvidar que «la *función notarial* está ante todo al servicio de la libertad civil, principio proclamado en el artículo 1 de la Constitución»[42]. No cabe duda de que la intervención y el apoyo del notario siempre han potenciado la autonomía y la libertad de la persona con discapacidad a la hora de testar. De todos modos, como apunta VALLS I XUFRÉ, «*avui, la reforma exigeix al notari un plus en aquesta funció, i és que la llei considera al notari com un veritable soport institucional, la qual cosa soposa la implicació del notari, que no és ni ha estat mai un mer espectador però que ara esdevé un veritable actor d'un procés en el qual li toca dirigir als altres actors perquè la persona amb discapacitat pugui formar i expresar la seva voluntad*»[43]. Hoy más

que nunca el notario es «el cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica»[44].

1. Apoyos para la expresión de la voluntad

El artículo 2 de la Convención de Nueva York establece que la «comunicación» «incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso», medios todos ellos que sirven para romper barreras que afectan a las personas con alguna discapacidad, ampliando los canales de exteriorización de su voluntad. Nada justifica prescindir de estas herramientas en la testamentifacción, ahora bien, habrá que ser cautos y prudentes porque como muy bien dice mi Maestra, la Profesora MORETÓN SANZ, «si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar recelos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio»[45].

En consonancia con la Convención y con el fin de posibilitar la comunicación, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha introducido un cuarto párrafo al artículo 25 LN el cual dispone que «para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, estas podrán utilizar los apoyos instrumentales y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso». Como considera LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, no obstante, si el notario dudase de su idoneidad, deberá designar uno de su confianza. No será preciso que sea perito o profesional, a diferencia de lo que disponen para los procedimientos de las personas con discapacidad los artículos 7 bis LEC y 7 bis LJV[46].

Lo anterior se confirma para el testamento notarial abierto cuando el artículo 695 del Código Civil dispone:

«El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo […] Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

Como se puede apreciar hay dos fases: la de comunicación de la última voluntad y redacción del testamento por el notario, y la de otorgamiento propiamente dicho, solo esta última requiere unidad de acto y comprende lectura, conformidad

y firma (*vid.* art. 699 CC). Ambas fases precisan de un canal de conexión testador-notario y para ello valen medios técnicos, materiales o humanos.

Como asevera MARTÍNEZ ESPÍN, «el Notario es el único destinatario de esta declaración de voluntad. No se requiere simultaneidad ni formalidad, sino que basta la comunicación de la voluntad del testador al Notario, en uno o varios actos, conjuntos o separados, simultáneos o sucesivos», aunque, como se ve, «el testador puede expresar su voluntad por medio de persona interpuesta; en este caso, deberá el Notario cerciorarse de que la redacción dada al testamento corresponde a la voluntad del testador, lo que se conseguirá con la ratificación por el testador del texto redactado»[47]. Insiste en esta última idea LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, cuando dice que «la comunicación a través de terceras personas es siempre delicada» será preciso que el «Notario llegue a la convicción moral de que ese tercero está recogiendo fielmente la voluntad del otorgante»[48].

En este punto, el Tribunal Supremo ya dio muestras de gran flexibilidad. Con esta flexibilidad se pronunció en su sentencia de 30 de noviembre de 1991[49] FD 3.º: «Es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental»; y en su sentencia núm. 1128/2004, de 24 de noviembre[50] *(RJ* 2004, 7554), FD 1.º, en un supuesto en el que la base de la pretensión se encuentra en el hecho de que en el momento de otorgar el hipotético testamento el testador «no podía hablar ni escribir», y que manifestó su conformidad al Notario mediante gestos, «le dijo que parara con la mano y volviera a leerlo. Que asentía a lo que el declarante iba leyendo», y en su FD 2.º llega a declarar que «aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un acto personalísimo, que no puede dejarse a un arbitrio de un tercero, ni a través de comisario o mandatario. Sin embargo, ello no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil. Es más, doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo —la expresión directa de voluntad del testador al notario— no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera»[51].

Esta interpretación amplia de los requisitos que se exigían en los testamentos otorgados por personas que sufren determinadas discapacidades físicas o sensoriales ya iba en la línea de los principios y finalidades de la Convención de Nueva York[52]. Únicamente quedarían excluidos de la testamentifacción los que tuvieren una absoluta imposibilidad de exteriorizar su voluntad.

«Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos» (art. 695.2 CC)[53]. Este es el único caso, amén de que lo soliciten el testador o el Notario, en el cual deberán concurrir testigos al acto de otorgamiento. La reforma ha suprimido la exigencia de testigos en el testamento abierto notarial del ciego o del que no sepa o pueda leer, y bien suprimida está[54].

Es la forma la que permite prescindir de formalidades: «La forma del testamento como garantía del testador respecto de la exactitud y permanencia de la voluntad»[55], esto es lo que importa, la exactitud y permanencia de la voluntad del testador.

Para las escrituras en general, según el artículo 193.4 RN: «Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario»[56]. Como señala MARIÑO PARDO, a la vista del artículo 695.3 del Código Civil, la cuestión es dudosa puesto que «si el testador, además de sordo, es mudo o ciego, será necesaria alguna forma de comunicación entre el notario y el testador distinta de la oral, lo que sí nos puede llevar a la necesidad de intervención de un intérprete en el lenguaje de signos o la utilización de algún medio que permita superar esa dificultad o imposibilidad de comunicación oral, sin que sea imprescindible que dicho medio sea un intérprete en la lengua de signos»[57]. Dicho autor cita jurisprudencia anterior a la reforma que ya avala esta postura sobre la base del principio *favor testamenti*, entre otras la SAP de Valencia (Sección 7.ª) núm. 291 /2018, de 25 de junio (ROJ SAP V 2563/2018) que en su FD 2.º 3, asevera que «debe primar la indiscutible soberanía de la voluntad del testador y consiguiente interpretación más favorable de las cláusulas que lo integran frente al cumplimiento de una formalidad que en el presente caso ninguna garantía de validez adicional podía otorgar al testamento, cuando como quedó demostrado en el acto del juicio el Sr. Benigno no comprendía el lenguaje de los signos, pero era completamente capaz de comunicarse, pues así lo aseveró sin ningún género de duda el notario demandado, a lo que hay que añadir, que las testigos intervinientes, conocían a D. Benigno, como también quedó puesto de manifiesto en el acto de la vista, por lo que no cabe apreciar en el acto del otorgamiento la más mínima irregularidad. La STS de 3 de septiembre de 2014 recuerda —como se ha dicho— la relevancia que la jurisprudencia otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no solo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013, núm. 827/2013), con proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones, y en este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 30 de octubre de 2012, 20 de marzo de 2013, y 28 de junio de 2013».

2. Expresión de la voluntad por parte de personas con discapacidad física o sensorial y formas testamentarias específicas

La persona que no sabe o no puede leer no podrá otorgar testamento cerrado (arts. 708.1 CC y 421-14.5 CCCat). Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el artículo 708 del Código Civil incluía al ciego entre las personas que no podían otorgar testamento cerrado. No es lo mismo ser ciego que no poder leer; una persona ciega puede leer en Braille.

Hoy, las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo (art. 708 2 CC), las cuales al hacer la presentación deberán haber expresado en la cubierta por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito que dentro de ella se encuentra su testamento, expresando el medio empleado y que está firmado por ellas (art. 709 último párrafo). Se pasa a admitir el testamento cerrado en soporte electrónico, el cual deberá ser firmado con firma electrónica reconocida (art. 706.3 CC)[58].

Tampoco podrán otorgar testamento cerrado los que no puedan expresarse verbalmente y no sepan o no puedan escribir (art. 709 CC *a contrario*). Como

sostiene REPRESA POLO, la alusión a los que no puedan expresarse verbalmente debería haberse suprimido hace años, con la aprobación de la Ley 27/2007, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas[59].

Ni que decir tiene que en el testamento cerrado el apoyo que puede prestar el notario se reduce sensiblemente.

No podrá otorgar testamento ológrafo el que no sepa o no pueda escribir de puño y letra (cfr. arts. 688 y 691 CC). En nuestro Derecho no cabe otorgar testamento ológrafo mediante caracteres Braille.

3. Apoyos para la conformación de la voluntad

Visto lo que antecede, parece que solo se hace referencia a medios humanos o técnicos para la expresión de la voluntad, encontrándose ausentes los apoyos para su conformación, no siendo menos cierto que el artículo 663 2.º del Código Civil niega la posibilidad de testar a «la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Para la expresión valen los medios técnicos, pero para la conformación pueden ser necesarios apoyos intelectuales no solo del notario sino también de aquellas otras personas (p. ej. psicólogos) que el notario considere necesarias y que puedan ayudar en el proceso de formación del consentimiento o toma de decisiones a personas con discapacidad intelectual no totalmente impeditiva, si bien existe un sector notarial que considera que, dado el carácter personalísimo del testamento, no caben otros apoyos que los que presta el propio notario y los meramente técnicos[60]. Ahí se encuentra el *quid* de la cuestión. Por otro lado, no hay que olvidar que, en principio, el testamento es mucho más apetecible para el captor de la voluntad que cualquier otro negocio jurídico, ni obviar que en muchas ocasiones es el resultado de cavilaciones y consultas a familiares y personas cercanas e incluso profesionales de confianza[61] y, por qué no, al curador asistencial o al guardador de hecho, lo que puede ser un apoyo o un riesgo, siendo esto lo que determina que el notario en el caso de testadores con discapacidad intelectual, en la medida en que son personas vulnerables, deberá ser especialmente escrupuloso para evitar la captación de la voluntad.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS TERRITORIALES O FORALES

I. Por lo que se refiere a los Derechos territoriales o forales, en Aragón, según el artículo 408.1 del Código de Derecho foral de Aragón, «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»; en Navarra, la ley 184 del Fuero Nuevo priva de la capacidad de testar a: «1) Las personas menores de catorce años. 2) Las personas que carezcan de capacidad de hecho de entender y expresar su voluntad en el momento de otorgar el testamento ni aun con medios o apoyos para ello»; en Galicia, el artículo 184.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 exige la presencia de testigos cuando «el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir»; finalmente, en Cataluña, el artículo 421-3 CCCat proclama la presunción de capacidad cuando dice que «pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo» y el artículo 421-4 dispone no pueden testar «los menores de catorce

años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento», y consecuentemente el artículo 421-9.2 preceptúa que «si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo», y si el testador no está incapacitado judicialmente «el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si precede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo» (art. 421-9.1 CCCat).

Si bien estos preceptos habrá que adaptarlos a la reforma procesal y civil introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio (salvo el Derecho navarro que ya lo ha hecho), queda claro que los Derechos territoriales o forales se encontraban y se encuentran bastante más en sintonía con la Convención de Nueva York, que lo que se encontraba el Derecho común antes de la reforma: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural, inicialmente no se le niega la capacidad a nadie. El principio de igualdad se tambaleaba: la suerte de la persona con discapacidad a la hora de testar era distinta según el territorio. En esto también hemos avanzado.

II. El CCCat en su artículo 421-8 dispone: «1. Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el notario debe aplicar lo establecido en el presente código. En cualquier caso, el notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional. El colegio profesional debe proporcionar al notario dichos medios. 2. Lo establecido por el apartado 1 se aplica también en el caso de que una persona con discapacidad sensorial actúe como testigo en el otorgamiento de un testamento notarial». El artículo 421-10 dispone: «1. En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo soliciten. 2. Concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar. No se considera que concurran circunstancias especiales por el hecho de que tenga una discapacidad sensorial». El artículo 421-14 admite el testamento cerrado escrito en braille o por otros medios técnicos, debiendo el testador firmar todas las hojas y al final del testamento y si se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida, no pudiendo otorgar testamento cerrado los que no saben o no pueden leer. La redacción vigente de estos artículos se debe a la Ley 6/2019, de 23 de octubre (DOGC núm. 7990, de 28 de octubre de 2019); es evidente que el Derecho catalán se adelantó.

III. Sin dejar el Derecho catalán, cabe mencionar que la disposición adicional de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, establece: «1.- De conformidad con lo establecido por los artículos 421-8, 421-10 y 421-14 del Código Civil de Cataluña, y a solicitud del otorgante, en el otorgamiento de testamentos y demás documentos notariales de naturaleza sucesoria, debe utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura. 2. El Colegio de Notarios de Cataluña, en el plazo de seis meses a contar desde la publicación de la presente ley en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, debe suscribir con la Generalidad, con otras administraciones y organismos públicos o con entidades sin ánimo de lucro

los convenios necesarios para estar en disposición de cumplir lo establecido en el apartado 1 de la presente disposición y el artículo 421-8 del Código Civil de Cataluña».

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, de 13 de octubre de 1990
- STS, de 30 de noviembre de 1991
- STS, 54/1998, de 27 de enero
- STS, 436/1998, de 12 de mayo
- STS, 848/1998, de 19 de septiembre
- STS, 781/2004, de 14 de julio
- STS, 1128/2004, de 24 de noviembre
- STS, 1063/2007, de 4 de octubre
- STS, 1208/2007, de 21 de noviembre
- STS, 140/2013, de 20 de marzo
- STS, 624/2013, de 28 de abril
- ATS, 6 de octubre de 2021
- SAP de Valencia, de 25 de junio de 2018
- SAP de Barcelona, de 28 de noviembre de 2019
- SAP de Badajoz, de 14 de septiembre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1973). *Estudios de Derecho notarial*, Ed. Montecorvo, Madrid.

CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Artículo 706.III, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 523 a 530.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P. (2016). Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 61.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946). *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. (2022). El notario autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI*, núm. 102, marzo-abril: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad (última consulta: 6 de octubre de 2022).

DE ALFONSO OLIVÉ, J.M.ª (1973). Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 125 a 162.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario al artículo 665, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord., Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.ª ed. octubre, 887 a 893.

ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Montserrat Pereña Vicente y María del Mar Heras Hernández, dirs. y María Núñez Núñez, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 521 a 554.

ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Artículo 697. 2.º, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 521.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. (1994). En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, dirs.), t. XXXV, vol. 1.º, EDERSA, (leyes 1 a 10 FN), 136 a 469.

GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1976). *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona.

GOMÁ LANZÓN, I. (2006). El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406 (última consulta: 7 de noviembre de 2022).

GOMÁ SALCEDO, J.E., GOMÁ LANZÓN, I., y GOMÁ LANZÓN, F. (2022). *Derecho Notarial*. Aferre, A Coruña, 3.ª ed.

GÓMEZ GARZÁS, J. (2007). El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (Dir.), Tecnos, 216 a 233.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T V. *Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Marcial Pons.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2022). La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021, *El notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021 (última consulta 8 de octubre de 2022).

MARIÑO PARDO, F.º M. (2021). Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *blog Iuris Prudente*, 5 de octubre: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html (última consulta: 9 de octubre de 2022).

— (2017). La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio: http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas?tmpl=component&print=1&layout=default&page (última consulta: 29 de octubre de 2022).

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, (2009). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi: BIB 2009\7710.

MAYNAR BARNOLAS, M. (1948). *El testamento es un absurdo*, Reus, Madrid.

MORETÓN SANZ, M.ª F. (2022). El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y Derecho foral catalán, RCDI, 794, 3314 a 3349.

— (2015). El testamento de la persona con discapacidad visual [Comunicación en el Seminario del Máster en Derecho de familia y sistemas hereditarios, UNED-IDADFE, Madrid, 15 de enero de 2015): https://canal.uned.es/serial/index/hash/962e56a8a0b0420d87272a682bfd1e53 (última consulta: 7 de noviembre de 2022)].

— (2011). La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez, *RCDI*, núm. 727, septiembre de 2011, 2857 a 2882.
— (2006). Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272: http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10906/10435 (última consulta: 14 de noviembre de 2022).
PÉREZ GALLARDO, L.B. (2020). El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?. *RCDI*, núm. 782, noviembre, 3625 a 3671.
RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, enero, 211 a 296.
REPRESA POLO, M.ª P. (2021). Comentario a los artículos 706, 708, 709 y 742, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.ª ed. octubre, 901 a 906.
TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (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*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
VALLS I XUFRÉ, J.M.ª (2022). Present a Catalunya de l'assistència com a soport a l'exercici de la capacitat jurídica per a majors d'edat, *RJC*, 1, 9 a 46.
VARELA AUTRÁN, B. (2009). *La tutela ante la Convención, Escritura Pública,* núm. 60, 68 y 69*:* http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10493.pdf (última consulta: 8 de septiembre de 2022).
VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, julio, 1635 a 1660.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid.
ZURITA MARTÍN, I. (2022). Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad, *AJI*, núm. 16 bis, junio, 3098 a 3125: https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/119.-Isabel-Zurita-pp.-3098-3125.pdf (última consulta: 25 de octubre de 2022).

NOTAS

[1] GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, dirs.), t. XXXV, vol. 1.º, EDERSA, 1994 (leyes 7 y 8 FN), 387.

[2] VARELA AUTRÁN, con carácter previo a la adaptación de nuestro ordenamiento, ya sostenía que la «situación jurídica que deriva de una actuación estatal por la que, imperativamente y en el grado que sea, se priva a una persona de esa capacidad jurídica de gobernarse por sí misma… parece resultar inaceptable a la luz de la convención» [VARELA AUTRÁN, Benigno, La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 2009, 69: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10493.pdf (última consulta: 8 de septiembre de 2022)].

[3] Como destaca MORETÓN SANZ, la discapacidad es un concepto funcional que responde a lo que el sujeto puede llevar a cabo o no, y ello entraña una noción dinámica en continua adaptación a los cambios culturales y técnicos [vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las

personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 249: http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10906/10435 (última consulta: 14 de noviembre de 2022)].

[4] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera? *RCDI*, núm. 782, noviembre de 2020, 3627.

[5] Si bien para el testamento ológrafo se requiere la mayoría de edad (art. 688 CC).

[6] *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, 44). En realidad, nuestro Código Civil es uno de los que fija una edad menor, así el Código Civil francés (art. 903) y el § 2229 BGB exigen tener 16 años (para el ológrafo el § 2247 BGB exige la mayoría de edad); el Código Civil portugués (art. 2189) exige la emancipación, que no podrá ser antes de los 16 años; el Código Civil italiano (art. 591) exige la mayoría de edad.

[7] «Tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar, si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico» (VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, julio de 2014», 1637). O, como propone GÓMEZ GARZÁS, un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previsibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico» (GÓMEZ GARZÁS, Jesús, El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 2007, 221).

[8] *Vid.* CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, El notario autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI*, núm. 102, marzo-abril de 2022: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad (última consulta: 6 de octubre de 2022).

[9] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ apunta que el precepto parece circunscribirse al testamento otorgado por personas con discapacidad con lo cual se aparta del carácter de regla general lo que es una muestra de la falta de comprensión de lo que implica la Convención, por otro lado, ha considerado que si bien según la literalidad del artículo se podría entender que las personas con discapacidad no pueden otorgar testamento ológrafo esto no sería conforme a los principios de la Convención (*vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Comentario al artículo 665, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte MARTÍN-CALERO), Aranzadi, 1.ª ed. octubre de 2021, 888 y 890. Conviene aclarar qué se entiende por persona con discapacidad a estos efectos, pues bien, vista la nueva redacción de la DA 4.ª del Código Civil «toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica», y los apoyos los precisarán las personas con insuficiencia o ausencia de voluntad (*vid.* art. 249 CC).

[10] Redactado por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dando un carácter más imperativo a la labor del notario —sustituyendo «procurarán» por «deberá»— puesto que la anterior redacción disponía que «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

[11] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021», *El notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021 (última consulta 8 de octubre de 2022).

[12] En el informe presentado en el año 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas, la relatora especial Catalina DAVANDAS, se refirió a los notarios como autoridad a los fines del artículo 12 de la Convención y agregaría: En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el comité de seguimiento de la Convención,

en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás [Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, 1: https://notin.es/wp-content/uploads/2021/10/Circular_3-2021_de_la_CP.pdf (última consulta: 15 de septiembre de 2022)].

También la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad de la UINL: «El Notario no realiza un juicio médico: lo "determinante" no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando […] en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo» [*Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad. El notario como apoyo institucional y autoridad pública, Comisión de Derechos Humanos*. Unión Internacional del Notariado. 23 de julio de 2020. 44: https://www.yumpu.com/es/document/read/63712698/guia-notarial-de-buenas-practicas-cndh-2020 (última consulta: 15.09.2022)].

[13] Como así resulta, entre otras, de la SAP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 819/2019, de 28 de noviembre *(JUR* 2019, 335372) cuando en su FD 3.º ha dicho que «su capacidad será valorada en el momento de emitirla por el Notario actuante». No otra cosa se desprende del artículo 666 del Código Civil.

[14] Faltando a la coherencia se ha mantenido la redacción del artículo 698.2 del Código Civil. También otros artículos se tendrían que haber modificado para ponerlos en consonancia con los principios y con la terminología de la reforma como, por ejemplo, el artículo 664 del Código Civil.

[15] Si la sentencia de modificación de capacidad anterior a la reforma contuviera la prohibición absoluta de testar, esta no deberá ser tenida en cuenta, pero si no la contuviera o si ordenara la intervención de facultativos, si el testamento se hubiere otorgado con arreglo a la antigua redacción del artículo 665 del Código Civil y la sucesión se abriera estando esa redacción vigente, a ella se tendría que sujetar, pero si la sucesión se abre vigente la nueva redacción es defendible la aplicación del precepto reformado sobre la base de la DT 3.ª del Código Civil como disposición más favorable [*vid.* MARIÑO PARDO, Francisco, «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado», *blog Iuris Prudente*, 5 de octubre de 2021: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html (última consulta: 9 de octubre de 2022)].

[16] *Vid.* ZURITA MARTÍN, Isabel, Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad, *AJI*, núm. 16 bis, junio de 2022, 3109: https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/119.-Isabel-Zurita-pp.-3098-3125.pdf (última consulta: 25.10.2022).

[17] ZURITA MARTÍN, Isabel, *ibidem*.

[18] ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Montserrat Pereña Vicente y María del Mar Heras Hernández, dirs., y María Núñez Núñez, coord.), tirant lo blanch, Valencia, 2022, 537).

[19] DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María, Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3/1973, 130 y sigs.

[20] *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada…, *cit.,* 1648.

[21] Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio SEIJAS QUINTANA.

[22] En el bien entendido de que no se puede equiparar vejez a senilidad ni anciano a persona con discapacidad: es insuficiente para establecer la incapacidad la simple edad senil —que no es lo mismo que la demencia senil—, los padecimientos físicos, la enfermedad neurasténica o las extravagancias, el hecho de recibir tratamiento psiquiátrico por depresión, ansiedad o fobias, si no son estas muy agudas, que sí son motivos en cambio para determinar la incapacidad las psicosis, la esquizofrenia, la demencia senil, la arteriosclerosis aguda o el mal de Alzheimer, [GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto de 2006: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406 (última consulta: 7 de noviembre de 2022), 1)], lo que no quita que las circunstancias que rodean a las personas mayores puedan condicionar la conformación de su voluntad. Aunque hay que dejar sentada una cosa: «los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares» (RAMS ALBESA, Joaquín, Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 259).

[23] «Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrépito y achacoso…, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918)» [STS núm. 54/1998, de 27 de enero (RJ\1998\394), FD 2.º].

[24] La STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, nos dice que «el Notario deberá asegurarse de la capacidad […] y que, necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido».

[25] LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T V. *Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, 161.

[26] Ni que decir tiene que el notario tendrá que llevar a cabo una lectura explicativa, en términos comprensibles, y repetirla cuantas veces sea necesario [vid. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 57)].

[27] El ATS de 6 de octubre de 2021, da a entender la continuidad de la doctrina jurisprudencial previa sobre prueba suficiente y concluyente para desvirtuar el juicio notarial siguiendo criterios de «probabilidad cualificada», que en ocasiones la Sala llama pruebas «cumplidas o suficientes», y no de «seguridad o certeza absoluta» (FD 2.º).

[28] CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, El notario autoridad y apoyo institucional…, *cit*.

[29] *Vid.* Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, 4.

[30] El notario emite un juicio, no una declaración de verdad. «El Tribunal Supremo ha declarado que la fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea» (ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho notarial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, 76). Se trata de una obligación de medios, y «siendo la actividad diligente el único objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo

que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, 297).

[31] La STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, dice que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación [sic], si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción «iuris de iure», sino «iuris tantum», que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto». La STS núm. 1208/2007, de 21 de noviembre, FD 2.º, califica la aseveración notarial de «enérgica presunción iuris tantum». Esta doctrina de la Sala se ve reiterada por la STS núm. 20/2015, de 22 de enero, FD 5.º, cuando declara que «la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre». El notario, aunque tenga experiencia, no es un facultativo y puede errar en este juicio de discernimiento. Claro está, por tanto, que este juicio podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Se trata de un *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de discernimiento de la que goza toda persona.

[32] STS de 13 de octubre de 1990, FD 3.º, entre otras.

[33] Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[34] De todos modos la jurisprudencia es flexible en cuanto a las formalidades en aras del principio *favor testamenti*, así la STS núm. 140/2013, de 20 de marzo, FD 2.º.6, sostiene: «En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo» al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello» (El auto de 18 de febrero de 2015 que declara nula esta sentencia establece que no resulta afectada la doctrina jurisprudencial contenida en sus fundamentos de derecho).

[35] Salvo el caso de la sustitución pupilar.

[36] Así, la STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, subraya que «ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». La intervención notarial dota al testamento de una serie de garantías, propias del notariado latino —y que no ofrece el notariado sajón—, como así resulta del artículo 1 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 que considera a los notarios profesionales del Derecho y funcionarios públicos: «como profesionales del Derecho los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

[37] El prestigio del Notariado español —y por extensión de todo el notariado latino— queda patente en estas palabras del Maestro CASTÁN: «el Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano» (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, 1946, 143). Mucho antes, el mismo CASTÁN, en la STS de 29 de diciembre de 1927 [Boletín Jurídico-Administrativo (Alcubilla), Anuario de 1929, 842 a 844] —de la cual fue ponente—, en su considerando tercero, ya había dicho que «el Notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el Consejo prudente de los individuos y de las familias». También quien fuera decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, MAYNAR BARNOLAS: «Los Notarios actuales tampoco son lo que fueron antes; de leguleyos se hicieron jurisperitos y trocaron su egoísmo por el dinero —que ya no necesitan, porque se sienten bien retribuidos— en noble orgullo por su reputación, como sustituyeron la pluma de ave por la estilográfica» (MAYNAR BARNOLAS, Manuel, *El testamento es un absurdo*, Reus, 1948, 102). Y resaltando su papel en lo que hoy se denomina seguridad jurídica preventiva, Joaquín COSTA ya dijo que a notaría abierta, juzgado cerrado (vid. GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona, 1976, 67).

[38] Claramente lo reconoció la SAP de Badajoz (Sección 2.ª) núm. 632/2020, de 14 de septiembre, en su FD 5.º cuando dijo que «la privación anticipada de la facultad de testar es incompatible con la Convención de Nueva York. Como ya ha apuntado la doctrina científica, el notario es quien garantiza el cumplimiento del artículo 12 de la Convención. Desempeña perfectamente el papel de ayudante o asistente de los testadores que presentan dificultades de comprensión. Será quien, en último caso, tras ponderar todos los factores concurrentes y con los auxilios preceptivos, evaluará la capacidad del compareciente y accederá o no al otorgamiento del testamento. Y es que, para apreciar la capacidad del testador, solo cuenta su estado al tiempo de testar (art. 666 CC)».

[39] El artículo 17 bis, 2 a) de la LN dispone que «el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes», texto que reproduce el artículo 145.1 RN.

[40] Como declara PÉREZ GALLARDO, añadiendo que la función del notario, entre otras, consiste no solo en asesorar, informar y «esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad testamentaria» sino también en «velar por que la manifestación de voluntad testamentaria se externalice libre de todo vicio. El testamento debe expresar la libre voluntad del testador» (PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad…, *cit.,* 3652).

[41] En los sistemas anglosajones se ha llegado a proponer la importación de la figura del Notariado latino para así garantizar mejor el respeto a la voluntad del testador (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *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*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 88 y sigs.).

[42] GOMÁ SALCEDO, José Enrique, GOMÁ LANZÓN, Ignacio y GOMÁ LANZÓN, Fernando, *Derecho Notarial*. Aferre, A Coruña, 2022, 25.

[43] VALLS I XUFRÉ, Josep María, Present a Catalunya de l'assistència com a soport a l'exercici de la capacitat jurídica per a majors d'edat, *RJC*, 1/2022, 30.

[44] CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, El notario autoridad y apoyo institucional…, *cit*.

[45] MORETÓN SANZ, María Fernanda, La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez, *RCDI*, núm. 727, septiembre 2011, 2880. *Vid.,* también El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y derecho foral catalán, *RCDI*, 792, 794, 2022, 3314 y sigs.

[46] *Vid.* LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, La comunicación en el otorgamiento notarial…, *cit*.

[47] MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, 2009: BIB 2009\7710).

[48] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, La comunicación en el otorgamiento notarial…, *cit*.

[49] Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.

[50] Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA.

[51] Una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1999 (*BVerfG*NJW, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posible que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233 BGB de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad…, cit.,* 78, nt. 111).

[52] La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, en un supuesto en el que no se trata directamente de la testamentifacción, nos refiere el caso de un tetrapléjico total que puede mover ligeramente la cabeza y los ojos, es decir, dispone de un medio de comunicación precario, pero dispone. Dice así: «Mostrándole la cuartilla plastificada al Sr. Mauricio, la enfermera dice a Don Mauricio si quiere decir algo, y puntea cada una de las letras lentamente con un bolígrafo eligiendo Don Mauricio la letra elegida haciendo un movimiento afirmativo moviendo ligeramente la cabeza y los ojos de arriba a abajo; a continuación la enfermera apunta en una libreta cual es la letra elegida, y vuelve a puntear las letras hasta que Don Mauricio elige la siguiente, vuelve a apuntar y así sucesivamente hasta que se completa lo que el Sr. Mauricio quiere decir; en este caso la frase formada es «hoy es jueves»». Pues bien, entendemos que esta persona podría testar.

[53] La firma es simplemente la forma material de plasmar la conformidad.

[54] Como acertadamente señalaba MARIÑO PARDO, «los testigos no controlan aspecto alguno de la legalidad del acto, ni deben apreciar la capacidad del otorgante o testador, ni añaden nada al valor probatorio de la fe pública notarial, funciones todas ellas reservadas en exclusiva al notario, como funcionario público que autoriza el acto conforme a las leyes […] La intervención testifical en los documentos notariales, aun en los supuestos residuales en que está prevista en la actualidad […] supone una falta de apreciación de la fe pública notarial […], no aporta ninguna ventaja efectiva a los otorgantes, causándoles reales inconvenientes». Entre estos inconvenientes: la molestia que supone encontrar los testigos, la publicidad que se da a un acto reservado, la imposibilidad de otorgamiento cuando en casos de urgencia no sea posible obtener a tiempo la intervención de los mismos, etc. [MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio de 2017: http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas?tmpl=component&print=1&layout=default&page=, 3 y sigs.(última consulta: 29 de octubre de 2022)]. En resumidas cuentas: la exigencia de testigos instrumentales, aun en el único supuesto en que imperativamente procede, es un obstáculo a la libertad para testar. Para el que no sabe o no puede firmar, según una extendida doctrina notarial, debería bastar con la imposición de la huella dactilar [*vid.* ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, Artículo 697. 2.º, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 2022, 521].

[55] *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, El testamento de la persona con discapacidad visual, [Comunicación en el Seminario del Máster en Derecho de familia y sistemas hereditarios 2015, UNED-IDADFE, Madrid, 15 de enero de 2015): https://canal.uned.es/serial/index/hash/962e56a8a0b0420d87272a682bfd1e53 (última consulta: 7 de noviembre de 2022)]. *Vid.,* también El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y derecho foral catalán, cit., 3314 y sigs.

[56] El intérprete de la lengua de signos deberá concurrir al otorgamiento (*vid.* art. 698 CC).

[57] MARIÑO PARDO, Francisco, Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *cit*.

[58] No obstante, cabe plantearse serias dudas acerca de su conservación y perdurabilidad [vid. CALAZA LÓPEZ, Alicia, Artículo 706.III, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 2022, 529 y sigs.].

[59] *Vid.* REPRESA POLO, Patricia, Comentario a los artículos 706, 708, 709 y 742, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.ª ed. octubre de 2021, 904.

[60] *Vid.* VALLS I XUFRÉ, Josep María, Present a Catalunya de l'assistència…, *cit.,* 34.

[61] *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad…, *cit.,* 3630 y sigs.

1.5. Obligaciones y contratos

La paradoja del fiador y la crisis de la persona jurídica: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 en memoria de don Federico de Castro

The guarantor paradox and the crisis of legal entities: a comment to the Ruling by the Supreme Court of 12 November 2020 in memory of don Federico de Castro

por

ANTONIO GARCÍA GARCÍA*
Abogado

RESUMEN: La STS 600/2020, de 12 de noviembre, declara extinguida la fianza relativa a un préstamo garantizado a su vez con hipoteca de primer rango. Considera que la solicitud de cancelación de dicha hipoteca instada por el acreedor tras adjudicarse el inmueble en ejecución de la hipoteca de segundo rango impidió el derecho de subrogación de los fiadores. Para llegar a esta conclusión, lleva a cabo una novedosa interpretación de la facultad subrogatoria del fiador y del artículo 1852 del Código Civil, en la que admite por primera vez la «hipoteca de propietario» en Derecho español. En el presente trabajo realizamos una crítica constructiva de esta sentencia que, a nuestro modo de ver, nos sitúa ante una paradoja. Analizamos sus fundamentos jurídicos y las razones por las cuales supone una ruptura con la jurisprudencia previa en la materia. Por último, exponemos por qué, en nuestra opinión, esta sentencia es una manifestación de la crisis de la persona jurídica en la moderna legislación de sociedades de capital.

ABSTRACT: Ruling by the Supreme Court 600/2020, of 12 November, declares the extinction of a guarantee related to a loan secured in turn with a first-ranking mortgage. It deems that the request for cancellation of such mortgage filed by the creditor after being awarded the property by enforcing the second-ranking mortgage hindered the guarantors' subrogation right. To reach such conclusion, it performs an innovative construction of the guarantor's subrogation rights and of article 1852 of the Civil code, whereby it accepts «owner's mortgages» under Spanish law for the first time. In this paper, we carry out a constructive criticism of this Ruling which, in our view, presents us with a paradox. We analyze its merits and the reasons why it deviates from the previous case law on the matter. Lastly, we set

* Investigador en formación en el Programa de Doctorado de Derecho y Economía de la Escuela Internacional de Doctorado CEU (CEINDO) (antonio.garciagarcia@usp.ceu.es).

out why, in our opinion, this Ruling is a symptom of the crisis of legal entities in modern corporations´ law.

PALABRAS CLAVE: Fiador. Hipoteca. Consolidación. Sociedad. Persona jurídica. Abuso de derecho. Artículo 1852 del Código Civil.

KEY WORDS: Guarantor. Mortgage. Consolidation. Company. Legal entity. Abuse of rights. Article 1852 of the Civil Code.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Las paradojas en el derecho. 2. El caso de estudio. 3. El derecho del fiador a subrogarse en las garantías del acreedor y la llamada «excepción de cesión de acciones».—II. LIMINAR: SOBRE EL ESPÍRITU DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. La acción de reembolso frente al deudor principal. 2. Breve *reductio ad absurdum*.—III. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los «hechos del acreedor». 2. Sobre el ánimo defraudatorio.—IV. NATURALEZA DE LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE CARGAS: 1. Análisis jurídico-sustantivo. *A) La consolidación de derechos. B) La «hipoteca de propietario» y su inadmisibilidad en el Derecho español.* 2. Análisis jurídico-registral: *A) El artículo 76 de la Ley Hipotecaria. B) El artículo 190 del Reglamento Hipotecario. C) Antinomia y principio de especialidad.*—V. OTROS ARGUMENTOS CONTRA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL 1. Dación en pago. 2. El trato al hipotecante no deudor (o cómo la paradoja del fiador no se da a la inversa).—VI. LA PARADOJA DEL FIADOR COMO MANIFESTACIÓN DE LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA: 1. La idea de *societas* en el derecho romano. 2. El dogma del hermetismo y su ruptura en el siglo XX. 3. La crisis de la persona jurídica en el neoliberalismo. 4. La *affectio societatis*: ¿Un elemento esencial de la fianza de socio?—VII. CONCLUSIONES. —IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las paradojas en el derecho

El Diccionario de la RAE define «paradoja» como «*hecho o expresión aparentemente contrarios a la lógica*». Deriva del latín *paradoxum*, a su vez préstamo del griego *paradoxon* (inesperado, increíble, singular…). El término está formado por el prefijo *para* («junto a», «semejante a») y *doxon* («buen juicio»). Se considera paradoja a una proposición cuando no se puede determinar si es cierta o falsa, o ambas a la vez (si bien esto último no debería ser posible, en virtud del principio de no-contradicción…).

Las paradojas no se reducen al campo de las matemáticas y de la lógica. También existen en la ciencia del Derecho[1]. Quienes nos movemos en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, los concursos de acreedores, las refinanciaciones y las compras de créditos fallidos convivimos a diario con diversas paradojas. Por poner un solo ejemplo, como gustaba de apuntar nuestro maestro Abel VEIGA, la regla «*par conditio creditorum*» que propugna como principio del Derecho concursal la igualdad entre acreedores resulta paradójica a la luz del sistema

de clasificación de créditos (arts. 269 y siguientes del actual Texto Refundido de la Ley Concursal). Estos preceptos estratifican a los acreedores en clases y sub-clases, en un orden de prelación de pagos que en la práctica asegura el cobro de los créditos con privilegio especial, dificulta un poco más el cobro de los créditos con privilegio general, y hace prácticamente inviable el cobro de los créditos ordinarios y subordinados. Dicho de otro modo: el trato a los acreedores es de todo menos igual.

Sin salir del Derecho financiero, es principio comúnmente aceptado que las garantías (reales o personales) robustecen el crédito garantizado: cuanto más garantizado se encuentra un crédito, más probable es su cobro. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) 600/2020, de 12 de noviembre (en adelante, la «sentencia») nos sitúa ante una nueva paradoja, que humildemente nos disponemos a bautizar como la «*paradoja del fiador*». Y es que, cuando son varios los préstamos garantizados con hipotecas de distinto rango sobre un mismo inmueble, la existencia de fiadores que aseguren el préstamo preferente podría llegar a ¡perjudicar! la posición del acreedor, si este desea mantener la fianza en vigor.

2. El caso de estudio

La sentencia que comentamos versa sobre un préstamo concedido por una entidad bancaria a una sociedad (en adelante, la «Deudora») en el año 1999. El préstamo estaba garantizado con hipoteca de primer rango sobre una finca, y afianzado solidariamente por tres particulares (en adelante, los «Fiadores»), todos ellos socios de la Deudora o vinculados a la misma. En 2003, otra entidad (en adelante, el «Banco») se subrogó en la posición del acreedor original, y amplió y novó el préstamo. Los Fiadores aceptaron expresamente dicha ampliación y novación.

En diciembre de 2003, los Fiadores vendieron a terceros el 100% de sus participaciones en la Deudora. Mantenga el lector este dato en particular en la memoria.

En septiembre de 2009, en el marco de una refinanciación de la deuda existente, el Banco concedió un nuevo préstamo a la Deudora, que quedó garantizado con hipoteca de segundo rango sobre la misma finca. Este segundo préstamo no fue avalado por los Fiadores, pues estos no mantenían ya vínculos con la Deudora. El capital dispuesto bajo este segundo préstamo quedó depositado en una cuenta indisponible para la Deudora y pignorada a favor del Banco, al que además se facultó expresamente para aplicar los fondos al repago de la deuda anterior.

En agosto de 2010, la Deudora dejó de pagar el primer préstamo, y en diciembre del mismo año impagó el segundo préstamo.

El Banco instó la ejecución del préstamo hipotecario de segundo rango (esto es, aquel cuyo impago se había producido más tarde). En diciembre de 2011, el juzgado de primera instancia dictó decreto de adjudicación de la finca a favor del Banco por el 60% del valor de tasación (tras una subasta sin postores), y ordenó la cancelación de la hipoteca ejecutada. De la lectura de la sentencia, no está claro si el Banco se adjudicó directamente la finca, o si cedió el remate a una sociedad inmobiliaria de su grupo, que adquirió el dominio[2]. El Banco solicitó expresamente que se cancelase también la primera hipoteca, por consolidación de derechos tras la adjudicación.

Posteriormente, el Banco promovió demanda de ejecución de título no judicial (en adelante, la «ETNJ») frente a la Deudora y los Fiadores por impago del préstamo garantizado con hipoteca de primer rango. Los Fiadores interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Banco, solicitando que se declarase extinguida la fianza, así como la improcedencia de la reclamación respecto de los Fiadores y el levantamiento de todos los embargos trabados sobre sus bienes. Además, reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la ETNJ. El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró extinguida la fianza, al apreciar abuso de derecho en la actuación del Banco en perjuicio de los Fiadores[3].

Recurrida la sentencia por el Banco ante la Audiencia Provincial, esta desestimó la apelación (SAP de Córdoba 108/2018, Sección 1.ª, de 12 de febrero de 2018, Rec. 798/2017). Coincide con la sentencia de instancia en que la ejecución de la segunda hipoteca constituye abuso de derecho:

«[E]*s evidente que la actuación de la demandada, ejecutando la segunda hipoteca (que no la primera, con más cuotas impagadas) impide el eventual derecho de subrogación de los fiadores, pues las perspectivas de recobro son ilusorias por la actuación del acreedor, dada la insolvencia del deudor principal […]*».

Del mismo modo, considera justo y equitativo, con base en el artículo 1852 del Código Civil, que la fianza se extinga si, por culpa de actos del acreedor, no puede materializarse el derecho del fiador a subrogarse en todas las garantías que aquel tenía frente al deudor. La Audiencia recalca que:

«*[E]xiste una carga que obliga al acreedor a preservar plenamente el derecho de subrogación del fiador, es decir, "con extensión a todas las garantías y privilegios del crédito". En definitiva, no es aceptable jurídicamente que la conducta del acreedor haga desaparecer las garantías de la obligación objeto de fianza y si lo hace, el fiador quedará liberado*».

Finalmente, el Tribunal Supremo (en adelante, «TS») desestima el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por el Banco. La sentencia dispone:

«*[L]a cuestión nuclear que suscita el presente litigio se centra en determinar si, en las circunstancias que han concurrido en el caso, la actuación del acreedor al promover la cancelación de la hipoteca que garantizaba el primer préstamo (obligación afianzada por los demandantes) constituye un hecho, calificable como abuso de derecho, imputable a aquel que, mediante un nexo causal directo (relación de causa-efecto), ha impedido que los fiadores se hubiesen podido subrogar, previo pago de la obligación, en la hipoteca cancelada, con objeto de obtener el resarcimiento de la pérdida patrimonial causada por el pago (que posteriormente se les reclamó en vía ejecutiva) mediante la ejecución de la hipoteca […] De lo anterior se deriva la existencia de una carga que incumbe al acreedor de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos, es decir, con extensión a todas las garantías y privilegios del crédito (manteniendo la relación entre débito y responsabilidad como existía en el momento de constituir la fianza). Este es el deber cuyo cumplimiento se tutela mediante la norma contenida en el artículo 1852 del Código Civil, que constituye una suerte de sanción por el incumplimiento de tal carga. Pesa, pues, sobre el acreedor, un deber jurídico de diligencia*».

Sostiene el Tribunal Supremo que nuestro ordenamiento protege estos derechos del fiador incluso *in fieri*, cuando estos son inciertos o están en su fase de formación, en la cual existe un hecho adquisitivo comenzado (la subrogación del fiador en la hipoteca):

«*[E]n el periodo de incertidumbre, la situación de pendencia ya es reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico mediante ciertas garantías de aquella expectativa. En el caso concreto que ahora analizamos, la garantía prevista por el ordenamiento consiste en la imposición al acreedor de la carga, el deber jurídico, de actuar diligentemente en la conservación de las garantías y privilegios de su crédito para no malograr la futura subrogación, lo que comporta un correlativo derecho a favor del fiador, consistente en poder reclamar la liberación de su obligación fideiusoria en caso de contravención de aquel deber*».

En los apartados siguientes, nos disponemos a realizar, en la medida de nuestras posibilidades, un comentario crítico de la sentencia, siempre desde el máximo respeto al Alto Tribunal. En primer lugar, haremos un breve excurso acerca del espíritu del artículo 1852 del Código Civil y por qué la sentencia nos sitúa ante una paradoja (la paradoja del fiador) que puede hacer que deudor y fiador se beneficien de un enriquecimiento injustificado. A continuación, repasaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1852, indicando por qué la sentencia supone una ruptura con la línea mantenida hasta fechas recientes. Seguidamente, analizaremos la fundamentación jurídica del fallo, desde una doble óptica: primero, la del Derecho civil sustantivo, y luego, la del Derecho registral. Finalmente, veremos cómo la paradoja del fiador entronca en última instancia con la crisis de la persona jurídica que ya anunció el profesor DE CASTRO a mediados del siglo pasado, y que las dinámicas propias del *Derecho mercantil del neocapitalismo*[4] han contribuido a exacerbar.

3. El derecho del fiador a subrogarse en las garantías del acreedor y la llamada «excepción de cesión de acciones»

Antes de entrar en materia, es preceptivo recordar las premisas básicas sobre las que se asienta el derecho del fiador a subrogarse en las garantías del acreedor si paga todo o parte de la deuda principal[5].

El artículo 1838 del Código Civil consagra la facultad del fiador de repetir contra el deudor principal (acción de reembolso):

«*El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este. La indemnización comprende: 1. La cantidad total de la deuda; 2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3. Los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4. Los daños y perjuicios, cuando procedan.*

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor».

Por su parte, el artículo 1839 del Código Civil prevé la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor frente al deudor (acción subrogatoria):

«*El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado*».

La jurisprudencia ha declarado que la acción de reembolso contra el deudor y la acción subrogatoria son distintas, de ejercicio alternativo (no cumulativo), a elección del fiador (por todas, cfr. STS 761/2015, de 30 de diciembre), si bien esta *tesis dualista* no es pacífica en la doctrina. Siguiendo a CASTILLA BAREA[6], para un grupo de autores cada vez más nutrido, los artículos 1838 y 1839 solo prevén una acción: la de reembolso, a cuyo servicio se pone la subrogación del fiador en los derechos que acompañan al crédito. Así, la subrogación es complemento del derecho que nace en cabeza del propio fiador por efecto del pago. Coincido con esta tesis monista, ya que, entre otras razones, la dualidad de acciones suscita problemas importantes de articulación procesal, como señala el profesor CARRASCO[7].

El derecho de reembolso del fiador no se limita a la cantidad satisfecha en lugar del deudor, sino que se extiende además a los intereses[8], a los gastos ocasionados al fiador como consecuencia del pago[9] y a «*los daños y perjuicios, cuando procedan*», por lo que el fiador ostenta una mejor posición que cualquier otro tercero que pague por cuenta ajena conforme al artículo 1158 del Código Civil.

Según CASTILLA BAREA (*op. cit.*), la subrogación en el derecho real de hipoteca solo tiene lugar si los Fiadores pagan la totalidad de la deuda reclamada. En caso de pago parcial, la subrogación en el crédito también es parcial, aplicándose la norma del artículo 1213 del Código Civil. Esta situación de parciariedad no puede extenderse a las garantías reales, por ser estas indivisibles, de modo que el fiador no puede subrogarse en la hipoteca si paga solo parte de la deuda.

La finalidad del artículo 1852 es, por tanto, garantizar que el fiador puede ejercitar la acción de reembolso en su dimensión subrogatoria:

«*Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo*».

Tradicionalmente, esta forma de extinción de la fianza se ha denominado *excepción de cesión de acciones*[10].

Citando a GARCÍA GOYENA, «*por ser la subrogación de Derecho, si no puede realizarse por el hecho o culpa del acreedor, no debe a este ser permitido perseguir al fiador: la regla de derecho es que a cada cual daña su culpa y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición*»[11]. CASTILLA BAREA señala que «*la finalidad* [del artículo 1852 CC] *es proteger la subrogación que, a tenor del artículo 1839 del Código Civil, se produce de pleno derecho en el pago del garante, por lo que puede considerarse como una consecuencia de la misma, lo que supone la posibilidad de que el fiador ejercite efectivamente la vía de regreso*»[12].

En la Sentencia, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 1852 como una suerte de responsabilidad objetiva del acreedor por la conservación de las garantías. Para que opere la sanción prevista en dicho artículo (i.e., la extinción de la fianza) no exige que la conducta del acreedor *haya buscado deliberadamente* causar un perjuicio al fiador, pues el artículo 1852 no supone, según el Tribunal Supremo, un juicio de ilicitud o antijuridicidad.

II. LIMINAR: SOBRE EL ESPÍRITU DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL

1. La acción de reembolso frente al deudor principal

Para el TS, la *cuestión nuclear* (sic) es si la solicitud de cancelación de cargas por el acreedor supone un hecho imputable a aquel que impide el derecho de subrogación del fiador.

GUILARTE ZAPATERO en sus comentarios al artículo 1852 del Código Civil, señala:

«*Respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por las posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquella, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación*". […] *La extinción de la fianza debe producirse también cuando, con intervención del acreedor, tiene lugar la pérdida o desaparición de bienes o elementos del patrimonio del deudor, que configuraban su activo y su capacidad para responder y, consecuentemente, esta desaparece*»[13].

Como vemos, este autor habla de la capacidad *del deudor* para responder frente al fiador. Por su parte, CASTILLA BAREA (*op. cit.*) habla del deber de conservar los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor sobre *el patrimonio del deudor*. A juicio de esta autora, la finalidad del artículo 1852 es que el patrimonio del deudor «*no le sea fraudulentamente escamoteado*» al fiador. En el mismo sentido, para LACRUZ BERDEJO, el artículo 1852 busca evitar que el fiador sea privado de medios útiles *para hacerse pagar por el deudor*[14]. También para CARRASCO (*op. cit.*, p. 203) «*el artículo 1852 del Código Civil se aplica a supuestos en que el perjuicio [afecta] a la posibilidad económica de ejercer con éxito una acción de regreso contra el deudor*».

Es decir, el deber de conservación que el artículo 1852 impone al acreedor se refiere al patrimonio *del deudor*. La solicitud de cancelación de la primera hipoteca es posterior a la adjudicación del bien hipotecado (y, por tanto, posterior a que este saliese de la esfera patrimonial del deudor para integrarse en la del acreedor). No sería razonable que la ley impusiera al acreedor un deber de conservación sobre bienes de su propio patrimonio para que el fiador pueda cobrarse con ellos la misma cantidad que acaba de pagarle.

La acción de reembolso que el Código Civil brinda al fiador es exclusivamente frente al deudor principal, y frente a nadie más (mucho menos, por lógica, frente al propio acreedor). La propia sentencia parece admitir esto cuando en su fundamento jurídico sexto afirma:

«*[E]l fiador que paga se convierte por este hecho en acreedor del deudor principal, a fin de evitar, como señala la doctrina más autorizada, un injustificado enriquecimiento del deudor*».

Sin perjuicio de que posteriormente nos detengamos en el análisis jurídico de la solicitud de cancelación de cargas, bajo nuestro punto de vista, falta la premisa básica para aplicar el artículo 1852, puesto que, cuando se produjo la solicitud, el inmueble ya no pertenecía al deudor.

2. Breve *reductio ad absurdum*

El Tribunal Supremo concluye que el Banco debió mantener en vigor la hipoteca de primer rango (frente a sí mismo, como tercer poseedor) si quería preservar la garantía personal de los Fiadores.

Lo que se sigue de este razonamiento es que los Fiadores, tras pagar el primer préstamo, habrían podido subrogarse en la hipoteca, e instar la ejecución sobre la finca en reclamación de las cantidades previstas en el apartado anterior. En dicha ejecución hubieran sido codemandados la Deudora y el Banco (este último en su condición de tercer poseedor —*rectius*, titular sobrevenido de la finca—). En semejante escenario, el Banco hubiese tenido dos opciones:

a) enervar la ejecución, devolviendo a los Fiadores la cantidad reclamada por estos, o bien
b) perder la finca (que se acababa de adjudicar en pago del segundo préstamo), mediante su venta a terceros en subasta o su adjudicación a los Fiadores en pago de la cantidad reclamada.

En ambos casos, el Banco estaría devolviendo lo recibido por el primer préstamo con el pago en especie recibido por el segundo. El Banco tendría acción frente a la Deudora por la cantidad devuelta a los Fiadores[15], de escasa o nula utilidad, dada la insolvencia de aquella. A continuación, ilustraré con un ejemplo numérico (basado en un caso real) cómo la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 1852 podría llegar a afectar a un escenario propio del mercado de préstamos fallidos.

Supongamos que un fondo de inversión adquiere (a través de una sociedad constituida a tal efecto —*LoanCo*—) todo el crédito impagado que un banco español mantiene frente a una sociedad-vehículo o *SPV*[16] de un grupo promotor. LoanCo compra el crédito con un descuento del 25% sobre el saldo pendiente de pago. El crédito se estructura de la siguiente forma:

i) Préstamo 1: originado en 2005. Saldo vivo actual de 15 millones de euros. Garantía hipotecaria de primer rango sobre un suelo urbanizable en Estepona (único activo de la sociedad deudora). Valor de la finca a efectos de subasta: 40 millones.
ii) Préstamo 2: originado en 2007. Saldo vivo actual de 10 millones de euros. Garantía hipotecaria de segundo rango sobre la misma finca. Valor de subasta: 30 millones.

Valor de mercado actual del suelo (en 2022): 15 millones de euros.

El primer préstamo, además, está garantizado por otra sociedad (que a su vez es el socio único de la deudora, con idénticos administradores, y participadas en última instancia por la misma persona física). Esta fianza se configura como garantía a primer requerimiento, con renuncia expresa al beneficio de excusión. El segundo préstamo no está afianzado.

LoanCo ha pagado un total de 18,75 millones de euros (75% del saldo vivo de la deuda total) por subrogarse en la posición acreedora del banco frente a las sociedades deudora y fiadora. Su expectativa de ganancia está en (i) el valor del suelo, que espera adjudicarse en ejecución; más (ii) la cantidad que consiga recuperar de la sociedad fiadora (asumiendo que la deudora es insolvente).

Dado el menor valor de subasta previsto en la escritura de la segunda hipoteca, LoanCo opta por ejecutar esta primero (igual que el Banco en nuestro caso de estudio). Tras una subasta sin postores, cede el remate a su sociedad-vehículo española (*REOco*), la cual se adjudica la finca[17]. No existe consolidación de derechos respecto de la primera hipoteca, al ser la adjudicataria una entidad distinta de la acreedora. LoanCo no solicita la cancelación de la primera hipoteca, que, por tanto, sigue inscrita a su nombre.

Una vez adjudicado el suelo, LoanCo reclama a la fiadora la deuda bajo el primer préstamo. La fiadora paga la cantidad reclamada, y se subroga en la hipoteca de primer rango, que ejecuta en reclamación de los 10 millones recién abonados. REOco debe devolver a la fiadora esta misma cantidad para enervar la ejecución y liberar la finca.

El resultado final es el siguiente:

i) Inversor (LoanCo / REOco): pagó 18,75 millones al banco vendedor. Ha adquirido un suelo que vale 15, más 10 millones en efectivo que ha tenido que devolver. Pérdida neta: 3,75[18].
ii) Deudor / Fiador (entidades del mismo grupo): debían en total 25 millones y eran propietarias de un suelo que valía 15 millones. Han perdido el activo, pero los pagos netos realizados son cero (por compensación entre lo pagado y lo devuelto), y han quedado completamente liberadas de la deuda (asumiendo que la sociedad deudora se declara en concurso y este concluye por insuficiencia de masa). Ganancia neta: 10 millones.

Estaríamos ante un caso claro de enriquecimiento injusto, proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

En sentencia posterior (STS 363/2021, de 26 de mayo), el Alto Tribunal ha descrito el fundamento del artículo 1852 como «*una concreción del deber de buena fe, en cuanto que el acreedor no debe perjudicar la vía de regreso del fiador cuando […] la cobertura del riesgo del acreedor sea compatible con la conducta atenta a los intereses del fiador*». En un caso como el de estudio parece difícil defender que el acreedor deba situarse en la disyuntiva que acabamos de describir si quiere conservar la fianza. Citando una vez más a CASTILLA BAREA, «*en los casos en que, por su propia naturaleza, suscite dudas si la conducta del acreedor debe considerarse relevante o no a efectos del artículo 1852 del Código Civil, se ha propuesto (CARRASCO — Tratado de los Derechos… vid. pp. 197-198) una regla general, que consiste en no perder de vista que el interés del fiador no ha de anteponerse al del acreedor, de modo que se estime que este debe adoptar medidas conservativas o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, ni dejar de realizar los actos que le aseguren a él directamente su posición, puesto que en todo caso la fianza se constituye para evitar al acreedor los costes que todas estas actuaciones suponen*».

III. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los «hechos del acreedor»

Hemos expuesto cómo el Código Civil exige para la extinción de la fianza un «*hecho del acreedor*» que impida al fiador subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios que aquel tiene frente al deudor principal. Es conveniente hacer un

repaso de lo que la jurisprudencia ha entendido históricamente por «*hechos del acreedor*»[19].

La STS de 31 de marzo de 1927 hace referencia a la necesidad de un «*hecho personal y directo*» del acreedor que haga imposible que los fiadores puedan utilizar sus derechos. La STS de 7 de octubre de 1933 condiciona la liberación a que exista actividad o acción del acreedor, «*no bastando cualquier falta de diligencia o actividad*». La STS de 7 de octubre de 1942 se refiere a un caso de cooperación activa del acreedor en la situación de insolvencia de la sociedad deudora. En la STS de 10 de junio de 1966, la fiadora (esposa del deudor) quedó privada del derecho a subrogarse en la posición del acreedor pignoraticio (en una prenda sin desplazamiento sobre la industria de fabricación de calzados de los codemandados), pues el acreedor transmitió el crédito sin guardar las solemnidades para trasmitir también la garantía pignoraticia, de forma que esta desapareció, debiendo quedar liberada la fiadora, al tratarse de un acto del acreedor en su modalidad omisiva. La STS de 1 de marzo de 1983 insiste en la exigencia de actividad, acción y hechos, y considera que no basta cualquier falta de diligencia. La STS de 28 de febrero de 1985 considera que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos y añade que: «*ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal*». La más reciente STS de 26 de mayo de 2021 destaca que la condición del acreedor de persona especialmente relacionada con el deudor que determina la subordinación de su crédito y la pérdida de las garantías frente al deudor no se trata de un hecho del acreedor que releve al fiador de sus obligaciones[20].

En su sentencia 409/2002 de 8 de mayo, el Tribunal Supremo exigió «*un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación*». Declaró que no procede la liberación cuando se trata de un único préstamo garantizado a la vez con hipoteca y fianza: «*La subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su crédito, o cobra parte del mismo*». También las SSTS de 27 de octubre de 1993 y de 29 de noviembre de 1997 apreciaron que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de este, puntualizando que no se infringe el artículo 1852 aunque no se comunique la ejecución hipotecaria al fiador. En otras palabras, si en nuestro caso el Banco hubiese ejecutado la hipoteca de primer rango, habría podido continuar la ejecución frente a los Fiadores por la cantidad no cubierta, sin necesidad de mantener la hipoteca inscrita en el Registro[21, 22].

El precedente más cercano en la jurisprudencia del TS, y el más relevante para el análisis por la similitud con nuestro caso, es la STS 470/2007, de 4 de mayo. En aquella ocasión, el acreedor (Banesto) también contaba con hipoteca de primer rango sobre una finca en garantía de un préstamo titulado frente a un matrimonio, y afianzado solidariamente por otro matrimonio. La entidad bancaria promovió juicio ejecutivo por razón de otro préstamo personal (sin hipoteca) concedido a los mismos prestatarios. En el marco de dicha ejecución se produjo el embargo de la finca hipotecada, y su posterior adjudicación en subasta al acreedor. Además, ante el impago del préstamo hipotecario, el acreedor interpuso demanda ejecutiva frente al matrimonio prestatario y frente a uno de los fiadores solidarios. Este último consignó la cantidad por la que se había despachado ejecución (unos 10,2 millones de pesetas). En consecuencia, el juzgado dictó una providencia declarando la subrogación del fiador en el

crédito hipotecario. El banco entonces interesó la nulidad de la subrogación, al haberse extinguido la hipoteca por consolidación tras la adjudicación en la subasta derivada del embargo. El fiador formuló demanda reconvencional para que se le declarase retroactivamente libre de su obligación derivada de la fianza solidaria, y se condenase al banco a devolver la cantidad percibida. El juzgado estimó la demanda principal, declarando la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación y la nulidad de la subrogación. Pero también estimó la demanda reconvencional (declarando extinguida la fianza) y condenó a Banesto a devolver los 10,2 millones de pesetas, junto con los intereses legales. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia en todos sus términos. Banesto formuló recurso de casación, que el Tribunal Supremo estimó con los siguientes razonamientos:

«*La consolidación es un modo de extinguir el derecho real limitativo del dominio cuando concurren en la misma persona las titularidades del derecho real pleno —propiedad— y del derecho real limitativo, que produce la extinción de este último.* […] *Aquí BANESTO adquiere la propiedad de la finca por el auto de adjudicación de 12 de julio de 1996 y queda extinguido el derecho real de hipoteca cuya titularidad también ostentaba. Tras tal consolidación, inicia el juicio ejecutivo (3 de noviembre de 1996) en el que el fiador solidario don Francisco paga, sin poder subrogarse en el derecho real de hipoteca porque se ha extinguido el mismo y sí se subroga en el crédito contra el deudor principal.* […]

En el presente caso, la actuación del banco demandante no constituye hecho por el que el fiador no pueda quedar subrogado en el crédito. La hipoteca fue ejecutada en otro proceso — por razón de embargo— y se extinguió por consolidación. Dicha entidad bancaria era titular de dos derechos de crédito distintos, se ejecuta un embargo primero y un crédito garantizado con hipoteca después. El fiador paga el crédito y se subroga en el crédito, pero no en el derecho real de hipoteca [porque] *esta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obstativo del acreedor, sino que este, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación.* […]

[E]l hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en él la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que BANESTO, que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro (hipotecario), pero la hipoteca estaba ya extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta».

Se trata de una decisión radicalmente opuesta a la de la sentencia que comentamos. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que su jurisprudencia sobre el artículo 1852 no ha variado respecto de este precedente de 2007, ya que el supuesto fáctico es *diferente*. Con el máximo respeto, no podemos estar de acuerdo con el Tribunal: en ambos casos la primera hipoteca se había extinguido por consolidación en un procedimiento anterior, y en virtud de una relación jurídica distinta (en un caso, la ejecución de un préstamo sin garantía, y en otro, la de un préstamo hipotecario de segundo rango). Bajo el criterio aplicado en 2007, no cabe entender que estemos ante un hecho merecedor de la sanción del artículo 1852 del Código Civil.

Las diferencias que la sentencia señala respecto de la STS de 4 de mayo de 2007 para llegar a conclusiones distintas son las siguientes:

i) En nuestro caso, se ejecutó antes el préstamo cuyo impago fue posterior en el tiempo; y
ii) El segundo préstamo se había concedido para ser destinado a la cancelación del primero.

Sinceramente, no entendemos por qué la primera circunstancia es relevante. Nuestro Derecho no contiene norma alguna, procesal o sustantiva, que obligue a reclamar las deudas por su orden de impago. Tampoco creemos que tal conducta pueda entenderse derivada de la previsión general de buena fe del artículo 1258 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que nada impedía a los Fiadores hacer uso de la institución del pago por tercero (art. 1158) y pagar el 100% de lo adeudado bajo el préstamo de primer rango antes de que la ejecución se dirigiese contra ellos[23]. De este modo hubieran podido subrogarse en la hipoteca de primer rango, que habría permanecido en vigor, ya que el acreedor no se habría adjudicado el bien. En este sentido, debemos citar de nuevo a CARRASCO (*op. cit.*): «*el fiador no se libera si hubiera podido evitar el perjuicio […] interviniendo por su cuenta en el proceso en que se perdió la garantía, o ejercitando la acción de relevación o cobertura del artículo 1843*».

Ejecutar segundas hipotecas es una estrategia procesal que no solamente es lícita, sino perfectamente común. Máxime considerando la doctrina que la DGSJFP mantiene desde 2016 en relación con los valores mínimos de adjudicación para subastas sin postores[24] y que el Tribunal Supremo ha validado *obiter dicta* en su sentencia de 15 de diciembre de 2021 (si bien declara que los registradores no tienen competencia para examinar el valor de adjudicación fijado en el decreto)[25]. A la fecha en que se escriben estas líneas (octubre de 2022), el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia prevé una reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC») para reflejar dicho criterio (esto es, que el valor de adjudicación no pueda ser inferior a determinados porcentajes del valor de subasta, de forma que, si la deuda total es inferior, el acreedor debería cubrir la diferencia en efectivo). Es lógico, por tanto, que los acreedores opten por ejecutar segundas o ulteriores hipotecas, ya que estas con frecuencia reflejan valores de subasta más bajos, al descontar el importe de las cargas precedentes.

En cuanto a la segunda cuestión, este tipo de fórmulas son habituales en las operaciones de reestructuración de deuda. Responden a necesidades contables de las entidades financieras, que evitan así clasificar el primer préstamo como en situación de mora, con la consecuente dotación por pérdidas. Más allá de esto, es una entelequia pensar que el acreedor puede aplicar unos fondos concedidos por él mismo para repagar una deuda anterior, de la que es también acreedor. La Deudora debía la cantidad total prestada (esto es, la suma del dinero concedido inicialmente más el importe concedido con posterioridad, que quedó depositado en una cuenta de la que era titular la Deudora). Si el Banco efectivamente hubiese destinado el segundo préstamo a cancelar el préstamo precedente, habría cancelado todas las garantías del primer préstamo (hipoteca de primer rango y fianza), pues aquel *formalmente* quedaría extinguido y con él, sus derechos accesorios. Esto carecería de sentido, y sería contrario al espíritu de cualquier restructuración, cuyo objetivo siempre es otorgar nuevas garantías y robustecer o ratificar las existentes.

Todo esto lleva a pensar que podrían ser otros los motivos que llevaron al Tribunal Supremo a cambiar su doctrina respecto de 2007. De ello nos ocuparemos en el último apartado.

2. Sobre el ánimo defraudatorio

Fuera de la jurisprudencia del Alto Tribunal, destaca la SAP de Madrid 197/2015, de 18 de mayo: «*sostiene la apelante* [fiadora] *que la actora* [acreedor garantizado] *se allanó a la acción de rescisión planteada por la Administración Concursal y con dicho allanamiento voluntario perjudicó los derechos de los fiadores en vía de regreso. Este motivo igualmente debe decaer, puesto que la rescisión de la hipoteca no tuvo lugar por el allanamiento, sino en virtud de la sentencia recaída en el incidente concursal, instado por la Administración Concursal*» […] «*Por otra parte, la rescisión de la hipoteca no perjudica los derechos de ejercicio de la acción en vía de regreso, puesto que la hipoteca se hubiera extinguido en caso de ejecución*». Por su parte, la SAP de La Coruña 539/2006, de 15 de diciembre, declara que el hecho del acreedor que impida la subrogación del fiador: «*puede ser positivo como negativo, si bien se destaca que no bastará una simple inercia o abstención, si no va acompañada de un deber de actuar, es decir, que, si de una actividad de tal clase resulta perjuicio para las garantías existentes, entonces concurriría el supuesto de hecho de la sanción jurídica extintiva de la fianza contemplada en el meritado 1852 […]*»[26].

Como vemos, la jurisprudencia viene exigiendo un cierto grado de intencionalidad o negligencia en la conducta del acreedor, sin que baste la mera acción u omisión que conlleve un empeoramiento objetivo de la posición del fiador. Por el contrario, la sentencia que comentamos reduce la exigencia a un «*nexo causal directo (relación de causa-efecto)*» entre la conducta del Banco y la imposibilidad de los Fiadores de subrogarse en la hipoteca.

Además de la citada STS de 4 de mayo de 2007, solo tenemos constancia de un precedente verdaderamente análogo (que no idéntico) al de nuestro caso de estudio. Se trata de la SAP de Barcelona 319/2014, de 20 de junio (también se trata de dos hipotecas sobre un mismo inmueble, estando solamente la de primer rango avalada por fiadores). El Banco ejecutó directamente la fianza que garantizaba el primer préstamo, y la hipoteca de segundo rango relativa al segundo préstamo. Los fiadores opusieron la extinción de la fianza invocando el artículo 1852 del Código Civil. Alegaron que la actuación del Banco había sido fraudulenta, al postergar la ejecución hipotecaria de la deuda anterior en el tiempo (y más voluminosa) a la adjudicación del bien por el importe de la segunda deuda. En aquella ocasión, el adjudicatario de la finca había sido una sociedad íntegramente participada por el Banco, por vía de cesión de remate. La Audiencia falló a favor de la liberación de los fiadores, al apreciar indicios de fraude en la conducta del Banco, y una voluntad de perjudicar a los obligados. El Banco había cedido el remate a su filial, había cancelado la hipoteca (por renuncia abdicativa), no había reclamado al deudor el remanente bajo el segundo préstamo, y había ejecutado directamente contra el fiador por el primero. La Audiencia razona que el comportamiento procesal aparentemente normal del Banco «*deja de ser legítimo cuando no hay razón que lo justifique y sí, por el contrario, indicios de que se persigue una voluntad de perjudicar al sujeto pasivo*». Con respecto al hecho de que la segunda hipoteca no estuviese afianzada, apunta que «*no es desdeñable la tesis de la parte actora según la cual esa carencia de garantes personales fue deliberada para propiciar lo que luego iba a ocurrir, ya que es ilógico desde el punto de vista de la prudencia bancaria que* [el banco] *renunciase en mayo de 2007, cuando ya eran patentes las dificultades de los prestatarios para atender a la primera financiación, al aval personal de los señores Valentina / Florentino*».

Prosigue la Audiencia: «*Dicha inexplicada conducta solo encuentra justificación en la estrategia procesal tramada por el acreedor hipotecario encaminada a obtener un beneficio indebido a costa de perjudicar gravemente a los fiadores del siguiente modo: 1.º anteponiendo la reclamación de la deuda inferior y al amparo de la segunda proposición del artículo 671 LEC (adjudicación por lo que se debe "por todos los conceptos"),* [el Banco] *se hizo con la finca hipotecada por un valor ínfimo, de apenas el 10% del valor de tasación, cuando de haber reclamado la deuda más importante la adjudicación por esa vía habría cubierto aproximadamente el 50% del primitivo valor de tasación; 2.º consciente de las dificultades económicas del deudor principal del préstamo cuantitativamente más relevante y más antiguo, en la reclamación de esa deuda,* [el Banco] *dejó de ejercitar la correspondiente acción real obteniendo con ello la traba de bienes propiedad de los fiadores, reforzando así la presión sobre los mismos para el cumplimiento de la obligación afianzada y situándolos en una posición muy similar a la que trata justamente de precaver el artículo 1852 del Código Civil ; 3.º evitando la realización de la primera hipoteca pese a que, de haberla promovido y ante una eventual ausencia de postores en la subasta, el acreedor habría podido extinguir por completo la deuda ya que el valor de tasación se correspondía aproximadamente con la mitad del importe de esa deuda*»

En la misma línea, la STS 409/2002 (antes citada) señaló que «*el artículo 1852, en relación con el 1830, ambos del Código Civil, tratan de evitar que por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena*».

Como vemos, en ambas resoluciones resultó determinante el *animus nocendi* del acreedor respecto del fiador.

Por el contrario, la sentencia que aquí comentamos señala en su fundamento jurídico octavo:

«*Al margen de si el conjunto de tales actuaciones estaba o no predeterminado a ocasionar de forma voluntaria y consciente un perjuicio al fiador, lo que ahora no es preciso prejuzgar pues no resulta determinante a estos efectos, ya que la aplicación del artículo 1852 del Código Civil no presupone necesariamente un juicio de ilicitud o antijuridicidad de la conducta del acreedor, sino una infracción a su deber de diligencia en la conservación de la garantía […]*».

Las diferencias en la fundamentación con la jurisprudencia previa son claras: la sentencia *objetiviza* el presupuesto del artículo 1852, desligándolo de todo elemento intencional y crea una tacha de ilicitud respecto de las ejecuciones de segundas y ulteriores hipotecas y (más en concreto) respecto la subsiguiente solicitud de cancelación de la primera hipoteca. Para el TS, dicha solicitud determina la liberación de los fiadores que garantizan los préstamos hipotecarios de primer rango.

IV. NATURALEZA DE LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE CARGAS

1. Análisis jurídico-sustantivo

A) La consolidación de derechos

Como hemos adelantado, no queda claro si en nuestro caso de estudio la sociedad que adquirió la finca hipotecada fue el Banco o una sociedad filial

por vía de cesión de remate. La sentencia no parece dar importancia a este extremo (tampoco la sentencia de apelación recurrida). De manera que llevaremos a cabo nuestro análisis asumiendo que fue el propio Banco quien adquirió el bien, y concurrieron en la misma persona jurídica la doble condición de acreedor hipotecario y de titular de la finca. Partiendo de esta premisa, para analizar la naturaleza de la solicitud de cancelación por el Banco, lo primero que hemos de preguntarnos es si la consolidación opera de manera automática desde que concurren en el Banco la condición de acreedor hipotecario y de titular del bien hipotecado o si, por el contrario, se produce con la solicitud de cancelación.

El Código Civil (que se caracteriza por su regulación fragmentaria), trata la extinción por consolidación únicamente respecto del usufructo (art. 513) y la servidumbre (art. 546)[27]. En ambos casos, la extinción se produce desde el momento en que el derecho real limitado y la propiedad «*se reúnen en la misma persona*».

En el precedente de 2007 (citado *supra*) el Tribunal Supremo consideró que la extinción de la hipoteca por consolidación tiene lugar *ope legis* desde que concurren en la misma persona la condición de acreedor hipotecario y de titular del bien hipotecado. Si compartimos esta visión, es evidente que no fue la solicitud del Banco lo que extinguió la garantía. La adquisición de la propiedad se produce con la expedición del testimonio de adjudicación, por lo que este hito procesal determina la consolidación de derechos y la consecuente extinción de la hipoteca[28]. De modo que la solicitud de cancelación no puede calificarse como un hecho del acreedor a efectos del artículo 1852 pues (citando la STS 577/2002, de 14 de junio), «*el nexo causal entre hecho del acreedor e imposibilidad de subrogación es un requisito unánimemente exigido por doctrina y jurisprudencia para la liberación del fiador fundada en el artículo 1852 del Código Civil*». Al solicitar la cancelación de la carga, el Banco solamente habría interesado la constancia registral de una realidad jurídica preexistente.

La SAP de Barcelona de 20 de junio de 2014, antes citada, también parece ir en esta línea. Como avanzamos, en aquella ocasión, el acreedor utilizó una estructura similar a los esquemas LoanCo - REOco: el banco ejecutante (Ibercaja) cedió el remate a una filial inmobiliaria (IC Inmuebles), por lo que no hubo consolidación:

«*La realización judicial de la segunda hipoteca, en mayo de 2007, no produjo la extinción de la primera, ya que el adjudicatario de la finca hipotecada no fue el propio acreedor, sino un tercero, que goza de plena personalidad jurídica* [sobre este punto volveremos en el último apartado]. *La extinción de la primera hipoteca por consolidación ciertamente hubiera tenido lugar en el caso de que la adjudicación del inmueble objeto de los autos 49/2009 se hubiese realizado en favor de Ibercaja, titular de ambas hipotecas y acreedor en los dos casos; pero comoquiera que esa adjudicación se hizo finalmente […] en favor de IC Inmuebles, sociedad distinta de Ibercaja, encargada de la gestión de sus activos inmobiliarios, es indudable que no concurre la identidad entre propietario del bien y titular de la hipoteca que caracteriza la figura de la consolidación, modo específico de extinción de los derechos reales limitativos del dominio. El hecho de que la adjudicación en favor de IC Inmuebles se produjera tras una cesión por parte del acreedor no altera las cosas, puesto que el ejercicio de dicha facultad transmisiva, de la que solo goza el ejecutante acreedor (art. 647.3, segundo párrafo, LEC) acarrea que la transmisión forzosa del dominio de la finca tenga lugar directamente del hipotecante al cesionario, sin titularidad intermedia alguna en favor del adjudicatario cedente*».

Al igual que la STS de 4 de mayo de 2007, la AP de Barcelona sitúa el hecho determinante de la consolidación en la adjudicación, y aclara que, si Ibercaja se hubiese adjudicado el bien directamente en lugar de cederlo a una filial, sí se habría producido la consolidación (y con toda seguridad en ese caso la AP no habría fallado a favor de la liberación del fiador).

Con la sentencia, el Tribunal Supremo modifica su doctrina respecto del momento en que se extingue la hipoteca preferente. El «*hecho del acreedor*» que sanciona con la extinción de la fianza no es propiamente haber ejecutado la segunda hipoteca, sino haber promovido la cancelación de la hipoteca de primer rango una vez adjudicado el inmueble, mediante solicitud dirigida al juzgado.

B) La «hipoteca de propietario» y su inadmisibilidad en el Derecho español

La sentencia declara que la extinción de los derechos reales por consolidación (derivada del principio *nemine res sua servit*) «*no carece de excepciones que encuentran su fundamento en razones de protección de un interés superior*». Recurre a la figura de la «*hipoteca de propietario*» propia del Derecho germánico, la cual considera admisible en determinadas circunstancias también en nuestro ordenamiento, pese a ser este último de tradición causalista y no reconocer los negocios abstractos.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua DGRN) se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra de la admisibilidad de la hipoteca de propietario. Destaca por todas su resolución de 9 de septiembre de 2013: ante la litigiosidad planteada sobre unas fincas vendidas, la vendedora había constituido hipoteca a favor de la compradora, en garantía de la restitución de las cantidades pagadas por la compradora. La DGRN rechaza esta posibilidad con el siguiente razonamiento:

«*La inscripción de la hipoteca a favor del comprador, en garantía de las cantidades pagadas por el precio de la compraventa, impuesta sobre la propia finca comprada, generaría una hipoteca de propietario proscrita en nuestro Derecho, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo. Y no puede alegarse que no exista confusión entre acreedor y deudor sobre la base de un sometimiento a una pretendida condición suspensiva de la hipoteca, dada la indeterminación de la pretendida condición suspensiva pactada, pues aunque se manifiesta en el recurso que la finalidad es protegerse frente a los efectos derivados del ejercicio del derecho de tanteo, lo cierto es que en la escritura no se especifica la causa posible de resolución que determinaría el nacimiento de la obligación garantizada, limitándose a señalar que lo es "la resolución de la compraventa por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por el comprador"*».

El propio TS, en sentencia de 30 de enero de 1999 (en la que negó la liberación del fiador), señaló:

«*Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario, el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos. El acreedor hipotecario ostenta un especialísimo "ius disponendi" al coincidir en la misma persona la facultad desgajada (que dio nacimiento al derecho real limitado de hipoteca) y su haz totalizador de facultades sobre la cosa, el derecho limitado desaparece forzosamente,*

al ser anegado por el derecho totalizador, dada la virtualidad expansiva del dominio residual. Por razón de haberse extinguido la hipoteca es por lo que se procede a la cancelación del asiento que reflejaba la constitución de este derecho real»

En contra del criterio de la Dirección General (y de la línea previa del TS), la sentencia considera como manifestaciones de la hipoteca de propietario en España las siguientes:

i) La hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso, previstos en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH»), cuando los títulos vuelven a la entidad emisora: según la sentencia, si estos vuelven a ser transmitidos, ello revelaría que la hipoteca subsistió de alguna forma, transitoriamente, en la titularidad del propietario.

A esto hay que oponer cuanto señalara la DGRN en su resolución de 31 de julio de 2014, respecto de una hipoteca cambiaria:

«*No es admisible el argumento del registrador referente al mero aletargamiento del derecho real durante el tiempo en que coinciden la titularidad de la propiedad y la hipoteca, ni puede admitirse que el derecho real reviva cuando vuelvan a disociarse las titularidades. Accesoria como es la hipoteca en cuanto nace en garantía de una obligación, ya sea de importe determinado o máximo, con la que se transmite y extingue, no puede existir la hipoteca sin crédito o de propietario, a modo de reserva de rango, para poder ser aplicada a cualquier otro crédito distinto del inicial, de forma que, extinguida la obligación actual, su futura existencia dependa absoluta y exclusivamente de la voluntad del hipotecante […]*»

La DGRN declara igualmente que el régimen de circulación del crédito cambiario no puede impedir «*la aplicación a la hipoteca, como garantía extracambiaria, de una configuración jurídica acorde a los principios reguladores de la legislación hipotecaria. Por lo tanto, no cabe en nuestro sistema mantener la hipoteca en garantía de letras de cambio que permanecen en manos de su acreedor, por cuanto se vulneraría flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario antes expresada*». Apunta cómo, en las hipotecas cambiarias, la accesoriedad respecto del crédito garantizado «*es mucho mayor que en la hipoteca ordinaria*». Y prosigue: «*La reserva de rango que implica la llamada hipoteca de propietario ni siquiera es admisible en la hipoteca de máximo o en garantía de obligación futura, y si bien la especial configuración de las llamadas hipotecas globales o flotantes, admitidas al amparo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, implica una flexibilización mayor de los principios de accesoriedad y determinación registral, ello no puede llevarse al límite de considerarlas meras garantías desvinculadas de las obligaciones aseguradas […]*»[29].

ii) La hipoteca sobre la finca total si el acreedor hipotecario llega a ser titular de una cuota o de un piso por adquisición sobrevenida, dentro de una propiedad horizontal, en la que no se hubiese distribuido la responsabilidad hipotecaria, *ex* artículo 218 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»). Según la sentencia, existiría una hipoteca de propietario respecto dicha cuota o piso.

En nuestra opinión, el ejemplo plantea dudas, pues el acreedor que ya es titular de una cuota en un inmueble en ningún caso adquiere de nuevo la propiedad de esa cuota ideal si llega a ejecutar la hipoteca. Por lo que bien puede sostenerse que, en la práctica, la hipoteca sí se extingue respecto de dicha cuota. En todo caso, la no-cancelación de la hipoteca respecto de la cuota ideal sería, más que un argumento a favor de la hipoteca de propietario, una consecuencia del principio de indivisibilidad de la hipoteca (arts. 1860 CC y 122 LH). Nótese

que, si la responsabilidad hipotecaria estuviese distribuida, la hipoteca sobre el piso en cuestión sí se extinguiría.

iii) La herencia aceptada a beneficio de inventario, «*que, conforme a la doctrina prevalente, permite la subsistencia de todas las relaciones jurídicas pendientes entre causante y heredero (art. 1192 CC),* [aunque,] *según otra opinión, solo impide la confusión o consolidación en daño del heredero, pero no la que se produce a su favor (art. 1023.2 y 3 CC)*».

La regulación del beneficio de inventario (en adelante, «BdI») en el Código Civil es bastante escueta, siendo esta una figura de cuño eminentemente doctrinal y jurisprudencial[30]. Por su parte, el Código Civil de Cataluña (en adelante, «CCCat»), en su artículo 461-23, regula con algo más de detalle el llamado «*beneficio de separación de patrimonios*», que la legislación catalana hereda del Derecho romano:

«*1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante.*

2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas para hacerlo efectivo. […]».

La doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del BdI han pergeñado una institución muy similar a la prevista por el CCCat: el BdI es una excepción a la configuración del heredero como sucesor inmediato en todos los bienes y deudas del causante sin limitación alguna de su responsabilidad, propia de los sistemas de *continuación de la persona*[31]. Es decir, ni el BdI ni el beneficio de separación suponen excepciones al criterio *nemine res sua servit*. Bien al contrario, establecen una separación de patrimonios como protección para el heredero que no desea soportar las deudas del causante. En el caso catalán, la protección se extiende además al acreedor que no desea ver el patrimonio hereditario contaminado por el del heredero (con fundamento similar al del derecho de oposición a la fusión que la ley concede a los acreedores cuyos créditos no se encuentran suficientemente garantizados)[32]. En suma: los artículos 1192 y 1023.3.º del Código Civil no contemplan que una persona pueda mantener derechos u obligaciones frente a sí misma. El BdI mantiene *separados* ambos patrimonios: los derechos y obligaciones del causante no entran en la esfera patrimonial del heredero en tanto no se haya pagado a los acreedores conforme al orden previsto en el artículo 1028. En sus trabajos sobre el patrimonio y la persona jurídica, DE CASTRO (a quien volveremos a citar más adelante) incluye entre los «*patrimonios separados*» el patrimonio en liquidación, del que la herencia aceptada a beneficio de inventario vendría a ser un ejemplo.

Por tanto, no podemos compartir el criterio del TS: el BdI no es una excepción a la extinción por consolidación: falta la premisa básica, ya que *no hay consolidación* (no puede haberla, pues los patrimonios se mantienen separados). Una vez solicitado el BdI, el remanente obtenido solo se confunde con los bienes privativos del heredero tras la liquidación de la herencia beneficiaria y el pago a los acreedores[33].

iv) Los supuestos de cotitularidad. Según la sentencia, «*para que se produzca la consolidación es necesario que todos los cotitulares adquieran la posición con-*

traria o viceversa que se adquiera el derecho que pertenecía a todos los cotitulares». Cita como ejemplos aquellos casos en que solo uno de los condóminos adquiere el usufructo, o cuando el acreedor hipotecario adquiere por compra a pacto de retro la finca hipotecada durante la vigencia de este.

En lo que respecta al usufructo, la STS 496/2006, de 19 de mayo, explica este fenómeno al hilo de la no extinción por consolidación de un arrendamiento por la compra realizada por los arrendatarios respecto de la mitad indivisa del edificio correspondiente a los locales arrendados: «*Para explicar la naturaleza de la comunidad, la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de la "propiedad plurima total" (S. 28 mayo 1986), que se sintetiza en el reconocimiento a cada cotitular de un derecho de propiedad plena sobre la cosa, limitado por los derechos iguales de los demás […]. Es perfectamente posible la concurrencia de una cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad de un derecho de disfrute o uso privativo sobre alguna de sus partes cuando este derecho está fundado en un título válido e idóneo al efecto, y por ello la adquisición de la mitad indivisa del edificio no supuso la extinción del contrato de arrendamiento de la planta baja y piso primero izquierda*». Esta pervivencia del derecho real limitado no se explica por una excepción a la consolidación de derechos, sino más bien por el funcionamiento de la cotitularidad indivisa de inmuebles. Mientras no se produzca la división horizontal (en la que nacen nuevas fincas registrales que se corresponden con determinados espacios físicos), las cuotas ideales del edificio no *equivalen* a los locales del bajo, o del piso primero: como su nombre indica, son porciones *ideales* de una única finca, sobre la que se erige el edificio. El arrendador es la comunidad de bienes, y lo arrendado, un determinado espacio físico, cuyo titular sigue siendo la comunidad. Por tanto, pese a la adquisición por el arrendatario de la cuota ideal, no concurre en la misma persona la posición de arrendatario y arrendador (o de nudo propietario y usufructuario en el ejemplo de la sentencia), y por tanto no se da el presupuesto necesario de la consolidación.

En cuanto al acreedor hipotecario que adquiere el bien *pendente conditione*, o sujeto a un derecho real de comiso en garantía del pago del precio aplazado[34]: se trata de un caso de laboratorio, extremadamente improbable en la práctica, ya que no es habitual que un acreedor hipotecario esté interesado en adquirir la finca hipotecada con un pacto de retro (salvo error, no nos consta ningún precedente, ni tampoco sentencias o artículos que analicen dicho supuesto, por lo que no me parece claro que la hipoteca no se extinguiese en una situación así). Pero, incluso si aceptásemos que la hipoteca sobrevive a la adquisición por el acreedor mientras se dilucida si se cumple o no el supuesto desencadenante de la retroventa (o del ejercicio del derecho de comiso), no estaríamos ante una «*hipoteca de propietario*»: la hipoteca no podría garantizar otra obligación diferente de la que ya garantiza, de modo que dicho puesto no podría ser cedido a ningún otro acreedor (como sucedería si admitimos que el artículo 1852 mantiene viva la hipoteca del acreedor para que el fiador pueda subrogarse en ella por la cantidad pagada por cuenta del deudor).

v) Finalmente, la sentencia cita los supuestos de «*pago de la deuda por tercer poseedor con subrogación en el crédito hipotecario, y, en general, los supuestos en que se reúnen en una misma persona la condición de acreedor y la de dueño de la finca, en el caso de que sobre la finca recaigan otras hipotecas de inferior rango*». Para ello recurre a una antigua sentencia de 11 de octubre de 1899. En aquella ocasión, tras la adjudicación de la finca por el acreedor titular de la hipoteca de rango preferente, el Tribunal Supremo negó al acreedor titular de la hipoteca

de tercer rango la posibilidad de hacer efectiva su hipoteca en el procedimiento correspondiente, so pretexto de evitar el enriquecimiento injusto de este último. De modo que el acreedor de peor rango solo puede reclamar lo que del valor real del inmueble «*sobrase después de pagados los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad al suyo*». Según el TS, este sería otro ejemplo de «*hipoteca de propietario*», en el que, «*con la subsistencia de la hipoteca* [de primer rango] *se pretende evitar el enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario de inferior rango*».

Pues bien, a ello hay que oponer que este antecedente (decimonónico por poco, pero decimonónico, a la postre) dista mucho de ser la regla vigente en nuestro Derecho. El Tribunal Supremo no ha vuelto a pronunciarse desde entonces en el mismo sentido. Por el contrario, la doctrina hipotecarista más autorizada sostiene taxativamente que nuestro sistema hipotecario es de «*avance de puestos*»; es decir, los acreedores posteriores mejoran su rango cuando la carga anterior se extingue por cualquier causa (salvo por la ejecución hipotecaria, en que las cargas posteriores se purgan por disponerlo así la LEC). Esto es así incluso, como recalca ROCA SASTRE[35] «*aunque la extinción tenga lugar por confusión de derechos, por adquirir el acreedor hipotecario de mejor rango la cosa hipotecada*». La DGRN dejó claro, entre otras, en su resolución de 21 de septiembre de 2018, que la dación en pago, incluso la homologada judicialmente, no conlleva la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que garantiza el préstamo saldado, «*pues ello no encuentra amparo en nuestro Derecho positivo*». En la práctica, los acreedores de rango preferente descartan la dación en pago cuando existen acreedores con cargas inscritas con posterioridad a la hipoteca, y optan por la ejecución de esta, asumiendo que de lo contrario tendría lugar el «*avance de puestos*» de dichas cargas posteriores, las cuales absorberían todo el valor de la cosa gravada. Por consiguiente, discrepamos radicalmente del TS: la hipoteca del acreedor que se adjudica el bien en pago se extingue con todas sus consecuencias, y en ningún caso subsiste como «*hipoteca de propietario*».

Del análisis de todos los ejemplos anteriores debemos concluir que nuestro Derecho no admite la «*hipoteca de propietario*» en ninguna de sus formas. Como hemos sostenido en trabajos anteriores, el principio de accesoriedad es una manifestación de la teoría de la causa en el Derecho de garantías[36]. Toda excepción a este principio (como sería la admisión de una hipoteca a nombre del titular del inmueble para garantizar un hipotético crédito futuro de un tercero —*fiador*— frente a otro tercero —*deudor*—) debe ser interpretada de manera restrictiva, y no debe presumirse en ningún caso. Por tanto, a falta de mención expresa, no cabe entender que de los artículos 1839 y 1852 del Código Civil nazca una «*hipoteca tácita*» en garantía del crédito futuro del fiador si este llegase a pagar toda la deuda por cuenta del deudor principal (ya hemos visto cómo el pago parcial no permitiría la subrogación del fiador en la hipoteca).

2. Análisis jurídico-registral

Hemos razonado cómo no existe ninguna norma de Derecho civil sustantivo que imponga la subsistencia de la hipoteca del acreedor como «*hipoteca de propietario*» para proteger la eventual subrogación del fiador. Ahora es preciso completar el análisis desde la perspectiva del Derecho registral.

A) El artículo 76 de la Ley Hipotecaria

El artículo 76 LH establece:

«*Las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona*».

Debemos preguntarnos si el artículo 76 LH crea esa situación de pendencia registral de la hipoteca que la sentencia atribuye a los artículos 1839 y 1852 del Código Civil, para proteger el derecho *in fieri* del fiador a subrogarse en las garantías y privilegios del acreedor. En otras palabras, debemos analizar si la LH instituye una reserva de rango indefinida de una hipoteca ya extinta, para que el fiador pueda «*resucitarla*» si en algún momento realiza el pago.

En función de la respuesta a este interrogante, tendremos también la respuesta a la gran cuestión que nos ocupa: esto es, si la solicitud de cancelación de cargas por el Banco fue lo que determinó la extinción de la hipoteca, o si, por el contrario, fue una mera formalidad para reflejar en el Registro una extinción que ya se había producido con la adjudicación de la finca.

No son pocos los autores que defienden que la hipoteca solo se extingue con su cancelación registral, en concordancia con la naturaleza constitutiva de su inscripción. ROCA SASTRE señala: «*la extinción de la hipoteca produce efecto entre las partes, aunque no figure cancelada su inscripción, pero la extinción de la hipoteca no produce efectos respecto de terceros protegidos por la fe pública registral, mientras no se cancele la inscripción. Así resulta de los artículos 76 y 144 de la ley […] este resultado no es más que una consecuencia de la lógica institucional del principio de fe pública registral: constituye una aplicación concreta del mismo al derecho de hipoteca*»[37]. En la misma línea, GORDILLO CAÑAS: «*la vinculación de la hipoteca a la publicidad registral —quizá más exactamente: la supeditación a ella de su oponibilidad a terceros de buena fe— puede determinar que, respecto de tales terceros, la garantía real llegue a jugar desligada de lo que inter partes sea efectivamente la obligación asegurada*»[38]. El más contundente quizá sea GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: «*si se ha constituido un gravamen hipotecario de treinta mil pesetas y el cesionario del crédito ha inscrito su derecho mediante los requisitos que señala nuestra ley, tendremos que aunque no exista deuda personal, aunque haya habido un sin número de equivocaciones, aunque la hipoteca originaria se haya pactado con falta de capacidad por el constituyente, aunque pongamos múltiples defectos en el acto de su constitución, y supongamos pagado el crédito total, el cesionario se prevaldrá de los principios hipotecarios para la ejecución, para la cesión, para todas las manifestaciones de su derecho subjetivo. Si la inscripción dice treinta mil pesetas, será inútil probarle que está equivocada, y por absurda que parezca la cesión de un crédito inexistente, la Ley Hipotecaria exige, para la seguridad del tráfico, que las treinta mil pesetas se entiendan transmitidas y que no se dé ninguna excepción no inscrita*»[39].

En su día nos opusimos a este tipo de conclusiones con base, entre otros, en el criterio de la RDGRN de 24 de abril de 1991[40]. Esta resolución trataba del embargo de un crédito hipotecario ya pagado por el deudor, sin haber hecho constar la cancelación de la hipoteca en el Registro: «*[…] El adjudicatario del crédito, aunque el pago no se haya hecho constar en el Registro, no puede invocar a su favor lo dispuesto en los artículos 34 y 144 de la Ley Hipotecaria, porque, como aparece confirmado en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y 176*

del Reglamento Hipotecario, no es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquella el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que, asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1.º, 2.º y 38 de la LH), con el carácter accesorio de la hipoteca y con la posibilidad de que esta sea constituida por un tercero sin conocimiento del acreedor».

El hipotético crédito a favor de los Fiadores no había nacido cuando se canceló la hipoteca (pues los Fiadores no habían realizado pago alguno). Por tanto, se trataba de un derecho de crédito contingente e indeterminado. La *hipoteca de propietario* que el Tribunal Supremo considera que nace del artículo 1839 sería una hipoteca sujeta a condición suspensiva, de las previstas en el artículo 142 LH (variante de la hipoteca de máximo; cfr. RDGRN de 20 de junio de 2012). Parece difícil admitir que una hipoteca sujeta a condición, con todas las dificultades teóricas y prácticas que plantea (cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA)[41] pueda considerarse incluida tácitamente en un artículo del Código Civil. Existe la dificultad adicional de admitir una *reserva de rango con carácter indefinido*, sin sujeción a plazo hasta que se verifique (eventualmente) el cumplimiento de la condición.

La paradoja del fiador supone que, para mantener la fianza en vigor, el Banco, al ejecutar la segunda hipoteca, debió dejar subsistente una primera hipoteca *a favor de sí mismo*, sin poder cancelarla en tanto no se verificase un suceso incierto (esto es, el pago de toda la deuda por parte los Fiadores). De aceptar que esto fuese posible, y siguiendo a GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (*op. cit.*), si el Banco hubiese vendido la finca, no hubiera podido aplicar la retención o descuento del precio recogido en el artículo 118.2 LH, por desconocer el importe del crédito garantizado. Imaginemos que, tras la adjudicación, el Banco tardase más de dos años en cobrar el primer préstamo de los Fiadores, en vía de ejecución (supuesto totalmente plausible). Durante todo este tiempo, la subsistencia de la hipoteca convertiría el activo en ilíquido. Se estaría penalizando al acreedor con la indisponibilidad *de facto* del bien que se acaba de adjudicar. Además, ¿cuánto tiempo duraría esta protección? ¿Qué sucedería si los Fiadores no llegasen a pagar nunca? ¿O si solo pagasen parte de la deuda, no pudiendo subrogarse en la hipoteca (*vid supra*)? Son muchos los interrogantes en torno a esta *hipoteca de propietario* que generan un alto grado de incertidumbre.

B) El artículo 190 del Reglamento Hipotecario

Por su parte, el artículo 190 RH dispone:

«*Cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada.*

Si la cancelación no se hubiere efectuado en la forma autorizada en el párrafo anterior, se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado»

Tanto el artículo 76 LH como el 190 RH hablan de la «*extinción*» (de inscripciones y de derechos, respectivamente). Pero, si analizamos la redacción de este

último, la extinción del derecho por confusión es *previa* a la solicitud; esta última es una consecuencia de la extinción, y no al revés. El interesado (en nuestro caso, el Banco) solamente «*indica*» al registrador el asiento del que resulta la extinción. La citada RDGRN de 31 de julio de 2014 definió la instancia de la que habla el artículo 190 RH como «*una mera solicitud a efectos de que el registrador conozca y compruebe el cumplimiento del presupuesto legal que provoca la extinción del derecho a cancelar*». Por su parte, la RDGRN de 7 de febrero de 2012 dejó claro que la extinción del derecho de hipoteca por consolidación «*no resulta de la instancia* [del art. 190 RH]*, sino del propio historial registral, que publica una misma titularidad para el dominio y para el derecho real de hipoteca (art. 1192 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010)*». Esta resolución asimila la solicitud prevista en el artículo 190 RH con la solicitud en instancia privada de la cancelación de una hipoteca, en los términos previstos del párrafo 5.º del artículo 82 LH: un acreedor no podría ejecutar una hipoteca caducada por transcurso del plazo de 20 años para el ejercicio de la acción hipotecaria, incluso cuando siguiese constando en el Registro. Por idéntica razón, el propietario de la finca debería poder enervar la ejecución de la hipoteca de primer rango instada por el fiador subrogado, oponiendo la extinción por consolidación[42].

C) Antinomia y principio de especialidad

Del análisis de los artículos 76 LH y 190 RH se concluye que entre ambos preceptos existe una relación de antinomia, respecto del momento y la causa de la extinción del derecho real.

Para BOBBIO, el principio de especialidad normativa (método de resolución de antinomias alternativo a los principios de jerarquía y temporalidad) se refiere a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia (que afecta a todo un género) a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. En otras palabras, *la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad*[43]. En nuestro caso, existe dicha relación de género a especie. El género (previsto en el artículo 76 LH) es la extinción de los derechos inscritos, en general, mientras que la especie (regulada en el artículo 190 RH) es la extinción por confusión (*rectius*, consolidación) de derechos. Por tanto, el criterio de especialidad debe desplazar al de jerarquía (que de otro modo impondría la prevalencia de la LH sobre el RH), como ha sostenido en varias ocasiones el Tribunal Supremo[44].

La regla especial es la que mejor responde a la voluntad del legislador para el caso concreto. Tiene sentido, pues, que la norma a aplicar cuando la extinción se produce por consolidación del dominio sea el artículo 190 RH, que sitúa la extinción en el momento en que se produce la consolidación. Esta excepción al régimen general del artículo 76 LH se explica, precisamente, porque la máxima *nemina res sua servit* no admite excepciones en nuestro Derecho, como hemos expuesto antes al hilo de la llamada *hipoteca de propietario*.

En su fundamento jurídico séptimo, la sentencia señala que «[no cabe] *estimar la extinción de la fianza si la pérdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal*», y cita como ejemplo «*la purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango (art. 692.3 LEC)*». Tanto desde el punto de vista sustantivo como registral, consideramos que la extinción de la primera hipoteca se deriva de una disposición legal (el artículo 190 RH), de modo que la

solicitud de cancelación por el Banco no puede entenderse como un hecho del acreedor que libere al fiador.

V. OTROS ARGUMENTOS CONTRA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL

En este apartado recurriremos a dos razonamientos *a contrario* para reforzar la tesis de que la solicitud de cancelación de una primera hipoteca sobre un bien adjudicado al acreedor no constituye causa de extinción de la fianza.

1. Dación en pago

Imaginemos por un momento que la Deudora hubiese acordado la *datio in solutum* del inmueble a favor del Banco, en pago del segundo préstamo. Lo normal en estos casos es que el bien se transmita libre de cargas, pues estas se extinguen por consolidación. CASTILLA BAREA (*op. cit.*, 12629), apunta que este tipo de situaciones no pueden constituir un acto de los previstos en el artículo 1852, «*de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del citado artículo 1852 del Código Civil, que considera que el acreedor originario tiene plena libertad para ejecutar en su beneficio la garantía real, sin que ello pueda considerarlo el fiador como un acto nocivo a los efectos de la norma en cuestión*». Lo mismo cabría afirmar de un pacto marciano por el que el Banco y la Deudora hubiesen acordado la venta del bien a terceros, que necesariamente debería hacerse libre de cargas (por ejemplo, en el marco del convenio de realización de garantías que prevé el art. 640 LEC).

Estos escenarios son, en sus efectos, idénticos a la ejecución de la segunda carga, de manera que también debería serlo su consecuencia jurídica.

2. El trato al hipotecante no deudor (o cómo la paradoja del fiador no se da a la inversa)

La STS 18/2009, de 3 de febrero, declara que no es aplicable por analogía al hipotecante no deudor lo previsto para el fiador en el artículo 1852, en caso de que se libere al fiador de sus obligaciones. Es decir, el hipotecante no deudor no goza del mismo beneficio que el fiador si ve cercenado su derecho de subrogación *ex* artículo 1210.3.º del Código Civil. El Tribunal Supremo razonó que lo contrario supondría admitir la creación *ex novo* de una causa de extinción de la hipoteca no prevista por el ordenamiento jurídico, por lo que se afectaría sustancialmente a su régimen legal. Señala además que:

«*[L]a norma del 1852 del Código Civil presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad* […] *que no la hacen extensible por analogía a otras figuras de garantía. Y, finalmente, la función común de garantía no supone identidad de razón suficiente para salvar las peculiaridades de las respectivas figuras de aseguramiento del crédito y determinar por sí sola la aplicación del artículo 1852 del Código Civil; además de que el mismo criterio habría de tomarse en cuenta con otras formas de garantía, y, dada la existencia de un gran número de figuras atípicas y con una especial complejidad, se crearía el riesgo de*

introducir en el tráfico una incertidumbre y complicaciones imprevisibles, lo que hace conveniente, pese a que el tema es polémico, seguir la solución expresada, tanto más si se tiene en cuenta que las partes pueden adoptar las previsiones contractuales oportunas para precaver riesgos o contingencias como la que el legislador estableció expresamente para la fianza».

En resumen: en virtud de la paradoja del fiador, el acreedor que se adjudica un activo a través de la ejecución de la segunda carga, con la consiguiente cancelación de la primera, pierde su derecho frente al fiador que garantiza el préstamo de primer rango. Pero si el mismo acreedor deliberadamente libera al fiador de sus obligaciones (aun cuando medie mala fe o confabulación), el hipotecante sigue viendo su propiedad afecta al pago de la deuda. Parece este un agravio comparativo difícilmente justificable, que consideramos un argumento adicional para interpretar de forma restrictiva los supuestos en los que cabe aplicar la sanción del artículo 1852[45].

VI. LA PARADOJA DEL FIADOR COMO MANIFESTACIÓN DE LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA

Es posible que el lector que haya hecho el encomiable esfuerzo de llegar hasta aquí coincida con mi análisis desde un punto de vista técnico. Sin embargo, con toda seguridad hay algo que no termina de encajarle. Ciertamente, la nueva postura del Tribunal Supremo puede llevar a resultados paradójicos en su aplicación práctica. Aun así, sigue sin parecerle razonable que los Fiadores deban responder de la deuda pendiente bajo el préstamo de primer rango.

La razón (consciente o no) por la que el lector no termina de discrepar de la decisión del Tribunal Supremo la tenemos en esta parte del relato de los hechos:

«*En diciembre de 2003, los Fiadores vendieron a terceros el 100% de sus participaciones en la sociedad deudora*».

En efecto, el préstamo hipotecario de segundo rango fue concedido a la Deudora en el marco de la refinanciación de 2009 sin el consentimiento de los Fiadores, ya desvinculados de la sociedad. Dicho consentimiento no era necesario, puesto que el afianzamiento se limitaba al primer préstamo, y no a deudas posteriores. Pero también es cierto que la refinanciación podría haberse estructurado, no como un segundo préstamo, sino como una novación de la primera hipoteca (v.g., plazo, tipo de interés, etc.), en la que se ampliase también el principal prestado. En tal caso, el consentimiento expreso de los Fiadores habría sido necesario para la subsistencia de la fianza. Puesto que la deuda total se ha incrementado, es contrario al sentido común (que no al Derecho positivo) que personas que vendieron su participación en una sociedad años atrás deban seguir respondiendo por las deudas sociales.

Este elemento de desvinculación no estaba presente en la STS de 4 de mayo de 2007 (donde existían lazos familiares entre los deudores y el fiador), y creemos muy probable que haya sido el factor determinante para el cambio de postura. Dada la ausencia de solución en la ley para estas situaciones tan particulares, el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de recurrir a la tesis de la *hipoteca de propietario* (cuya admisibilidad había negado en la STS de 30 de enero de 1999). Sin embargo, el problema de esta reinterpretación del artículo 1852 es que

perjudica gravemente a los acreedores, y resta atractivo a la fianza como garantía en el momento menos indicado, cuando acecha una avalancha de refinanciaciones de grupos de sociedades como alternativa al concurso de acreedores.

Lo anterior nos lleva a un tema que viene de antiguo: la crisis de la persona jurídica, y más en concreto, hasta dónde llega la separación de la personalidad jurídica de la sociedad de la de sus socios.

1. La idea de *societas* en el derecho romano

Tanto el Código de Comercio (art. 116) como el Código Civil (arts. 35 y 1669) admiten la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles distinta de la de sus socios. Como apuntó el profesor DE CASTRO[46], esta concepción de la persona jurídica es reciente: en el Derecho clásico, el contrato de *societas* no daba vida a una persona jurídica distinta de cada uno de sus socios, no pudiendo configurarse relaciones entre la sociedad como tal y terceros. En otras palabras, para los romanos solo existía lo que hoy la doctrina mercantilista denomina *sociedad interna*, pero no la *sociedad externa*. No cabía hablar, pues, de créditos y deudas *de la sociedad*; solo de los socios singulares. GARCÍA GARRIDO observa que las únicas personas jurídicas que se reconocen en Roma son las instituciones, es decir aquellas personas que sirven para alcanzar fines distintos del ánimo de lucro y que se realizan en un espacio de tiempo superior a la vida humana[47]. En una línea similar, FERNÁNDEZ DE BUJÁN señala que «*el mundo y el Derecho romano no llegaron a conocer y formular, respectivamente, el concepto de personalidad, o persona jurídica entendido en toda su extensión, referido a los entes sociales. No obstante, puede hablarse de cierta personalidad jurídica referida a las sociedades públicas o asociaciones corporativas. Por el contrario, a las sociedades privadas en ningún caso puede reconocérseles esta personalidad jurídica. La razón de esta falta de reconocimiento se encuentra en que era absolutamente contrario a la mentalidad romana que fines estrictamente económico-comerciales pudieran configurar un ente dotado de personalidad*»[48]. Las únicas personas jurídicas de las que puede hablarse en Roma y durante la Edad Media (cuando SINIBALDO FLISCO, posteriormente papa Inocencio IV, desarrolla la idea de *persona ficta*) eran aquellas de carácter *corporativo*. La nota característica y diferencial de estas entidades era que existían en torno a un fin distinto y superior, al que asociados y administradores debían servir. Por ejemplo: la ciudad, las asociaciones religiosas, políticas y culturales o las fundaciones benéficas. En cambio, en la sociedad o asociación para ganar dinero, sea cual sea la forma que adopte, falta el fin supraindividual; existe solo una *suma de aspiraciones egoístas*, que el Derecho clásico reconducía a la figura jurídica de la comunidad de bienes, ya fuese en forma de copropiedad o en mano común (sociedad interna).

Observa DE CASTRO: *En ningún caso, autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de sociedad fuese posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica pues para la técnica jurídica era y es indudable que a) el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios y b) que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común) que les separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Había, además, otra razón, quizá más decisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, solo consideraba personas a las entidades que tenían vida*

independiente de sus miembros y eran de interés público, corpus o universitas (body politic o politic person), caracterizados internamente porque su continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros[49]. Para DE CASTRO, la sociedad romana se incardina en lo que llama *universitas personarum* (agrupación de base personal), por contraposición a las modernas sociedades de capital, que encajan más bien en el concepto de *unversitas bonorum* (de base patrimonial) pues en ellas lo esencial es la acción o participación como medida en la que el socio participa en el capital (esto es, el conjunto de bienes y derechos que los socios ponen en común).

En consecuencia, la relación entre los miembros de la *societas* clásica era de carácter *intuitu personae*, y uno de sus elementos esenciales era la llamada *affectio societatis*: los socios eran tratados como *agnati*, esto es, como herederos familiares que sucedían a un paterfamilias común. Para GAYO (3,151), «*la sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido, pero cuando alguno de ellos renuncia a ella, esta se disuelve*». Para POMPONIO (libro XVII de comentarios a SABINO: Digesto 17,2,40) «*el heredero de un socio […] no es socio*»[50]. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (*op. cit.*, p. 436) afirma que el efecto extintivo de la muerte de un socio es considerado por la jurisprudencia romana clásica tan esencial en el contrato societario que se declara nulo el pacto por el que se conviene que el heredero del socio se convierta en socio (*heres socii socius non est*). Así, la sociedad romana se extinguía por la muerte o capitidisminución (pérdida de estado) máxima o media de uno de los socios. Y, huelga decir, la condición de socio era intransmisible, siendo igualmente nulo el pacto en contrario (POMPONIO, libro XII de comentarios a SABINO, D. 17,2,59).

Desde la óptica del Derecho clásico, la sociedad deudora de nuestro caso de estudio habría dejado de existir en el año 2003, cuando los Fiadores dejaron de ser socios de la misma.

2. El dogma del hermetismo y su ruptura en el siglo XX

No es objeto de este trabajo desarrollar cómo se transitó de la idea clásica de sociedad y persona jurídica a la hodierna identificación (casi confusión) entre ambos conceptos. Baste señalar que en dicho proceso tuvo una influencia clave, primero, la noción de *derecho subjetivo* de GROCIO, que requiere que toda situación de poder concreto esté atribuida a un sujeto portador de voluntad e interés propio, y, posteriormente, la pandectística del siglo XIX, cuyo afán sistematizador llevó a los juristas alemanes a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando «*persona natural*» al hombre y «*persona jurídica*» a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. El pandectismo culminó la tesis de GROCIO al extender la calificación como persona a todo aquello a lo que había de atribuirse inmediatamente un derecho subjetivo.

La personalidad jurídica pasa, pues, a fundarse en un criterio de *capacidad*: es persona jurídica todo ente distinto del ser humano que puede ser titular de bienes y derechos.

En España, la atribución a la sociedad anónima de una personalidad jurídica distinta de la de sus socios fue un proceso que se gestó a lo largo de todo el siglo XIX[51]. DE CASTRO explica cómo GARCÍA GOYENA y su Proyecto de Código Civil de 1851 abonaron el terreno para la recepción del sentido amplio de persona jurídica[52]. En 1866, GÓMEZ DE LA SERNA consideró persona jurídica a la sociedad colectiva en su dictamen «*¿Puede una sociedad anónima extranjera*

contratar el servicio de alumbrado de una población?». La Exposición que precede a las Bases para la redacción del Código de Comercio (Decreto de 20 de septiembre de 1869) declara: «*al unirse por la asociación dos o más personalidades libres brota un nuevo ser, un nuevo ente jurídico, una nueva personalidad, y de este hecho resultan dos clases de relaciones: unas internas, que ligan a los socios entre sí, otras externas, que enlazan a la sociedad misma con otras personas, a las que pudiéramos denominar terceros contratantes*». El Tribunal Supremo reconoció por primera vez la personalidad jurídica de una sociedad en su sentencia de 18 de abril de 1872: «*Es innegable que al constituirse toda sociedad mercantil se crea una personalidad jurídica distinta de la de los socios*». Estas ideas, de carácter evidentemente político, observa DE CASTRO, pronto pasaron a ser consideradas expresión de verdades científicas. El llamado *dogma del hermetismo* (que propugna la separación absoluta de la personalidad de la sociedad de la de sus socios) alcanzó su apogeo con la famosa decisión de la House of Lords de Inglaterra, *Salomon vs. Salomon* en 1897 (para DE CASTRO, «*una manifestación de la mecánica capitalista en sus formas más degradadas*»).

Esta concepción de la personalidad jurídica de la sociedad como radicalmente separada de la de sus socios entra en crisis a lo largo del siglo XX. El primer síntoma llegó durante la I Guerra Mundial, cuando algunos Estados declararon «*enemigas*» a determinadas sociedades controladas por nacionales de Estados enemigos, en lo que supuso una primera manifestación del levantamiento del velo[53]. Esta doctrina (*piercing of the corporate veil*) se fue desarrollando a lo largo de los años siguientes para remediar abusos cometidos al amparo de la personalidad jurídica separada, poniéndose de relieve que el régimen de las sociedades de capital supone un *Derecho de excepción* a la responsabilidad universal por deudas (art. 1911 del Código Civil) para aquellas personas físicas que limitan su responsabilidad a lo aportado como capital social para acometer una determinada inversión.

En 1950, con ocasión del debate en torno al Anteproyecto de Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, DE CASTRO publicó su célebre trabajo «*¿Crisis de la Sociedad Anónima?*», en el que alertaba contra el alcance técnico desmedido de la personalidad jurídica. Esto motivó que muchos discípulos suyos señalasen exageraciones del concepto de persona jurídica por parte de la jurisprudencia[54]. En los debates que se sucedieron en torno al Anteproyecto (cuando se discutía si la unipersonalidad sobrevenida era o no causa de disolución de la Sociedad Anónima), el profesor alertó sobre los riesgos de la sociedad unipersonal, que agrava el *régimen de excepción* al artículo 1911 del Código Civil, al crear una ficción de un patrimonio separado respecto del empresario[55]. A pesar de estas admoniciones, no solo se acabó reconociendo la unipersonalidad sobrevenida, sino que la sociedad constituida como unipersonal *ab origine* fue incorporada a nuestro Ordenamiento mediante la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (transposición de la Directiva Comunitaria 89/667).

3. La crisis de la persona jurídica en el neoliberalismo

El tiempo ha acabado dando la razón al profesor DE CASTRO respecto de los peligros inherentes a la deformación de la persona jurídica. No es aventurado afirmar que este concepto se encuentra hoy sumido en una profunda crisis, motivada por las contradicciones del modo de producción neoliberal (fase actual del capitalismo tras la desintegración del bloque del Este). Esta fase se caracteriza

por la predominancia del capital financiero sobre el industrial, la globalización financiera y la deslocalización de empresas. Todos estos fenómenos conllevan un uso intensivo del Derecho de excepción que, como decimos, suponen las modernas legislaciones de sociedades de capital. Hasta el punto de que legisladores y tribunales se han visto en la necesidad de desarrollar reglas anti-abuso, en la línea del levantamiento del velo, que difuminan la separación entre la personalidad de la sociedad y de las personas que la conforman, y recuperan así, en buena medida, la identificación entre la sociedad y sus socios que existía en el mundo clásico. Algunas manifestaciones de este fenómeno son:

i) La responsabilidad penal de la persona jurídica, que rompe el esquema del Derecho penal neokantiano según el cual solo las personas físicas pueden cometer delitos y ser sujetos pasivos de penas: con la introducción de esta novedad por la Ley Orgánica 5/2010, el reproche penal se extiende a la persona jurídica controlada por las personas físicas responsables del hecho delictivo;

ii) La nueva normativa de prevención de blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo), que, entre otros aspectos, impone la necesaria identificación del titular real de toda persona jurídica (v.g., como requisito para el otorgamiento de cualquier documento público ante notario)

iii) Los llamados «*casos daneses*» (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 relativa a los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16), según los cuales la exención a la obligación de practicar retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes respecto de los intereses pagados a una sociedad domiciliada en un Estado miembro depende de cuál sea la residencia del llamado «*beneficiario efectivo*» de tales intereses (doctrina que ha sido incorporada por el Tribunal Económico-Administrativo Central a sus resoluciones).

En síntesis: en los últimos años se han multiplicado las dificultades para sostener que el contrato de sociedad crea una «*persona*» completamente separada de los socios. Al mismo tiempo, el criterio de capacidad ha devenido insuficiente para explicar el concepto mismo de personalidad jurídica. La reforma del artículo 9 LH operada por la Ley 13/2015 permitió que los patrimonios separados pudieran ser titulares registrales de bienes y derechos. Esta reforma fue complementada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, cuyo artículo 15.1 define a los fondos de titulización como patrimonios separados, *carentes de personalidad jurídica*, para luego admitir, en su artículo 16.3, la posibilidad de que se inscriban en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles pertenecientes a estos fondos. Esto supone una excepción a la regla general del artículo 11 RH («*no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*»). Pero, sobre todo, supone la quiebra definitiva del criterio de capacidad que hemos enunciado antes: la capacidad de ser titular de bienes y derechos ya no explica por sí misma la personalidad jurídica, pues la ley concede dicha capacidad a los fondos de titulización, a los que sin embargo no reconoce como personas jurídicas.

La paradoja del fiador es una manifestación más de esta patología: a nuestro modo de ver, la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia es evitar que unas personas físicas tengan que pagar una deuda de una sociedad limitada de la que llevan años desvinculadas, en especial cuando dicha deuda ha aumentado tras

su salida, habiéndose creado una garantía posterior sobre el bien hipotecado, sin su consentimiento (y probablemente, sin su conocimiento). Es muy posible que el Tribunal Supremo entendiese que los socios se constituyeron en fiadores exclusivamente por su condición de socios y su interés común con la sociedad, elementos que dejaron de estar presentes tras la venta de las participaciones. El problema de la sentencia es que la motivación que lleva a cabo para hacer justicia *in casu* proscribe la ejecución de segundas y ulteriores hipotecas si el acreedor desea conservar la fianza que asegura el préstamo de primer rango (sin considerar cuál sea la relación del fiador con el deudor en el momento de la ejecución). Ello puede conducir a situaciones de enriquecimiento injusto en ejemplos como el antes expuesto, en que el fiador sigue siendo socio único del deudor al tiempo de la ejecución de la fianza. Semejante resultado no es deseable si entendemos, con CASTILLA BAREA (*op. cit.*), que no debe poder reclamar en vía de regreso el fiador «*que se identifica materialmente con el deudor principal a consecuencia de la aplicación de la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo", supuesto que se da con cierta frecuencia en casos en los que los socios de la sociedad deudora avalan las operaciones de esta*». En otras palabras, cuando el deudor y el fiador «son lo mismo», al fiador no se le debería reconocer la acción de reembolso, pues ello perpetuaría los abusos propios de la personalidad jurídica. El fundamento de la acción de reembolso es el mismo que el de la subrogación del tercero que paga una deuda por cuenta ajena, *ex* artículo 1158 del Código Civil, y este decae cuando no se puede considerar al fiador como *tercero* en sentido material, lo que sucede, por ejemplo, cuando es socio del deudor. Por tanto, resultaría injusto que los fiadores que sí mantienen su vínculo con el deudor pudiesen beneficiarse de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

4. La *affectio societatis*: ¿un elemento esencial de la fianza de socio?

Llegados a este punto, no parece baladí preguntarse si la vinculación entre fiador y deudor es un elemento esencial del contrato de fianza, aun cuando ello no esté expresamente previsto en ningún texto legal. No sería la primera vez que se definen caracteres básicos de la fianza, al margen o incluso en contra de lo establecido en la ley positiva[56]. El artículo 1823 del Código Civil prevé que la fianza puede ser gratuita o a título oneroso. Es decir, este artículo se ocupa de la *causa* del contrato de fianza (que podrá tener causa gratuita o remuneratoria). La realidad determina que las fianzas prestadas por entidades o individuos vinculados con el deudor son siempre gratuitas, pues se explican por la *affectio societatis* (cuando los socios afianzan a la sociedad), la *affectio maritalis* (cuando un cónyuge afianza al otro), o la *affectio familiaris* (cuando los padres afianzan a los hijos). Por el contrario, las fianzas de terceros (generalmente, entidades financieras) son necesariamente remuneradas, pues la prestación de avales forma parte del negocio del fiador, sin que exista entre este y el deudor ninguna *comunidad de intereses*.

Creemos que merece la pena preguntarse si el cese de la vinculación entre fiador y deudor (en nuestro caso, por la venta de las participaciones) puede considerarse una causa de extinción de la fianza prestada por personas o sociedades relacionadas con el deudor, al desaparecer la razón que dio lugar al afianzamiento (y a su causa gratuita). El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la extinción de los contratos por carencia sobrevenida de causa (cfr. STS 360/2010, de 1 de junio, relativa a un contrato de arrendamiento, con cita

a su vez de las SSTS de 20 de abril de 1994, 11 de febrero de 2002 y 21 de noviembre de 1988). No decimos que necesariamente tenga que ser así: hay que tener en cuenta que semejante causa de extinción de la fianza no está prevista en la ley, y que toda excepción al principio *pacta sunt servanda* debe aplicarse restrictivamente. Sin embargo, no podemos ignorar que, desde que desaparece el vínculo, el deudor y el acreedor pueden tomar decisiones sin consentimiento del fiador susceptibles de perjudicarle (por ejemplo, el deudor puede contraer nuevas deudas, asegurándolas con garantías reales sobre el patrimonio del deudor, como sucedió en nuestro caso de estudio). De modo que esta posibilidad debería ser, al menos, objeto de reflexión, como alternativa a la solución *ad hoc* que supone la paradoja del fiador. Quizá la importancia del vínculo se vea más claramente en las rupturas de la *affectio maritalis*, siendo el caso paradigmático el del cónyuge divorciado al que se le reclama una deuda anterior a la ruptura matrimonial. En nuestra opinión, sí sería preciso proteger a este fiador (aunque hasta la fecha no me constan resoluciones del Tribunal Supremo en este sentido).

Huelga decir que el fin de la vinculación debería ser real y efectivo (no valdría con la transmisión de las participaciones a un testaferro, o a una sociedad interpuesta para entender extinguida la fianza). Y, en todo caso, la carga de la prueba de la desvinculación debería recaer sobre el fiador que la alegase.

Si admitiésemos la ruptura del vínculo como causa de extinción de la fianza, debería reforzarse la eficacia de las cláusulas de cambio de control societario en los contratos de financiación. En diversas resoluciones dictadas a lo largo del mes de octubre de 2014 (todas ellas relativas a un contrato de préstamo sindicado que varias entidades financieras concedieron al grupo Copcisa), la DGRN declaró no inscribibles una serie de causas de vencimiento anticipado, por entender que carecían de trascendencia real, al referirse a eventualidades que no afectaban a la obligación garantizada. Entre dichas causas se incluye la llamada cláusula de cambio de control (esto es, que los socios del deudor en el momento de concesión del préstamo dejen de ostentar tal condición). Si aceptamos que la fianza prestada por un socio del deudor se extingue cuando el fiador pierde su condición de socio por pérdida sobrevenida de su causa gratuita, el cambio de control no consentido por el acreedor sería subsumible en el artículo 1129.3.º del Código Civil, pues afectaría directamente a las garantías del préstamo. Ello permitiría su inscripción como causa de vencimiento anticipado del préstamo afianzado, salvo que se otorgasen nuevas garantías (por ejemplo, si el socio saliente ratificase expresamente la garantía, o constituyese aval por la misma cantidad que la cubierta por la fianza extinguida).

En la misma línea, creemos que se debería entender, para las estructuras LoanCo - REOco que hemos explicado antes al hilo de la SAP Barcelona 319/2014, de 20 de junio, que la solicitud de cancelación por el acreedor de las hipotecas a su favor sobre el inmueble que su filial acaba de adjudicarse no debería tener un efecto distinto de la extinción por consolidación cuando es el propio acreedor quien adquiere el bien (puesto que LoanCo y REOco son entidades vehiculares creadas por el mismo inversor para un mismo proyecto, con intereses comunes). En consecuencia, tampoco esta solicitud de cancelación debería considerarse un hecho del acreedor a los efectos del artículo 1852 del Código Civil.

Esta solución implicaría un alejamiento del dogma del hermetismo (en sintonía con el signo de los tiempos), y un regreso a la concepción originaria del contrato de sociedad como creador de una *universitas personarum*, aceptando así que la sociedad no es una entidad completamente separada de sus miembros, sino que, por el contrario, la identidad de estos juega un papel determinante en las relaciones de la sociedad con terceros.

VII. CONCLUSIONES

I. La STS de 12 de noviembre de 2020 supone un giro jurisprudencial respecto de la STS de 4 de mayo de 2007, en la que el Tribunal Supremo entendió que la ejecución de una segunda carga, con extinción de la hipoteca de primer rango, no constituía un hecho del acreedor a efectos de entender extinguida la fianza.

II. La ejecución de segundas hipotecas (o de embargos sobre la finca, como sucedía en el precedente de 2007) es una estrategia procesal legítima, sin que ninguna norma en Derecho español imponga un orden de prelación en la reclamación de deudas por antigüedad del impago.

III. La sentencia considera que los artículos 1839 y 1852 del Código Civil instituyen una hipoteca de propietario sobre los inmuebles que el acreedor se adjudica en ejecución, a fin de que el deudor pueda subrogarse en la misma para reclamar la cantidad pagada al deudor. De manera que, para el TS, la solicitud de cancelación por el Banco privó a los Fiadores de la acción de reembolso en su dimensión subrogatoria. A ello hemos de oponer que (i) la acción de reembolso se refiere exclusivamente a los bienes del deudor: el fiador no debe poder repetir contra bienes que hayan pasado a ser parte del patrimonio del acreedor; (ii) en Derecho español no es admisible la hipoteca de propietario (ni, en general, los derechos reales sobre cosa propia), y (iii) la hipoteca se extingue por consolidación desde que el acreedor se adjudica el bien, por aplicación del artículo 190 RH, y no con la solicitud de cancelación (que es solo una formalidad para reflejar una cancelación ya producida). Por todos estos motivos, consideramos que la sanción del artículo 1852 no es aplicable a nuestro caso de estudio.

IV. La decisión del Tribunal Supremo responde a una búsqueda de justicia material, evitando que personas físicas que ya no tienen relación con la sociedad deudora deban responder por las deudas de esta última, en especial teniendo en cuenta que, después de que los Fiadores vendiesen su participación, la deuda se incrementó notablemente y se creó una segunda hipoteca. Esta loable intención, no obstante, presenta problemas al reinterpretar el artículo 1852 con vocación de generalidad, pues (i) puede acabar en situaciones de enriquecimiento injusto cuando el fiador está vinculado con el deudor y (ii) crea una paradoja en virtud de la cual un acreedor puede llegar a ver disminuidas sus posibilidades reales de cobro si desea mantener la fianza en vigor.

V. Esta decisión, y los problemas que plantea, son un síntoma de la crisis de la personalidad jurídica de las sociedades de capital, cada vez más acentuada en nuestros días, pues refuerza la idea de que la personalidad de una sociedad no puede disociarse de quiénes son sus socios en cada momento.

VI. Al fiador que tiene relación de identidad material con el deudor no se le debe reconocer acción de reembolso frente a este último (por ejemplo, si fuese su socio único), para evitar abusos de la personalidad jurídica. Por tanto, no debería poder beneficiarse de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

VII. Como alternativa a la solución que nos presenta la Sentencia, hemos de preguntarnos si la fianza prestada por personas o entidades vinculadas con el deudor se extingue cuando dicha vinculación desaparece, por carencia sobrevenida de causa. En caso afirmativo, debería reforzarse la eficacia de las cláusulas de cambio de control societario (por ejemplo, mediante la admisibilidad de su inscripción como causa de vencimiento anticipado del préstamo).

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 26 de febrero de 2019
- STS de 18 de abril de 1872
- STS de 11 de octubre de 1899
- STS de 31 de marzo de 1927
- STS de 7 de octubre de 1942
- STS de 10 de junio de 1966
- STS de 1 de marzo de 1983
- STS de 28 de febrero de 1985
- STS 580/1988, de 3 de febrero
- STS de 27 de octubre de 1993
- STS de 29 de noviembre de 1997
- STS de 30 de enero de 1999
- STS 409/2002, de 8 de mayo
- STS 577/2002, de 14 de junio
- STS 496/2006, de 19 de mayo
- STS 607/2006, de 9 de junio
- STS 470/2007, de 4 de mayo
- STS 26/2008, de 25 de enero
- STS 18/2009, de 3 de febrero
- STS 274/2010, de 5 de mayo
- STS 360/2010, de 1 de junio
- STS 761/2015, de 30 de diciembre
- STS 600/2020, de 12 de noviembre
- STS 363/2021, de 26 de mayo
- STS de 15 de diciembre de 2021
- SAP de La Coruña 539/2006, de 15 de diciembre
- SAP de Barcelona 319/2014, de 20 de junio
- SAP de Madrid 197/2015, de 18 de mayo
- RDGRN de 24 de abril de 1991
- RDGRN de 7 de febrero de 2012
- RDGRN de 20 de junio de 2012
- RDGRN de 9 de septiembre de 2013
- RDGRN de 31 de julio de 2014
- RDGRN de 21 de diciembre de 2018

X. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2022). Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la confianza. El derecho de reintegro entre cofiadores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 505 y sigs.

BOTÍA VALVERDE, A. (2012). El beneficio de inventario notarial (Otras formas de limitación de la responsabilidad *mortis causa*). [En línea], disponible en https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*, 254-255 y 258.

CASTILLA BAREA, M. (2013). Artículo 1838, en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tomo IX - Artículo 1760 a Disposiciones adicionales. Tirant lo Blanch. Valencia.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2006). El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza? *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1659-1766.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949). ¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima. *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1949, II-IV. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. Civitas. Segunda edición (reimpr.), 45-76.

— (1964). Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección tercera, Estudios jurídicos varios, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Instituto Editorial Reus. Madrid. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. (*op. cit.* 137-255).

DE COSSÍO, A. (1954). Hacia un nuevo concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre de 1954, 623-654.

DEL OLMO, P. (2019). Obligaciones, contratos y pago de un tercero. *Almacén de Derecho*. [En línea], disponible en https://almacendederecho.org/obligaciones-contratos-y-pago-de-un-tercero).

ESTÉVEZ, J.L. (1956). Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 159 y sigs.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007). *Sistema contractual romano*. 3.ª edición. Dykinson, 415, 422-423 y 436.

GARCÍA GARCÍA, A. (2018). Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer (p. 6).

— (2021). El derecho real de comiso y los problemas del «Derecho nuevo» de Cataluña. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785 (1455-1510).

GARCÍA GARCÍA, A. y PARRILLA QUINTIÁN, J. (2022). ¿El fin de la polémica en torno al valor de adjudicación en las subastas sin postores? Un comentario a la STS de 15 de diciembre de 2021. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo de 2022, 86.

GARCÍA GARRIDO, M.J. (2000): *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. Dykinson, 264.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid [s.n.], 466-477.

GASPAR LERA, S. (2017). *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi,101.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (2009). La hipoteca de seguridad, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil,* I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 706.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2007). Hipoteca sometida a condición suspensiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700 (817-823).

GORDILLO CAÑAS, A. (1995). Voz: Hipoteca, en *Enciclopedia Jurídica Civitas,* II. Civitas, Madrid, 3314.

GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albadalejo). Tomo XXIII - Artículos 1822 a 1886 del Código Civil. Edersa, 2.ª edición.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid. Dykinson. Tercera edición (529).

NIBOYET, J.P. (1927). Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés? *Revue de Droit International Privé*, núm. 402 (22).
NOONAN, J.T. (1957). *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press. Cambridge / Massachusetts), 55.
PITA BRONCANO, C. (2013). *La preferencia de los acreedores del causante*. Madrid. Dykinson, 69.
RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2017). Protección de los derechos de tercero a la extinción del usufructo por consolidación. Con ocasión de la RDGRN de 10 de noviembre de 2016. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 5.
ROCA SASTRE, L. (1954). *Derecho Hipotecario*, vol. IV. Barcelona. Bosch, 889, 929 y 933.
ROCA SASTRE, R.M.ª (1995): *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Octava Edición, 59.
TARDÍO PATO, J.A. (2003): El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (190-191 y 209-211).
VVAA (2019). *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, 55-56.
VICENT CHULIÁ, F. (1976). El Derecho mercantil del neocapitalismo. *Revista de Derecho Mercantil*, 7-69.

NOTAS

[1] Un buen ejemplo lo tenemos en el artículo 25 de la Constitución española, que proclama la reinserción social como fundamento de las penas que apartan al penado de la sociedad. En el campo del Derecho civil, la disociación entre las ideas de «*derecho*» y «*acción*» heredada de la pandectística alemana de finales del XIX da pie a situaciones paradójicas en aquellos supuestos en los que «*se tiene derecho, pero no acción*». Así, nuestro Código Civil prevé una serie de obligaciones cuyo incumplimiento no conlleva sanción (las conocidas como «obligaciones naturales»). Como ejemplo de esto último, el artículo 1756 del Código Civil dispone: «*el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital*». La doctrina moderna considera que el pago de intereses en el préstamo es una obligación natural, por lo que no cabe exigir su devolución (si bien es altamente discutible que el pago de intereses deba considerarse una obligación natural — cfr. NOONAN, J.T. (1957): *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press. Cambridge / Massachusetts) (p. 55). Otro caso llamativo lo constituyen las conocidas como «*deudas de juego*» en el artículo 1798 del Código Civil (quien gana en un juego de suerte, envite o azar tiene *derecho* a sus ganancias, pero no tiene *acción* para reclamarlas), si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de precisar que dicho artículo debe ser objeto de interpretación restrictiva, de forma que solo sea aplicable a los juegos prohibidos por ley, excluyendo la existencia de causa torpe o ilícita en los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto (cfr. por todas STS (Sala 1.ª) de 20 de enero de 1995).

[2] La Sentencia menciona en una única ocasión la cesión del remate «*a una inmobiliaria de su grupo*» (en la recapitulación de antecedentes en el fundamento jurídico 8.º). Sin embargo, no parece conceder importancia a este hecho (a lo largo de la sentencia se da a entender que coincidían en la misma persona la titularidad del dominio gravado y del gravamen hipotecario de primer rango).

[3] Sin embargo, desestimó la pretensión de ordenar el levantamiento de los embargos y la condena a la indemnización de daños y perjuicios, al apreciar falta de competencia objetiva.

[4] Expresión que tomo prestada de VICENT CHULIÁ, F. (1976): El Derecho mercantil del neocapitalismo. *Revista de Derecho Mercantil*, 7-69.

[5] En el Derecho clásico, el fiador no disponía por regla general del beneficio de subrogación, aunque dicha regla sí aparece comúnmente prevista en las legislaciones modernas. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V. (1990) Artículo 1852, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo). Tomo XXIII — Artículos 1822 a 1886 del Código Civil. Edersa, 2.ª edición.

[6] CASTILLA BAREA, M. (2013) Artículo 1838, en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tomo IX — Artículo 1760 a Disposiciones adicionales. Tirant lo Blanch. Valencia. Esta autora señala que tampoco faltan decisiones judiciales que conciban el reembolso y la subrogación como un remedio unitario.

[7] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022) *Tratado de los derechos de garantía*, 254-255 y 258.

[8] Siguiendo a CASTILLA BAREA (*op. cit.*), estos incluyen tanto los intereses convencionales que el deudor hubiera estipulado con el fiador como remuneratorios de la fianza como los intereses legales, a partir del momento en que el pago se haya notificado al deudor.

[9] La doctrina entiende que deben considerarse como gastos resarcibles los que se hayan producido a consecuencia del proceso de reclamación incoado por el acreedor contra el fiador.

[10] Cfr. STS 18/2009, de 3 de febrero citada entre otras por SSAP Madrid 182/2017 de 7 de abril, 29/2017 de 20 de enero, 323/2017, de 23 de junio, SAP Ciudad Real 133/2021, de 6 de mayo, AAP Barcelona 206/2015, de 3 de junio.

[11] GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid [s.n.], 466-477.

[12] CASTILLA BAREA, M. (2013) Artículo 1852, en *Comentarios al Código Civil* (*op. cit.*).

[13] GUILARTE ZAPATERO, V. (1990) Artículo 1852, en *Comentarios* (*op. cit.*).

[14] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid. Dykinson. Tercera edición (p. 529): «*El fiador no se ha obligado, sino para garantizar una deuda ajena; por tanto, con derecho de reembolso y subrogación en el sentido visto; y el acreedor ha de comportarse con diligencia tal que no perjudique al fiador, haciendo con su conducta que sea privado (en forma contradictoria con la función de garantía) de medios útiles de hacerse pagar por el deudor*».

[15] Ello por aplicación analógica de la STS 18/2009, de 3 de febrero, que estableció que el hipotecante por deuda ajena es un interesado en el cumplimiento de la obligación y, por tanto, si paga (ya voluntariamente, ya como consecuencia de la ejecución de la hipoteca), puede obtener al amparo del artículo 1210.3.º del Código Civil la subrogación en los derechos del acreedor. A este respecto destaca el extenso estudio de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2006): El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza? *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1659-1766.

[16] Siglas de *Special Purpose Vehicle*. Denotan aquellas sociedades-vehículo constituidas exclusivamente para acometer un determinado proyecto o inversión como, en este ejemplo, la promoción sobre un suelo y la venta de las viviendas resultantes. Este tipo de sociedades suelen tener un único activo (sobre el que se desarrolla el proyecto), y un único acreedor (el financiador de la promoción), por lo que un concurso de acreedores acabaría necesariamente por insuficiencia de masa.

[17] Habitualmente, los compradores de carteras de préstamos fallidos garantizados con hipotecas utilizan sociedades instrumentales en Irlanda o Luxemburgo (que llaman *LoanCos*) para la adquisición de los préstamos, mientras que los inmuebles se adjudican mediante cesiones de remate a sociedades filiales de las *LoanCos*, constituidas como sociedades limitadas en España (denominadas *REOcos*).

[18] A esta pérdida habrá que añadir los gastos de adquisición de los préstamos (esto es, aranceles de notaría y Registro de la Propiedad, y AJD), así como los gastos derivados de la ejecución hipotecaria y la reclamación al fiador.

[19] Para un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2022): Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la cofianza. El derecho de reintegro entre cofiadores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789 (pp. 505 y sigs.).

[20] STS de 26 de mayo de 2021: «*En nuestro caso, […] es cierto que la pérdida del derecho a subrogarse en las garantías hipotecarias es posterior al afianzamiento. Es consecuencia del concurso de acreedores del deudor principal. Podría entenderse que viene provocado por la vinculación del acreedor con el deudor, que le atribuye la condición de persona especialmente relacionada con el deudor y que provocará en el concursado posterior del deudor la subordinación de los créditos y la consiguiente extinción de las hipotecas. Pero el hecho que determina la subordinación y provoca la extinción existe al tiempo de que los fiadores consientan en el afianzamiento. En ese momento podían saber que uno de los socios de la deudora, con una participación muy significativa en el capital social (25%) es una sociedad filial del banco prestamista, circunstancia que de acuerdo con la jurisprudencia conllevará que, en el caso de una posterior insolvencia de la sociedad deudora, se le consideraría persona especialmente relacionada con el deudor y se extinguirían las hipotecas en aplicación del artículo 97.2 LC. No hay propiamente un acto posterior del banco acreedor que, contrariando la reseñada exigencia de buena fe, haya provocado el perjuicio para los fiadores de impedirles la subrogación en la hipoteca. Razón por la cual no apreciamos ninguna infracción del artículo 1852 del Código Civil*».

[21] La ejecución hubiese continuado frente a los Fiadores en procedimiento separado, una vez constatada la insuficiencia de los bienes hipotecados para saldar la deuda: la jurisprudencia mayoritaria entiende que el artículo 685-1 LEC no permite acumular la acción hipotecaria y la acción contra los fiadores de la deudora hipotecaria. Por todas, cfr. AAP Barcelona 325/2014, de 30 de diciembre: «*los Autos de la Sección 11 de 23 de febrero de 2010 y de 27 de junio de 2012, de la Sección 1.ª de 26 de marzo de 2012 y de la Sección 17 de 30 de enero de 2012 sostienen que en este tipo de procedimientos solo se puede dirigir la acción ejecutiva contra el deudor hipotecario y el hipotecante no deudor, si bien el Auto de la Sección 11 de 23 de febrero de 2012, después de considerar que, pese a la inexistencia en nuestra actual Ley Procesal Civil de una prohibición de acumulación de acciones, como existía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 166), no es posible admitir la acumulación en la ejecución hipotecaria de la acción hipotecaria y la acción personal contra el fiador, garante de la deuda del prestatario, si admite que la entidad ejecutante solicite la ampliación de la ejecución, en caso de insuficiencia del bien hipotecado, al amparo del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declarando que "la ejecutante debe esperar a la finalización de la ejecución instada para con posterioridad y si la misma no ha resultado suficiente para la satisfacción del crédito, actuar en la forma prevista en el artículo 579 citado". Este criterio también se siguió por los Autos de la Sección 14 de 13 de octubre de 2011 y de 29 de mayo de 2012, declarando esta última resolución que "cabe entender que la normativa general sobre acumulaciones cierra el círculo arropando la tesis de la instancia. Así, la pretendida acumulabilidad de acciones tropieza con que la LEC, se quiera o no, ha diseñado un tipo de procedimiento específico para ejecutar hipotecas (art. 73.1. 2.º) y acerca de la acumulabilidad de procesos ejecutivos, el artículo 77.1 nos lleva de nuevo al 555.4 LEC ". A mayor abundamiento, el actual artículo 579 LEC permite que, una vez agotada la acción real, por no haberse cubierto la totalidad de la deuda, se inicie la acción personal, que podrá instarse por los cauces de la ejecución ordinaria. Por su parte el artículo 555. 4 LEC establece que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado*».

[22] No se nos escapa que, en los supuestos de estas SSTS, el acreedor había cobrado parte de la deuda afianzada mediante la adjudicación del inmueble en pago de dicha deuda, de modo que la cantidad a pagar por los Fiadores hubiera sido menor que la originalmente garantizada. Por el contrario, en nuestro caso, la deuda afianzada (el primer préstamo) no se había reducido antes de la reclamación del Banco a los Fiadores: estos seguían *debiendo lo mismo* que si la hipoteca no se hubiese ejecutado. Esta circunstancia es ciertamente relevante, si bien (i) la sentencia no la tiene en cuenta en su fundamentación y (ii) no creemos que por sí misma tenga entidad suficiente para justificar que el Banco deba perder

la *única* garantía que le queda por el primer préstamo, tras la extinción de la hipoteca de primer rango.

[23] Artículo 1158 del Código Civil: «*Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago*». Artículo 1159 del Código Civil: «*El que pague en nombre del deudor, ignorándolo este, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos*». De lo que se infiere, a contrario, que el que pague al acreedor con conocimiento y consentimiento del deudor se subrogará en los derechos del acreedor. Es más, el artículo 1210. 3.º del Código Civil protege al Fiador en un caso como este, al presumir la subrogación en los derechos del acreedor cuando el tercero que paga «*tenga interés en el cumplimiento de la obligación*». Este sistema de admisión del pago por tercero es el que existe en todos los sistemas de Derecho civil continental (a modo de ejemplos, cabe citar los artículos 1236 del Code Napoléon, 1180 del Codice italiano y 267 BGB), en contraste con los sistemas anglosajones, en los que dicha institución no se reconoce con carácter general (de hecho, esta es una de las principales diferencias de nuestro sistema con los de *common law* — cfr. DEL OLMO, P. (2019): Obligaciones, contratos y pago de un tercero. *Almacén de Derecho*. [En línea], disponible en https://almacendederecho.org/obligaciones-contratos-y-pago-de-un-tercero).

[24] Como explicamos en un reciente trabajo (cfr. GARCÍA GARCÍA, A. y PARRILLA QUINTIÁN, J. (2022): ¿El fin de la polémica en torno al valor de adjudicación en las subastas sin postores? Un comentario a la STS de 15 de diciembre de 2021. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo de 2022 (p. 86), el Centro Directivo razona en sus múltiples resoluciones en la materia que los porcentajes del 60% y 50% expresados en el artículo 671 LEC deben considerarse límites mínimos por los que el acreedor (o el cesionario del remate) pueden adjudicarse la finca ejecutada con base en un «*criterio de mera justicia*» (*sic*). Así, cuando el inmueble constituya vivienda habitual, si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior al 70% y superior al 60% del valor de tasación, la finca debería adjudicarse por el importe de lo debido; nunca por el 60% (de forma que quedase deuda subsistente). De igual modo, cuando no estemos ante vivienda habitual, el porcentaje de 50% funcionaría también como un valor mínimo de adjudicación.

[25] Sentencia a la que dedicamos el estudio citado en la nota al pie anterior.

[26] Esta sentencia, sin embargo, falló a favor de la liberación del fiador con base en que el acreedor que ejecutó la primera hipoteca, titular también de una segunda, no hizo valer esta última, permitiendo que el sobrante de 17.128,84 Euros de la ejecución de la primera hipoteca fuese remitido y satisfecho como embargo del sobrante a un juicio ejecutivo seguido ante un juzgado de primera instancia de La Coruña por Doña Soledad, titular de una simple anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad sobre el inmueble hipotecado, con posterioridad a la segunda hipoteca. El acreedor (apelante) alegó que el crédito garantizado con la segunda hipoteca no estaba vencido, razón por la que no cuestionó la orden de retención del sobrante ordenada por el juzgado. La AP razona: «*No nos ofrece duda que si la Caja no tuviese el segundo préstamo avalado en modo alguno permitiría que el sobrante de una subasta, cuya percepción, en el trámite de liquidación de cargas, centra la atención preferente de los acreedores posteriores al crédito ejecutado, se remitiese a un Juzgado que simplemente había ordenado la retención del sobrante, como si un acto jurídico de tal naturaleza fuese de obligado acatamiento y otorgase prioridad sobre otros derechos y cargas anteriormente inscritos y anotados en el Registro de la Propiedad y de carácter preferente, y máxime cuando del número y clase de procedimiento indicado en el exhorto de 3 de diciembre de 2001: ejecutivo 522/1999 y la constancia en el mismo de la actora D.ª Soledad, fácilmente se deducía que se trataba del crédito que motivó la anotación preventiva de embargo, posterior a la segunda hipoteca preferente, lo que igualmente se hizo constar en el auto de 24 de enero de 2002, que no fue impugnado por la Caja, cuando tenía la obligación de preservar las garantías del crédito garantizado, actuando diligentemente a los efectos de obviar las consecuencias jurídicas de la aplicación del artículo 1852 del Código Civil. Tras el incumplimiento de la deudora principal la Caja se hallaba legitimada para dar por*

vencido el préstamo. Es más, en su propio condicionado se preveía que, si con antelación se hubiese incumplido alguna de las obligaciones garantizadas o se hubiese resuelto el préstamo, la subsistencia de la fianza (ver la cláusula para fiadores, f 47). Y si la propia Caja sostiene la falta de legitimación de los fiadores para exigir la devolución del dinero del sobrante, más diligente debió de ser para evitar que dicha suma se remitiese a otro Juzgado por una simple orden de retención del sobrante no fundada en preferencia susceptible de ser actuada, y que darse relevancia jurídica supondría la alteración del todo el régimen de liquidación y preferencia de cargas previsto en nuestro Derecho».

[27] RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2017): Protección de los derechos de tercero a la extinción del usufructo por consolidación. Con ocasión de la RDGRN de 10 de noviembre de 2016. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (p. 5): «*La producción de un hecho extintivo, trátese de hecho o acto jurídico o por causa legal, respecto de usufructos voluntarios y en los legales, determina la extinción del usufructo, desaparece como entidad jurídica autónoma y queda reabsorbido por la nuda propiedad para formar la propiedad plena; el nudo propietario deviene, así, propietario ordinario, sin más. Ese efecto se produce* ex nunc *(momento de la ocurrencia del hecho o acto extintivo), aunque a veces puede ser* ex tunc*, con retroacción de (algunos) efectos al momento de la constitución del usufructo —por ejemplo, en caso de nulidad del título constitutivo, o de resolución del derecho del constituyente, o de cumplimiento de la condición resolutoria—*».

[28] Cfr. STS de 7 de diciembre de 2005, que declara que la adquisición en subasta se verifica en la fecha de consumación de la venta, producida mediante tradición ficta con la expedición del testimonio del auto de adjudicación del remate. En la STS de 4 de octubre de 2006 se discutió quién había adquirido un inmueble doblemente embargado y subastado: frente a la tesis de la actora —que sostenía que la aprobación del remate a su favor consumó la venta en subasta celebrada en el primer juicio ejecutivo—, el Tribunal Supremo resolvió que la recurrente no llegó a adquirir la propiedad, pues solo se había expedido testimonio del auto de aprobación del remate en la segunda subasta. En el mismo sentido, la STS de 2 de diciembre de 2009. Cfr. GASPAR LERA, S. (2017): *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi (p. 101). Esta autora explica cómo la reforma de la LEC de 1881 operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, sustituyó el requisito de la escritura pública por un testimonio comprensivo del Auto de aprobación del remate expedido por el secretario judicial (hoy letrado de la administración de justicia). No obstante, la jurisprudencia siguió aplicando el esquema del título y el modo, atribuyendo efecto traslativo al mencionado testimonio, considerado una manifestación de la *traditio ficta*.

[29] No obstante, la DGRN denegó la cancelación instada por los recurrentes, por ser doctrina de la Dirección General que no pueden cancelarse las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador sin acreditarse la inutilización de los títulos cambiarios, pues tal cancelación podría producir indefensión a los posteriores tenedores de los mismos, si los hubiere. En el caso concreto había múltiples letras posteriores a las que dieron motivo a la dación, cuya inutilización no fue acreditada.

[30] La regulación del BdI en el Derecho común es, en palabras de PUIG BRUTAU, deficiente y defectuosa, lo que determina la inseguridad en su funcionamiento por parte de los operadores jurídicos, y también que sea muy infrecuente en la práctica.

[31] Entre ellos se encuentra nuestro Derecho común, que parte de la idea romana del heredero como continuador de la *domus*. Cfr. BOTÍA VALVERDE, A. (2012): El beneficio de inventario notarial (Otras formas de limitación de la responsabilidad *mortis causa*). [En línea], disponible en https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm. Por excepción, en Aragón opera automáticamente la limitación de responsabilidad a los bienes recibidos (cfr. artículo 355.1 del Código del Derecho foral: «*El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario*», y en Navarra, la Ley 318 del Fuero Nuevo dispone que «*El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir*».

[32] Cfr. artículo 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El beneficio de separación en favor del acreedor del CCCat es cónsono con la facultad del acreedor de oponerse a la partición de la herencia hasta que se le pague o afiance el importe de su crédito (arts. 1082 del Código Civil y 782 LEC).

[33] PITA BRONCANO, C. (2013): *La preferencia de los acreedores del causante.* Madrid. Dykinson (p. 69).

[34] En un trabajo sobre el derecho real de comiso (más conocido como «*condición resolutoria expresa*») razonamos por qué esta no constituye una *conditio* en el sentido estricto de la palabra, sino que más bien es un derecho real de garantía. Cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2021): El derecho real de comiso y los problemas del «Derecho nuevo» de Cataluña. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785 (pp. 1455 — 1510).

[35] ROCA SASTRE, R. M.ª (1995): *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Octava Edición, (p. 59).

[36] Cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2018): Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer (p. 6): «*La accesoriedad es la traslación de la teoría de la causa a los contratos de garantía: aunque el crédito y su garantía son autónomos, la garantía "sigue al crédito", es accesoria respecto de aquel. No existe garantía independiente de la deuda, pues la causa de aquella es garantizar el pago de esta*».

[37] ROCA SASTRE, L. (1954): *Derecho Hipotecario*, vol. IV. Barcelona. Bosch, (pp. 889, 929 y 933).

[38] GORDILLO CAÑAS, A. (1995): Voz: Hipoteca, en *Enciclopedia Jurídica Civitas,* II. Civitas, Madrid, 3314.

[39] GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: La hipoteca de seguridad, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil,* I, Madrid, Centro de Estudios Registrales (p. 706).

[40] Cfr. VVAA (2019); *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, 55-56.

[41] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2007): Hipoteca sometida a condición suspensiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 817-823.

[42] La RDGRN de 9 de enero de 2019 resolvió un caso en el que la registradora de la propiedad denegó la inscripción de una cancelación de hipoteca por dación en pago a favor del banco, por no constar que los representantes de este que firmaron la escritura de dación tuviesen poderes suficientes para cancelar hipotecas. Con cita de la antedicha RDGRN de 7 de febrero de 2012, «*extinguiéndose la hipoteca por confusión de derechos, conforme la doctrina expuesta, basta la solicitud que contenga la rogación, lo que resulta claramente de la escritura presentada a inscripción, en la que en la cláusula específica en la que se recoge la extinción de la hipoteca por confusión de derechos, «se solicita del Sr. registrador de la Propiedad practique en los libros a su cargo, la inscripción de la cancelación de dicha hipoteca». Tratándose de una solicitud de interesado, y constando el juicio de suficiencia exigido para el acto que lo ocasiona —dación de bien en pago de deuda—, circunstancias todas que resultan de la escritura, no es preciso un juicio pormenorizado de suficiencia para esta cancelación del asiento extinguido «ope legis» por confusión de derechos*».

[43] TARDÍO PATO, J.A. (2003): El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (pp. 190-191).

[44] Cfr. TARDÍO PATO (*op. cit.*) (pp. 209-211). Este autor cita como ejemplos las SSTS de 7 de marzo de 1995, de 26 de marzo de 1996 y de 26 de octubre de 1999. Cita también la STS (Sala III) de 4 de octubre de 1983, que da preferencia aplicativa a una norma de rango reglamentario considerada especial sobre una norma con rango de Ley, al entender que «*el Real Decreto-Ley 31/ 1978 (de 31 de octubre, de Política de Viviendas de Protección Oficial, que establece una regulación básica y genérica del régimen de dichas viviendas, que incluye normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento) es inidóneo para desvirtuar los efectos de una norma reglamentaria, el artículo 17, párrafo 3, apartado d), del Real Decreto 3148/1978 (de 10 de noviembre, que solo exige para la obtención de la calificación definitiva de las viviendas citadas un certificado de terminación de las obras del Arquitecto-Director de las mismas y no de los Aparejadores y Arquitectos Técnicos que han intervenido en ellas), dado que la norma de superior rango legal es general, que se limita a atribuir competencias genéricas, y la norma reglamentaria recurrida es una norma especial,*

que establece la competencia específica cuya regulación se impugna, debiendo "prevalecer el principio hermenéutico generalia, specialia non derogat" (considerando 5.º)». También cita la STS (Sala III) de 18 de septiembre de 1984, « *que aplica preferentemente una Resolución del Director General del año 1979 (26 de diciembre de 1979, de la Dirección General de Transportes Terrestres, que autorizaba a los organismos periféricos del Ministerio de Obras Públicas a proponer a la citada Dirección General la transmisión inter vivos de la tarjeta de transporte de mercancías), sobre una Orden Ministerial de 1980 (de 27 de junio de 1980, del Ministerio de Obras Públicas, destinada a fijar anualmente el cupo de autorizaciones de los servicios públicos discrecionales de mercancías). Y subraya la Sentencia que la Resolución de 1979 posee el carácter de disposición especial y que, en la Orden Ministerial de 1980 no aparece precepto alguno que la derogue expresamente o se oponga a su contenido; pues parte del principio general de que para que las disposiciones especiales puedan estimarse derogadas o abrogadas precisan bien de una expresa y nominativa derogación en una norma posterior de carácter general o la anulación por otra disposición posterior que tenga el mismo carácter especial. En el caso controvertido, la Sentencia prima, por lo tanto, la especialidad normativa no solo sobre el principio de temporalidad de las normas, sino también sobre el de jerarquía normativa*».

[45] CERDEIRA (*op. cit.*, 1707-1708), señaló que la aplicación del artículo 1852 al hipotecante no deudor es un justo desiderátum, que *de lege ferenda* podría resultar plausible, aunque *de lege lata* no lo sea. Cita a otros autores que en el Derecho comparado han señalado este agravio comparativo entre el fiador y el hipotecante no deudor (DE PAGE en Francia y ASCOLI en Italia).

[46] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), en *Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera, Estudios jurídicos varios, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. (*op. cit.*, 137-255).

[47] GARCÍA GARRIDO, M.J. (2000): *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. Dykinson (p. 264).

[48] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007): *Sistema contractual romano*. 3.ª edición. Dykinson (p. 415).

[49] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, en *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima*. *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1949, II-IV. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. Civitas. Segunda edición (reimpr.), 45-76.

[50] La razón de esto es que entre el sucesor del socio y los demás socios no necesariamente está presente la *affectio societatis*. Existe una *communio incidens*, es decir, una comunidad incidental, que es aquella situación en la que el estado en común no deriva del consentimiento de los comuneros, pues no se produce como consecuencia de una decisión libremente adoptada de poner la cosa al servicio de un fin decidido por ellos (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, 422-423).

[51] En relación con esta cuestión, DE CASTRO (Formación… *(op. cit.)* (p. 197)) habla de un movimiento legislativo que, impulsado por el liberalismo económico, se manifiesta en leyes permisoras de sociedades por acciones sin necesidad de previa autorización administrativa (el régimen de *octroi* que regía hasta entonces, propio de las corporaciones, que recibían esta autorización por ser de interés público —v.g. las llamadas *Compañías de Indias* durante la Edad Moderna). Esta nueva corriente se manifiesta por primera vez en Europa en las Leyes de Hamburgo de 28 de diciembre de 1835 y de Bremen, de 6 de diciembre de 1860, las primeras que permitieron a particulares la creación de personas jurídicas. En España, el régimen de autorización previa prevaleció hasta la llamada Revolución Gloriosa. Para DE CASTRO (Formación… *(op. cit.)* (p. 198)), «*los hombres de 1868 pretendieron llevar a la realidad jurídica los ideales del liberalismo*». Así, la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 20 de noviembre de 1868, sancionando el libre derecho de asociación (y firmado por Práxedes Mateo SAGASTA) reconoce el principio de libertad de asociación destacando que este ha hecho «*la grandeza y la fortuna de naciones como Inglaterra y Holanda, que explica hoy la mitad de la prodigiosa vida de los Estados Unidos*».

[52] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): Formación… *(op. cit.)* (p. 194).

[53] Por ejemplo, en el caso Daimler Co. Ltd vs. Continental Tyre & Rubber Co., en relación con una sociedad constituida en Inglaterra cuyas acciones pertenecían a ciudadanos alemanes: «*El demandado alegó que la sociedad era enemiga y que, por tanto, no podía ser demandada sin autorización de la Corona. La Cámara de los Lores mantuvo esa posición desconociendo el hecho de la nacionalidad británica de la sociedad por haberse constituido en Inglaterra, y atendiendo, sin embargo, al hecho de quien detentaba el control de la sociedad y de su activo para determinar su condición de enemiga*». En los años posteriores surgió entre los especialistas en Derecho Internacional Privado una corriente favorable a no atribuir nacionalidad a las sociedades. Cfr. NIBOYET, J.P. (1927): Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés? *Revue de Droit International Privé*, núm. 402 (p. 22).

[54] PUIG BRUTAU, J. (1956), en su comentario a la STS de 11 de octubre de 1955 observa que «*la constitución de una persona jurídica no es esencial al contrato de sociedad, que es simplemente la puesta en común de bienes, dinero o industria para partir las ganancias (art. 1665 CC)*» Citado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): Formación… *(op. cit.)* (p. 195). También DE COSSÍO, A.: (1954) Hacia un nuevo concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre de 1954, 623-654: «*¿Qué es lo que afirmamos cuando decimos que un determinado complejo de personas, de bienes o de relaciones se halla dotado de personalidad jurídica? […] La crisis actual del concepto de persona jurídica deriva por tanto de su insuficiencia para explicar una serie de fenómenos*» y ESTÉVEZ, J.L. (1956): Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho* (pp. 159 y sigs.): «*Preguntémonos ahora, antes que nada, ¿qué es una persona jurídica? […] Entre el fenómeno asociativo y la personalidad humana, si prescindimos del alcance metafórico de la designación, no existe paridad legal*».

[55] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): La Sociedad Anónima y la deformación… *(op.cit.)* (p. 37): «*Adviértase el absurdo técnico de hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más ratio que la conveniencia del mismo interesado, con titularidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro*».

[56] A modo de ejemplo, el artículo 1837 del Código Civil señala que, en caso de pluralidad de fiadores, la regla es de parciariedad (la obligación de responder se divide entre todos, de forma que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que en los contratos de fianza mercantil no existe tal beneficio de división pues en los contratos de fianza mercantil debe presumirse el carácter solidario de las obligaciones (cfr. SSTS de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969, 16 de junio de 1970, 20 de octubre de 1989 y 26 de mayo de 2004).

1.6. Responsabilidad civil

Causa eficiente y concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual: análisis de sus fundamentos y consecuencias jurisprudenciales

Efficient cause and contributory fault in non-contractual liability: an analysis of their fundamentals and jurisprudential consequences

por

KAREN M.ª VILACOBA RAMOS

Profesora del Departamento de Derecho Romano. Dra. en Derecho e Historia
Coordinadora Grado de Derecho UNED

RESUMEN: El Código Civil no contiene un precepto que regule específicamente las consecuencias de la intervención de la culpa de la víctima en un resultado dañoso. Los juristas romanos de época republicana elaboraron algunas nociones de culpa extracontractual a partir de la *lex Aquilia* que siguen siendo aprovechadas por nuestra jurisprudencia para concretar las consecuencias de aquellas conductas lesivas acaecidas por culpa de la víctima. Ahora proponemos un análisis jurisprudencial de la compensación de culpas y de la degradación de la responsabilidad derivada del hecho causado por la propia víctima.

ABSTRACT: The Civil Code doesn't contain a precept that specifically regulates the consequences of the intervention of the victim's fault in a harmful result. The Roman jurists of the Republican period elaborated some notions of non-contractual fault based on the lex Aquilia which are still used by our jurisprudence to specify the consequences of those harmful conducts caused by the fault of the victim. We now propose a jurisprudential analysis of the compensation of fault and of the degradation of the liability derived from the fact caused by the victim.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad extracontractual. Culpa exclusiva de la víctima. Concurrencia de culpas.

KEY WORDS: Damage. Liability. Culpa sua.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES: DE LA CULPA COLECTIVA A LA TRANSFORMACIÓN EN LA NOCIÓN TÉCNICA DE LA CULPA INDIVIDUAL.—II. EL CONCEPTO ROMANO DE CULPA: LA CULPA AQUILIANA: 1. ASPECTOS PREVIOS SOBRE LA *LEX AQUILIA*: DOCTRINA CLÁSICA Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS. 2. EL AFORISMO *QUOD QUIS EX CULPA SUA DAMNUM SENTIT, NON INTELLEGITUR DAMNUM SENTIRE:*

NO SE ENTIENDE QUE CONCURRE DAÑO, SI EL CAUSANTE ES QUIEN LO HA PRODUCIDO. 3. LA CAUSA EFICIENTE: LA CULPA DEL AUTOR NO SE COMPENSA CON LA DE LA VÍCTIMA, SINO QUE AMBAS CONCURREN EN LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO DAÑOSO EN LAS SSTS DE 3 DE ABRIL DE 1940, 14 DE MAYO DE 1955 Y DE 15 DE DICIEMBRE DE 1984.—III. LA CULPA DE LA VÍCTIMA: LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ACTUALES: 1. PLANTEAMIENTO Y NOCIONES PRELIMINARES: CONCURRENCIA Y CONCURSO DE CULPAS. 2. ACAECIMIENTO DE PERJUICIOS EN EVENTOS DEPORTIVOS: LA ASUNCIÓN DEL RIESGO: RESOLUCIONES JUDICIALES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.—IV. CONCLUSIONES.—V. FUENTES JURÍDICAS Y LITERARIAS.—VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS. —VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PRELIMINARES: DE LA CULPA COLECTIVA A LA TRANSFORMACIÓN EN LA NOCIÓN TÉCNICA DE LA CULPA INDIVIDUAL

En las sociedades antiguas, el paso del concepto de culpa colectiva al de la individual[1] facilitó, en gran medida, el planteamiento y posterior desarrollo de su noción jurídica. Gracias a esta transformación, en la antigüedad se pudo promover el enjuiciamiento de todo aquel sujeto que hubiese tenido una conducta lesiva[2] contra otros en cualquier aspecto, pues como señala MOLNÁR[3], «solo cuando los hombres se preguntan e indagan sobre los elementos conscientes de su conducta, los juristas empiezan a descubrir y a deslindar en los daños producidos por determinados comportamientos junto al dolo la culpa»[4]. El texto, por ejemplo, de Aristófanes es representativo en este sentido cuando afirma: «Más aún, cuando el Consejo y la Asamblea no ven claro qué decisión tomar en un asunto importante, un decreto prescribe que se entreguen los culpables a los jueces»[5].

Efectivamente, los juristas romanos articulan el concepto jurídico de culpa[6] por medio de la *lex Aquilia*. Dicha ley[7] es, en realidad, un plebiscito cuyo nombre responde al tribuno AQUILIO[8] quien se piensa la propuso en el siglo III a.C.[9] Esta *lex* está compuesta por tres[10] capítulos[11] con el fin de tutelar el delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum)*. A partir de su promulgación, se van a derogar todas las leyes precedentes —tanto de las Doce Tablas como de otras[12]— que trataban el dicho daño.

Como recogía DÍEZ-PICAZO[13], la responsabilidad civil, hasta fines del siglo XIX, en que se tipifica en los textos codificados[14] basada en la *lex Aquilia* y sus posteriores comentarios de los glosadores medievales, se fundamentaba en el concepto exclusivo de culpa. De ahí que compartamos las palabras de SCHIPANI[15] quien declaraba que la mencionada *lex* «preveía algunos supuestos de hecho más bien limitados según los cuales, si una o más personas destruían o deterioraban una cosa ajena, derivaba la obligación al pago de una suma de dinero a título de pena». Estos supuestos, (*occidere*, *urere*, *frangere*, *rumpere*) además, se convirtieron en la base sobre la que se cimentó el principio general de responsabilidad extracontractual de nuestro sistema jurídico.

Bien es verdad, que en el Derecho Romano no se emplea el concepto de «responsabilidad», pues es un término que aparecerá en el lenguaje jurídico a partir del siglo XVIII. Como aprecia el ya mencionado SCHIPANI[16], el sustantivo «responsabilidad» deriva del verbo latino «*respondere*», usado para indicar la acción de proporcionar respuesta a una pregunta asumiendo una obligación o garantizando alguna cosa. En idéntica línea, sostiene DE ÁNGEL[17] que la sanción jurídica por una conducta causante de un daño es una constante histórica desde tiempos romanos, traducida en la obligación de reparar o indemnizar a la víctima.

En suma, estará sujeta a responsabilidad. Posteriormente, toda la noción y teoría, hubo de evolucionar en justa consonancia con las necesidades exigidas por las sociedades industriales, y facilitar una correcta reparación desde la perspectiva jurídica, a quienes sufren daños de distinta naturaleza.

Como hemos indicado, el objeto de este artículo consiste en analizar el origen y la actualidad de la culpa de la víctima —lo que desde el Derecho Romano se entiende como *culpa sua*— en la responsabilidad extracontractual. Con este fin estudiaremos, en primer lugar, el concepto de culpa en el Derecho Romano. En segundo lugar, abordaremos la jurisprudencia reciente, a través de una selección de sentencias dictadas en los últimos años sobre esta materia. Finalmente, una vez apuntadas las distintas posiciones doctrinales, apuntaremos las conclusiones correspondientes.

II. EL CONCEPTO ROMANO DE CULPA: LA CULPA AQUILIANA

1. Aspectos previos sobre la *lex aquilia*: doctrina clásica y supuestos controvertidos

Es comúnmente aceptado, como hemos señalado, que los juristas republicanos desarrollaron el concepto de culpa extracontractual[18] desde su introducción por la *lex Aquilia*. Por lo que la culpa elaborada con la interpretación de dicha ley constituyó una aportación genuina, ya que los juristas romanos confeccionaron un concepto técnico con el fin de resolver la obligación que surgía por la causación de un daño. Esta ley tipificaba los supuestos de daños patrimoniales[19].

APULEYO asevera en una de sus obras, «Cualquier inocente puede, en efecto, ser acusado, pero no probarse culpabilidad, si no es verdaderamente culpable»[20] Esta afirmación es una evidencia de lo que ha puesto de manifiesto CASTRESANA[21], en clara referencia al valor de «culpabilidad» que las fuentes han otorgado al concepto de culpa. Concretamente, las fuentes literarias en este sentido, como destaca esta autora[22], otorgan al concepto de culpa el valor de «culpabilidad», desde el punto de vista de imputabilidad del hecho, con un resultado de *damnum*. Desde esta perspectiva, la culpabilidad estará compuesta de dos elementos fundamentales: el dolo y la culpa.

Para D'ORS[23] el *damnum* al que se refería la ley debía ser *datum*, por lo que se concibió que tenía que haber una relación causal corporal (*damnum corpore corpori datum*)[24], es decir, debía ser causado con el cuerpo y en el cuerpo. Esto último, así como otros requisitos de carácter procesal, implicaron que determinados supuestos quedaban fuera de la aplicación de esta ley. En su virtud, el pretor otorgó protección, mediante la concesión de acciones pretorias, para ampliar así el ámbito tuitivo de esta ley[25].

Por su parte, el concepto de culpa aquiliana, siguiendo a CASTRESANA[26], responde a la infracción de un deber en la conducta que solo existe en relación con la acción positiva del autor de *damnum*. QUINTO MUCIO[27] advertía que culpa es lo «que pudiéndo haber sido previsto por persona diligente[28] no lo fue, o se avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro». KUNKEL[29] con perspicacia, subraya que, en la definición de ESCEVOLA, hay una influencia de la obra aristotélica. No es la perspectiva de WINKEL[30], al destacar que la época en que vivió QUINTO MUCIO era temprana en exceso; por ello, resulta ciertamente incongruente afirmar esta ascendencia directa en Roma del tercer libro de la *Ética Nicomaquea*. Sea como fuere, tradicionalmente, el concepto de culpa se ha identificado con negligencia[31].

En suma, el paradigma en el mundo romano es la diligencia[32] del *paterfamilias* (*diligens paterfamilias*), modelo de actuación en los actos y negocios jurídicos. Declara así GARCÍA GARRIDO[33] «de esta referencia se sirven los juristas para determinar la noción de culpa como la falta de diligencia propia de un buen padre de familia». Por lo tanto, es reprobable el comportamiento de un sujeto que no ajusta su conducta a una norma general, por lo que, en su actuación, quebranta el criterio general de prudencia y diligencia. En esta reprochabilidad radica, a juicio de SCHIPANI[34], en que «el dinamismo de un principio capaz de extenderse a toda situación lesiva, incluso nueva y que el legislador no se había planteado jamás hasta ese momento».

Con todo y sobre lo anterior, hemos de recoger que CANNATA[35], sostiene que el concepto de culpa responde a aquellas actuaciones humanas libres que pueden ser censurables. De este modo, los juristas comienzan a tipificar la particularidad de la conducta, fijando, por tanto, el nexo de causalidad entre esa conducta y el *damnum*. En síntesis, será censurable todo tipo de intervención derivada de una libre elección. No se nos escapa, por lo expuesto, que, en toda esta actuación, la voluntad del individuo va a ser relevante. Ya que toda acción libre depende de la voluntad del sujeto, pues como fijaba Séneca «El Viejo», «toda acción honorable la emprende la voluntad y la lleva a término la oportunidad»[36].

Por otra parte, es destacable en el concepto de culpa, la previsibilidad por parte del agente del resultado lesivo de su acción. CASTRESANA[37] hace notar que algunos juristas clásicos tienen en cuenta esta falta de previsión del culpable sobre los posibles resultados lesivos de una acción, apoyándose en la *infirmitas* y en la *imperitia*[38], constituyéndose ambos, en elementos integradores de la culpa. ZIMMERMANN[39] elabora la responsabilidad por *imperitia* como un buen ejemplo de un enfoque objetivo de los juristas romanos, así en el caso de los médicos[40], estos no eran estimados por su experiencia o si podían haber previsto la consecuencia, lo que importaba realmente era si poseían las habilidades necesarias para ejercer su profesión[41]. Por lo tanto, los juristas con este planteamiento buscan un establecimiento objetivo de la culpa.

Como evidencia, resulta especialmente ilustrativo el supuesto que plantea GAYO, D.9,2,8,1[42] sobre un mulero que hubiese sido incapaz de retener por *imperitia* el ímpetu de las mulas, y por esa causa hubiesen atropellado a un esclavo ajeno. Para el parecer del jurista, el mulero debe responder por culpa. Por otro lado, si no hubiese podido retener el ímpetu de las mulas por *infirmitas,* debe responder igualmente por culpa, pues como refiere GAYO «no parece injusto que la debilidad se compute a culpa desde el momento que nadie debe asumir un trabajo en el que sabe o debe saber que su debilidad ha de ser peligrosa a otros».

Otro supuesto sugestivo es el que PAULO refiere en D.9,2,30,3:

D.9,2,30,3 *(Paulus libro vicensimo secundo ad edictum): In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut neglegentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpae reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet.*

En la primera parte del texto, PAULO expone el caso de que alguien hubiese prendido fuego a su rastrojo o zarzal para quemarlo, y este se hubiese extendido dañando la mies o el viñedo ajeno. El jurista en el texto observa la culpa bajo dos aspectos: en primer lugar, uno relativo a la *negligentia,* pues como se

informa había habido un abandono del fuego, por lo que supone un quebrantamiento de la atención que se le presume a todo *homo diligens*[43], y, por otro lado, considera que igualmente actúa con culpa aquel que enciende un fuego en un día de fuertes vientos, por lo que claramente se traduce en una actuación con *imperitia*. No obstante, al final del fragmento, PAULO exime de toda culpa al sujeto, si este hubiese tenido en cuenta todo lo preciso con el fin de poder evitar un daño, ya que no habría actuado de manera negligente. Además, no se contemplaría ninguna culpa, en el caso que una ráfaga de viento hubiese causado la propagación del fuego, puesto que este no se podía prevenir, por ser un caso fortuito y de fuerza mayor.

Referente a los aspectos previos, REINOSO BARBERO[44] es de la opinión, que tanto el caso fortuito (*casus*) como el de fuerza mayor (*vis maior*) tuvieron una mayor elaboración en los derechos griegos que en el romano, debido a que fue bajo la influencia griega cuando se maduraron estos conceptos, y Roma en ese momento, no había alcanzado el grado de exactitud en la calificación jurídica de una lista de posibles desastres naturales. Por otro lado, los daños causados accidentalmente, o por fuerza mayor, sin intervención de culpa, quedan excluidos de la *lex Aquilia*[45].

2. El aforismo *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire:* no se entiende que concurre daño, si el causante es quien lo ha producido

En el Derecho Romano se contemplaba el principio de que, si la víctima intervenía culpablemente en la producción del daño, o, dicho de otra manera, si el daño era imputable a su culpa, esta no tenía derecho a indemnización alguna. SAN MARTÍN[46] recoge la doctrina que justifica la aplicación de dicha regla y que recogemos a continuación:

a) se trata de una aplicación del principio *volenti non fit iniuria;*
b) la negligencia de la víctima altera o interrumpe el nexo de causalidad entre la culpa del agente y del daño;
c) se trata de un principio de economía jurídica;
d) se debe a la rigidez del sistema procesal romano que no permitía repartir el riesgo entre el agente y la víctima.

El daño aquiliano encuentra su fundamento en uno de los *tria iuris praecepta* que enuncia ULPIANO: *alterum non laedere*[47], es decir, exige alteridad. Bien es cierto, que podían surgir situaciones, en las que el encadenamiento de acciones se tradujera en un acto de carácter lesivo, fuese por culpa exclusiva de la víctima o por concurrencia de culpas, de la víctima y del agente. Como apunta CASTRESANA[48], esta cuestión no era tan preocupante para la Jurisprudencia romana como lo hoy es, con lo que la expresión «compensación de culpas»[49] no procede en sí, del Derecho Romano. No obstante, sí se aplicó en relación con supuestos de responsabilidad de custodia y, en concreto, en el caso del depositario.

Como veremos más adelante, para algún sector doctrinal es aceptado que fue BASSIANO el que por primera vez desarrolló la perspectiva «de la consensualidad y de la concurrencia y compensación de culpas», en relación con la responsabilidad aquiliana[50].

Si el daño era producido por culpa exclusiva de la víctima, era de aplicación la regla formulada en D.50,17,203 (*Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium*):

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (No se entiende que padece daño el que por su culpa lo sufre)[51]. ACCURSIO, como apunta LÓPEZ-RENDO[52], sustituye en su enunciación *culpa* por *causa*, si bien con idéntico significado —*Quod quis ex causa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*—. En la glosa a *ex causa* indica que no parece sentir daño quien a sí mismo causa daño: *damnu sentire non videtur qui sibi damnum dedit*. Asimismo, según Rafael DOMINGO[53], se recoge en la *Glosa* de Gregorio LÓPEZ (fol. 101) y posteriormente en las Decretales de BONIFACIO VIII, *Liber Sextus* 5,12,86 con la siguiente formulación: *Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis, imputare* —El daño que uno siente o recibe por culpa suya, debe imputársele a él y no a otros—, lo que dio lugar a la máxima *sua cuique culpa nocet*. En este caso la culpa de la víctima opera como criterio de imputación del daño, a diferencia del texto de POMPONIO en el que se configura como supuesto de inexistencia de *damnum*.

El mismo jurista en un texto recogido en D.13,6,23 en un supuesto de comodato, mantiene que la responsabilidad es de quien haya sido negligente en el cuidado de la cosa comodada.

D.13,6,23 *(Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium): Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit*.

En este supuesto, se considera que el comodante ha incurrido en culpa al comodar un caballo para un viaje largo cuando el animal no estaba en condiciones de realizar. La expresión que se recoge es *in culpa ero*.

Estos textos y, otros muchos, son la muestra de que, en la jurisprudencia romana, la culpa de quien sufre el daño exonera de toda responsabilidad a quien podría considerarse el autor de este y que, en varios textos de Digesto, se recoge con la expresión *culpa sua*.

De entre varios testimonios hemos elegido dos, en los que el planteamiento del jurista de las distintas situaciones, matices y circunstancias es muestra evidente de la precisión, a la par que sencillez y rigor, del derecho jurisprudencial romano.

Un caso paradigmático es el del lanzador de jabalinas que comenta ULPIANO y que explica las distintas soluciones en relación con la responsabilidad dependiendo de quien incurra en negligencia, es decir, en culpa[54].

D.9,2,9,4 *(Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.*

En la primera parte, se contempla la muerte de un esclavo por el lanzamiento de jabalinas de un tercero que las lanza por diversión. Es evidente que, en estas circunstancias la responsabilidad es del lanzador por su actuación negligente y, quedará sujeto a la *actio legis Aquiliae* del dueño del esclavo.

En la parte final, se evidencia que el lanzador no actúa negligentemente sino de forma deliberada, por lo que igualmente quedará sujeto a esta misma acción. En la segunda parte, se refiere precisamente a la falta de responsabilidad del tirador si el esclavo por negligencia pasa por un campo de tiro. Es decir, ante la culpa del esclavo se exonera al lanzador cuya jabalina causa la herida.

En distintos textos se cuestiona quién será el que ostente la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de la *lex Aquilia*; el punto crítico reside, pre-

cisamente, en la determinación de la culpa bien del agente o bien del que ha sufrido la herida, incluso, la muerte.

Otro supuesto también muy conocido es el de barbero, donde también ULPIANO expone ante el mismo resultado (el corte en la garganta del esclavo), distintas posibilidades en relación con quién debe asumir la responsabilidad, dependiendo de a quién se considere culpable.

D.9,2,11pr. *(Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa «a»diecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illu«d» male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*

El supuesto no es otro que estaban jugando a la pelota en un lugar donde afeitaba un barbero y, a consecuencia de un fuerte tiro, la pelota lanzada golpea la mano de quien desarrollaba la actividad y resultó seccionada la garganta del esclavo a quien afeitaba. En este pasaje, ULPIANO ofrece una respuesta general de MELA que señala que quedará obligado por la *lex Aquilia* los que sean culpables. Recoge también la opinión de PRÓCULO, que señala que si el barbero afeitaba en un lugar muy transitado y donde era lugar de juegos debe asumir la responsabilidad. ULPIANO, no obstante, también alude a la opinión de otros, que estima acertada, y que mantiene que si alguien se confía a un barbero que ejerce su profesión en un lugar peligroso debe asumir él la culpa.

Otros supuestos estudiados por la doctrina son los que se recogen en: D.9,2,31; D.9,2,28; D.9,2,52,1, todos ubicados en sede de *lex Aquilia de damno*. MEDINA[55] señala en estos hechos, y en el que hemos tratado sobre el lanzador de jabalinas (D.9,2,9,4), que los juristas tratan de establecer si hubo culpa exclusiva de la víctima y en cuyo caso cesa la acción y la víctima culpable no recibe indemnización. Esta postura, igualmente, había sido apuntada por NATALI[56] manteniendo que no se concede la *actio legis Aquiliae* cuando el dañado, o víctima, había dado lugar al daño por un hecho propio.

Así vemos, cómo desde el Derecho Romano, la culpa de la víctima en la causación del daño exonera de responsabilidad a quien directamente provoca el daño, por lo que *Aquilia cessat* como señala ULPIANO en el supuesto del lanzador de jabalinas en D.9,2,9,4. Por tanto, la culpa de la víctima es un límite a la responsabilidad del agente dañoso con virtualidad suficiente para declarar la inexistencia de responsabilidad —*culpa damnum abolet*. No obstante, será aplicable sin excepción cuando el daño es por culpa exclusiva de la víctima.

3. La causa eficiente: la culpa del autor no se compensa con la de la víctima, sino que ambas concurren en la producción del resultado dañoso en las SSTS de 3 de abril de 1940, 14 de mayo de 1955 y de 15 de diciembre de 1984

Comenzaremos por la conocida STS, de 15 de diciembre de 1984, siendo Ponente el magistrado don José BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, (seguida entre muchas otras por la STS de 16 de octubre de 1993 ES:TS:1993:17702) fundamenta en la Doctrina ya sentada en la materia objeto de estas líneas, al estar refrendada por otras dos resoluciones que señalaremos. Por tanto, sienta que en materia *Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpa. Compensación*:

El concepto de compensación de culpas, aunque surgido para la responsabilidad contractual, fue extendido por la jurisprudencia a la que nace de la culpa extracontractual, pero naturalmente en el sentido determinado por la ley que, al permitir aquella moderación, concede la facultad discrecional al Juzgador, precisado por la jurisprudencia, a partir de las sentencias de 3 de abril de 1940 y 14 de mayo de 1955, que sirvió para incluir el supuesto de la concurrencia de culpas en el que, para la producción del resultado dañoso interviene en la acción u omisión del perjudicado que incide en la esfera de su propia responsabilidad. Parte de la idea de que la culpa del autor no se compensa con la de la víctima, sino que ambas concurren en la producción del resultado dañoso y consiste, esencialmente, en estimar demasiado dura para la víctima la sanción compensatoria que excluye todo derecho a la reparación —no siendo la culpa exclusivamente suya— afirmando que tenía que valorarse discrecionalmente por los Tribunales, a los que se les debe facultar para establecer una gradación, atendiendo las circunstancias del caso, que posibilite llegar a la compensación de lo único compensable, que son las consecuencias reparadoras.

El principio es de aplicación cuando la causa eficiente y adecuada del perjuicio sufrido se encuentra en la propia conducta de su autor, «quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, y quien asumió también un resultado que se presentaba como previsible y claramente evitable, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo […] y el resultado lesivo producido. Este se ha de imputar, pues, al propio perjudicado, conforme a la regla *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (Digesto*, libro 50, tít. 17, regla 203), que tiene su traducción en la Ley 22, tít. 34, de la *Partida Séptima*, que expresaba: "que el daño que ome recibe por sua culpa, que si mesmo debe culpar por ello"» (STS, 1.ª, 20 de diciembre de 2007, rec. 5326/2000). En cuanto a la interconexión del principio con el régimen del error, se exige que este no sea inexcusable (evitable con una conducta razonablemente diligente), para que quien lo padece merezca algún tipo de protección, conforme a esta regla, pues no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido (STS, 1.ª, 7 de diciembre de 2004, rec. 3099/1998). No obstante, la regla «no justifica reducción alguna del *quantum* de la responsabilidad cuando la aportación causal del perjudicado no sea jurídicamente relevante o valorable» (STS, 1.ª, 25 de septiembre de 2007, rec. 3311/2000).

En el asunto en cuestión, los hechos declarados probados afirmaban que es «de resaltar que el día once de febrero de mil novecientos setenta y cinco, sobre las doce horas, un tren de la línea del ferrocarril Las Arenas-Plencia (Vizcaya), en el paso a nivel, sin barrera, ni guarda, situación en el kilómetro 3,369 de la línea, en el paraje de Larrondo, del término de Sopelana, arrolló a un coche turismo propiedad de la empresa Marston Ibérica, Sociedad Anónima, conducido por su único ocupante, ingeniero directivo de aquella, siendo arrastrado el coche ciento cuarenta metros, deteniéndose el tren al descarrilar y colisionar seguidamente con un poste del tendido eléctrico de la línea del ferrocarril, resultando muerto en el acto el conductor del turismo y con graves lesiones el Interventor y el Jefe del tren que viajan en este».

En el tercer motivo de casación, también desestimado como los anteriores declara el Ponente: «se denuncia violación de la doctrina que, sobre la compensación de culpa, contienen las Sentencias de este Tribunal Supremo que cita, en

relación con el artículo mil ciento tres del Código Civil que, en efecto, autoriza a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia; precepto que, aunque dictado para la responsabilidad contractual, fue extendido por la doctrina jurisprudencial, a la que nace de culpa extracontractual, pero naturalmente en el sentido determinado por la Ley que, al permitir aquella moderación, concede una facultad discrecional al Juzgador, precisado por la Jurisprudencia a partir de las Sentencias de tres de abril de mil novecientos cuarenta y catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, que sirvió para incluir el supuesto de *la concurrencia de culpas en el que para la producción del resultado dañoso interviene la acción u omisión del perjudicado que incide en la esfera de su propia responsabilidad; carente de normativa legal en nuestro Código, siguiendo, al napoleónico y al italiano de mil ochocientos sesenta y cinco, fue resuelto por la antigua doctrina, equiparándolo al caso de culpa exclusiva de dicho perjudicado, con la fórmula de la compensación de culpas que elimina la posibilidad de resarcimiento, de acuerdo con el clásico principio descrito por Pomponio*, según el que "*quod quis exex culpa sua damnum sentit, non inteligitur damnum sentire*" (fr. 203, D. 50, 17); la doctrina evolucionó científica y legislativamente, como refleja el párrafo doscientos cincuenta y cuatro del Código Civil alemán (BGB), al que sigue el artículo mil doscientos veintisiete del italiano de mil novecientos cuarenta y dos (aplicado al campo extracontractual por el dos mil cincuenta y seis), correspondiendo con la evolución operada en el Derecho anglosajón, donde la vieja fórmula de la «contributory negligence» es sustituida por la de la «comporative negligence» (*Law Reform Act* inglesa de mil novecientos cuarenta y cinco, Sección I) y con la moderna tendencia de la jurisprudencia francesa; parte de la idea de que la culpa del autor no se compensa con la de la víctima, sino que ambas concurren en la producción del resultado dañoso y consiste, esencialmente, en estimar demasiado dura para la víctima la sanción compensatoria que excluye todo derecho a la reparación —no siendo la culpa exclusivamente suya— afirmando que tenía que valorarse discrecionalmente por los Tribunales, a los que se les debe facultar para establecer una gradación, atendiendo las circunstancias del caso, que posibilite llegar a la compensación de lo único compensable, que son las consecuencias reparadoras. Esta fue la línea seguida igualmente por la jurisprudencia española, para llenar el vacío legal, aunque a veces continúe utilizando la antigua denominación de compensación de culpas para referirse al fenómeno de concurrencia o concurso, con una discrepancia que, sin embargo, afecta más a la terminología que a la sustancia, correctamente expuesta y reiteradamente sostenida, de lo que son ejemplos más recientes las sentencias de diez de mayo de mil novecientos sesenta y tres, nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, treinta de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, quince de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, treinta de abril y veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y ocho, veintitrés de enero de mil novecientos setenta, trece de febrero de mil novecientos setenta y uno, dos de febrero de mil novecientos setenta y seis, treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y ocho, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y doce de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.

Considerando que la aplicación de la doctrina, al supuesto contemplado, se apoya en los dos puntos fundamentales de aquella: El primero o inicial, es necesariamente el de las circunstancias de hecho concurrentes, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada en la instancia, que en el presente caso no fue controvertida en casación, donde se refleja la indispensable concurrencia, pues junto con las omisiones culposas referidas, de parte de la sociedad que recurre

en este trámite, aparece la conducta del conductor del *coche accidentado, que era Ingeniero directivo de la empresa que instó y gestionó la ampliación del paso a nivel y la instalación de las medidas de protección y seguridad, siendo por ello, conocedor del paso que atravesaba varias veces al día y de los horarios de los trenes, lo que exigía —habida cuenta la reconocida peligrosidad— una mayor diligencia y cuidado de los normales; y uno segundo, que debe reputarse decisivo, en este proceder, cual es el de la apreciación de todo lo expuesto, en su concurrencia para el resultado dañoso, a los fines de la indicada gradación*, que implica un juicio de valor en el que directamente actúa la discreción judicial, valorando no solo aquellos datos en lo que tienen de fácticos, sino también en lo que representan de intereses que entran en juego, que el juzgador debe ponderar para discernir cuál y en qué medida es más digno de protección; con un decidir que, justo por la inderogable discrecionalidad, no es susceptible de motivar una impugnación casacional, como pretende el recurso».

III. LA CULPA DE LA VÍCTIMA: LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ACTUALES

1. Planteamiento y nociones preliminares: concurrencia y concurso de culpas

La doctrina dominante española utiliza la expresión «culpa de la víctima» para describir la mediación causal de la víctima en la producción del daño, bien sea total o parcial, y que puede exonerar al agente dañoso[57]. No obstante, es importante matizar que la expresión «culpa de la víctima», no debe considerarse en un sentido propiamente técnico, en cuanto se entiende la «culpa» como la infracción de un deber jurídico[58], ya que la culpa en sentido jurídico resulta ser la transgresión de un deber jurídico frente a un tercero, por lo que no se respeta el principio *alterum non laedere*[59]. Parece claro que la jurisprudencia presente en su elaboración doctrinal acude a las reflexiones de los juristas romanos, que estimulan las ideas para trazar las figuras en el ámbito de la responsabilidad extracontractual[60].

La jurisprudencia actual distingue dos situaciones distintas: cuando la producción del daño se ha debido de forma exclusiva a la culpa de la víctima; o cuando en el mismo intervienen los dos sujetos paciente y agente. En este sentido, la doctrina no es pacífica, ni siquiera en señalar el surgimiento de la expresión compensación de culpas. Respecto a la dicha expresión esta se sigue utilizando en la jurisprudencia española, para referirse al citado fenómeno de «concurrencia o concurso», es decir, cuando el daño producido se debe tanto a la culpa de la víctima como del agente, ya que como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de septiembre de 2006, «afecta más a la terminología que a la sustancia, correctamente expuesta y reiteradamente sostenida en distintas SSTS[61] hasta su regulación efectiva en el derecho positivo, fundamentalmente». MEDINA[62] señala que en la experiencia jurídica romana, únicamente se acudía a la compensación de culpas en casos de delitos públicos, pero no en los delitos privados como era el *damnum iniuria datum* sancionado por la *lex Aquilia*. SAN MARTÍN[63], considera, que esta expresión fue utilizada por el glosador BASSIANO, lo hace en relación con el daño y la responsabilidad aquiliana, si bien en el medievo, a partir de otros glosadores, fue también utilizada para explicar determinadas reglas en relación con la *utilitas contrahentium*, y se consideraba que únicamente había resarcimiento en aquellos supuestos que, aunque había intervenido la víctima en la causación del daño, el agente había actuado con dolo,

tal y como se recoge en P.7,25,6. Posteriormente, la compensación de culpas, a través del Código Civil prusiano se va recogiendo en los distintos ordenamientos.

Nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, como es sabido, se basa en la culpa del agente productor del daño, como lo recoge el artículo 1902 del Código Civil[64], por lo que de acuerdo con la jurisprudencia «el éxito de la acción resarcitoria de los daños[65] y perjuicios sufridos por un hecho acaecido fuera de la órbita contractual exige acreditar la realidad del daño, la conducta negligente de quien lo causó y la relación de causalidad entre ambos elementos»[66], correspondiendo la carga de la prueba a la víctima, puesto que este precepto, en concreto, aplica el criterio de responsabilidad subjetiva, salvo en los supuestos que se recogen en los preceptos siguientes. La exoneración de responsabilidad por haberse producido el daño por culpa de la víctima se recoge expresamente en el artículo 1905 para los supuestos de daños de animales. La acción aquiliana, por otra parte, prescribe en el plazo de un año a tenor de lo establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil[67], entendiéndose que el día inicial del mismo es aquel en que puede ejercitarse la acción, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)[68].

Hay supuestos en que el daño se ha producido por la concurrencia de la culpa del agente y de la víctima de tal modo que, en el caso, que, si no se hubiera dado una de las actitudes culposas, el daño no se hubiese producido. En cuanto al concurso de culpas, REINOSO-BARBERO[69] pone de manifiesto que, actualmente se admite cuando concurren las culpas tanto del agente como de la víctima, contribuyendo ambas concausalmente a la producción del resultado lesivo.

En opinión de DE ÁNGEL[70], tanto en los supuestos de culpa exclusiva de la víctima como en el de concurrencia de culpas, las declaraciones del Tribunal Supremo son de carácter genérico y no siempre suficientemente justificadas. Este autor cita la sentencia de 23 de enero de 1970, en el que ante un hecho de concurrencia de culpas distingue tres soluciones diversas ofrecidas por la jurisprudencia:

a) absorción de la culpa de la víctima por la del agente;
b) absorción de la culpa del agente por la de la víctima, es decir, la contraria; y
c) moderación o reducción de la indemnización reclamada.

Para proceder a esta compensación, el Alto Tribunal exige que ambas culpas tengan la misma entidad y virtualidad jurídica.

2. Acaecimiento de perjuicios en eventos deportivos: la asunción del riesgo: resoluciones judiciales de Audiencias Provinciales

Una de las situaciones más paradigmáticas en este sentido, entre otras, sería la celebración de eventos festivos, como espectáculos taurinos[71], en los que aparece un riesgo previsible y que el lesionado asume, salvo en las circunstancias que se pueda probar negligencia o falta de cuidado por parte de la organización del evento. Así este tipo de actividades peligrosas responderá a una responsabilidad objetiva basada en el riesgo. Sin embargo, hay otras situaciones de las que surge una responsabilidad subjetiva objetivada basada en la culpa. En estas, como señala, MEDINA ALCOZ[72] el peligro es el modulador que ayuda a suponer la culpa del agente. Solo en el supuesto que pudiese demostrar que el daño se produjo debido a fuerza mayor, quedaría libre.

Nuestro interés se va a centrar en aquellos daños que sufre la víctima por *culpa sua*. Nuestro Código Civil, como es sabido, carece de un precepto regulador específico de la culpa de la víctima. Esta falta de regulación concreta ha conferido, como ha señalado la doctrina[73], a la jurisprudencia un papel fundamental en el desarrollo de criterios aplicables al supuesto en que la víctima se causa a sí misma un daño. No obstante, como apunta MEDINA ALCOZ[74], la ausencia de dicho precepto regulador ha incitado que el fundamento normativo se disponga en el artículo 1103 del Código Civil.

Sin ánimo de exhaustividad[75], de forma adicional a la ya indicadas, presentamos algunas sentencias en este sentido. En primer lugar, como ejemplo de concurrencias de culpas, el recurso de apelación presentado en la Audiencia Provincial de Barcelona del 7 de julio de 2022, por «D.ª Francisca, actuando en nombre y representación de su hija menor de edad D.ª. Nicolasa, reclama la suma 210437 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por la menor hija única y heredera de D. Luis Pedro, que fallece a consecuencia del accidente de circulación que tiene lugar el día 10 de marzo de 2016, sobre las 12:30 horas, cuando el padre de la actora circula con su motocicleta, por la vía urbana, y colisiona con un camión que está efectuando maniobra de giro a la derecha para entrar en una de las naves del polígono industrial de la zona. Se dirige la acción contra "Allianz compañía de seguros y reaseguros", aseguradora del camión, que manifiesta su consentimiento en lo que a la cuantificación por daños y perjuicios se refiere e interesa principalmente que se desestime la demanda por culpa exclusiva de la víctima y subsidiariamente se reduzca el importe en un 75% por concurrencia de culpas. Por la resolución de primer grado se acoge esta petición subsidiaria y se estima la demanda en 59655,5€. Frente a semejante pronunciamiento se alza la demandante que, en síntesis, reproduce sus pretensiones».

El informe de la policía municipal recogió, por un lado, las manifestaciones de los testigos presenciales, y por otro, el contenido de la grabación que efectuó una cámara de seguridad. El informe explicita que el camión señalizó la maniobra de giro a la derecha que iba a efectuar para entrar en la nave a una velocidad adecuada, en tanto que, la motocicleta realizó la maniobra de adelantamiento por la derecha y a una velocidad superior a la permitida. La valoración de esta prueba ha llegado a los juzgadores *a quo* y *ad quem* a entender de la existencia de una concurrencia de culpas, correspondiendo un 25% al conductor del camión y un 75% al motociclista. La doctrina de concurrencia de culpas puede, o bien exceptuar o bien mitigar, la responsabilidad civil, ya que no solo se enjuicia la conducta del causante del daño, sino también el comportamiento de la propia víctima. Por tanto, al poder probarse que la actuación de la víctima contribuyó al hecho dañoso por su actuación su derecho a la indemnización se vería reducido[76]. En el caso expuesto, se contempla claramente que en «los supuestos de concurrencia de culpas se procederá a la moderación o exención de responsabilidad del causante para aquellos casos en los que, el propio perjudicado, es quien, con su comportamiento, ha propiciado la realización de las conductas del agente y sus posibles efectos, colocándose en una situación que hace de todo punto imposible adoptar medida precautoria alguna que evite el riesgo y sus consecuencias»[77]. Es importante destacar que la disciplina automovilística se ha diferenciado de otras casuísticas en cuanto a un precepto específico, en referencia a la concurrencia de culpa o de la víctima. Bien es verdad, como sostiene MEDINA CRESPO[78], que en el momento que se generalizó el uso de los vehículos a motor y, por ende, de los primeros siniestros, la responsabilidad civil de los conductores se fundamentaba con base a lo regulado en el artículo 1902 del Código Civil, a excepción que el

hecho dañoso tuviera rango criminal, en cuyo caso se acudía a la regulación punitiva. Este autor indica que, la concepción de la responsabilidad civil en el momento poseía un fuerte carácter represivo tanto en la responsabilidad civil delictual como en la aquiliana.

En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de septiembre de 2006. Se produce un siniestro originado dentro de una cañada de ganado debidamente señalizada, en el que se produce la colisión de turismo con una vaca. Se dictó culpa concurrente de la conductora por invadir el carril por donde transitaba el rebaño y no extremar la diligencia para evitar el atropello, así como de quienes custodiaban a los animales al permitir que una de las reses se desplazara desde su lado derecho hacia el contrario[79].

El interés que nos ha movido a reproducir dicha sentencia ha sido el hecho de que, ante el caso de concurrencias de culpas, se utiliza la *regula iuris* de D. 50,17,203, y que la doctrina ha entendido la eficacia exoneradora con dicha *regula iuris*[80]. Así la resolución judicial declara: «La concurrencia de culpas carece de normativa legal en nuestro Código Civil, siguiendo al napoleónico y al italiano de 1875, y ello fue resuelto por la antigua doctrina, equiparándolo al caso de culpa exclusiva de dicho perjudicado, con la fórmula de la compensación de culpas que elimina la posibilidad de resarcimiento, de acuerdo con el clásico principio descrito por Pomponio, según el que «*quod quis ex culpa sua damnúm. sentit, non intelligitur damnum sentire*»[81] (D.50,17,203)»[82].

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 15 de enero de 2009, alude al accidente de circulación producido entre un turismo y un ciclomotor. Atendiendo a la forma de producirse el siniestro, según manifestó ya en el atestado el propio codemandado, conductor del turismo, circulaba a una velocidad de 60 o 65 km/h, exceso de velocidad que el instructor del atestado según su experiencia confirmó en la declaración prestada en el acto del juicio, velocidad que superaba los 40 km/h vigentes en dicho lugar y en dicho momento. Pero no es esto solo lo que induce a estimar una concurrencia de culpas, ya que según declaró dicho codemandado, una vez rebasado el cambio de rasante observó que el conductor del ciclomotor estaba subiendo y bajando del camino de tierra al asfalto, como queriendo pasar y mirando para el otro lado. Esta conducta del conductor del ciclomotor, como expone la sentencia «debió advertir al del turismo de la más que probable irrupción del primero en la calzada y ante esa más que evidente posibilidad debió adoptar inmediatamente las precauciones necesarias, como reducir su marcha drásticamente incluso por debajo de los 40 km/h, además de advertir acústicamente a dicho conductor. En consecuencia, no existió esa repentina e imprevista irrupción en la calzada por parte del conductor del ciclomotor que propugnan los recurrentes», por lo que, la sentencia entiende que concurrió una conducta negligente por ambos intervinientes en el siniestro que consideramos adecuadamente fijada por la resolución de instancia en un 50%. Por lo tanto, como traslada la sentencia, «Cuando sucede que a la causación del daño contribuyen el sujeto activo y el sujeto pasivo perjudicado, no se elimina la obligación de indemnizar, sino que se impone equitativa moderación y reparto del «*quantum*», atendidas las participaciones efectivas, debidamente graduadas, que se atribuyen a los plurales intervinientes en el suceso»[83] (sentencias de 7 de junio de 1991, 25 de febrero de 1992, 28 de mayo de 1993, 5 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1996)».

Como refiere el texto de la sentencia «la culpa extracontractual que sanciona el precepto 1902 del Código Civil no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sino el actuar no ajustado

a la diligencia exigible según las circunstancias convergentes y concretamente, cuando se procede sin el cuidado y atención necesarias para evitar perjuicios y daños jurídicamente protegidos»[84], con base a ello se entiende que «el accidente derivó del actuar no lo suficiente diligente de los dos conductores, produjo, como efecto negativo, una situación fáctica y jurídica, generadora de compensación de responsabilidades por culpa de igual grado o distinto, según se aplique la facultad moderadora que contiene el precepto civil 1103».

Así baste remitirse al antecedente fijado por la STS Sala Primera, de 16 de enero de 1991 cuando declara «se tiene establecido por la doctrina que el nexo causal está fuertemente imbuido de la calificación jurídica de la actividad u omisión humanas, pero que estas, como elementos fácticos que son específicamente precisados, influenciados por las circunstancias de lugar, tiempo y modo que son más objetivas que el acto humano activo o pasivo al que condicionan, son las que prestan mayor perspectiva para que el juzgador pueda enjuiciarlo determinando así en una valoración jurídica su trascendencia en el acaecimiento de daños o como se dice en la sentencia de 17 de diciembre de 1988, «el examen del factor psicológico de la culpabilidad como causa eficiente del evento dañoso» que viene siempre acompañado de esa previsión humana circunstancial —lugar, tiempo y modo—, que es lo que proyecta en mayor o menor medida la atribución de culpabilidad en la producción del resultado dañoso (SS de 11 de marzo, 28 de octubre de 1988 y 6 de marzo de 1989), y a esta conexión causal va unida la imputabilidad de los protagonistas necesaria para no dejar reducida tal conexión a una mera responsabilidad por el resultado, como repite la sentencia de 6 de marzo de 1989 de ahí que la compensación no sea de culpas como incorrectamente se dice de ordinario, sino que la compensación se produce al efectuar la liquidación de las consecuencias del evento dañoso en cuyo acaecimiento han concurrido, como causa eficiente o adecuada, en mayor o menor grado, la culpabilidad del agente material productor del mismo y la de la propia víctima o perjudicado»[85].

Finalmente, la STS Sala Primera, de 26 de mayo de 1997 afirma que «la sentencia citada en la aquí recurrida, de 12 de julio de 1989 considera que es de aplicar la concurrencia de culpas y condena también al conductor que no realizó una maniobra evasiva. Para condenar, la sentencia no declara probado que pudo evitar la colisión con alguna maniobra concreta»[86].

3. La culpa exclusiva de la víctima

Referente a la culpa exclusiva de la víctima, donde se produce la exoneración de la responsabilidad del agente dañoso se ha basado, como con el certero sentido jurídico en la materia de MEDINA ALCOZ: «principio de autorresponsabilidad», que sobre todo ha tenido mayor presencia en la doctrina extranjera. Así la autora señala que se pueden considerar tres concepciones en torno a la «culpa de la víctima»: la culpabilística, la causalistíca y el principio de la buena fe[87]. En la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 2004 se señala que «constituye reiterada doctrina jurisprudencial la de que para la exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima es necesario que resulte probada la existencia de una acción u omisión imputable a esta que pueda ser considerada de culposa o negligente y que interfiriendo en el curso normal de los hechos, lo anule (entre otras, STS de 15 de julio de 2000), como también la de que para que la culpa de la víctima exima al agente de

responsabilidad ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve e intensidad suficiente para absorber toda otra concurrente (aparte de otras, STS de 25 de septiembre de 1996)».

A continuación, el recurso de la Audiencia Provincial de Almería del 17 de marzo de 2020, basado en el accidente de circulación ocurrido sobre las 15.00 horas del 1 de marzo de 2014, consistente en el atropello del menor de 9 años por el conductor del turismo Volkswagen Passat asegurado por Generali España S.L. El siniestro se produce, cuando el menor sale entre dos vehículos estacionados y cruza la calle de sentido único por la que circulaba el conductor demandado, que lo atropella, resultando con fractura diafisaria de tibia y peroné izquierdo. La Audiencia ha absuelto al conductor que cometió el atropello, por haber cruzado imprudentemente el peatón, sin mirar, por lo que le es imputable la culpa. La forma a través de la cual el peatón cruzó la calle supone para la AP un factor que hizo imposible para el conductor advertir la presencia del menor antes de atropellarlo. Se estima el recurso de apelación.

En este punto y siguiendo «al artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, consagra el principio de la responsabilidad cuasi-objetiva, pues al alegarse la excepción de culpa exclusiva de la víctima, quien la opone ha de acreditar, sin duda alguna y con total evidencia, que solo y únicamente la conducta de la víctima ha sido la determinante del accidente, sin que exista por parte del conductor asegurado por aquella, responsabilidad alguna, pues en caso contrario, y por mínima que sea la previsibilidad del accidente, atendidas las circunstancias del lugar y tiempo, no se acreditará la existencia de la excepción». Como bien señala el texto de la citada sentencia «se hace preciso acreditar no solo la ausencia de culpa o responsabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño».

Por lo tanto, se han de tener en cuenta varios aspectos, como destaca el texto de la sentencia: la temporaneidad de maniobra evasiva; que las circunstancias de lugar posibiliten la realización de una maniobra de naturaleza defensiva o «de fortuna» que altere la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente; que las mismas circunstancias impidan la adopción de tal maniobra cuando de adoptarla pudiera seguirse un mal más grave. Se hace hincapié acertadamente, por otra parte, que respecto a la culpa exclusiva de la víctima esta ha de ser probada por quien la opone, aparte de poder atestiguar que no interviene ningún tipo de responsabilidad del conductor implicado.

Como apunta la sentencia[88] «la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy restrictiva a la hora de apreciar la culpa exclusiva de la víctima, exigiendo no solo la total ausencia de culpa o responsabilidad por parte del causante, sino la adopción de la maniobra más oportuna para evitar el daño».

IV. CONCLUSIONES

I. La *lex Aquilia de damno* introdujo la noción de culpa extracontractual, si bien limitada a los supuestos de *occidere, urere, frangere, rumpere* de animales cosas y esclavos. Esto y la restricción que supuso por la exigencia de que el *damnum* debía ser *corpore corpori* dió lugar a la intervención pretoria para resolver hechos análogos mediante la extensión del ámbito de aplicación de la ley, lo que ha sido, a su vez, recogido y matizado por la sabia jurisprudencia romana. Y si bien el daño tenía un contenido patrimonial, los juristas analizaron

y dieron respuesta a aquellas situaciones en las que el daño se había producido por una actuación culpable de la víctima, en los que se tiene en cuenta tanto la *negligentia* como la *imperitia*.

II. La abstracción de estos casos dio lugar a la *regula iuris Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* por lo que la víctima que había intervenido en la producción del daño no tenía derecho a ser indemnizado. La experiencia jurídica romano no contempló, sin embargo, los supuestos de concurrencia de culpas.

III. En nuestro ordenamiento la indemnización por daño producido se regula en los artículos 1902 y 1905 del Código Civil que se configuran como una responsabilidad subjetiva, salvo en los supuestos que se recogen en los preceptos siguientes. La exoneración de responsabilidad por haberse producido el daño por culpa de la víctima se recoge expresamente en el artículo 1905 para los supuestos de daños de animales.

IV. En los supuestos, tanto de culpa exclusiva de la víctima como en el de concurrencias de culpas, la doctrina ha señalado que las declaraciones del Tribunal Supremo presentan en general un carácter muy genérico y la respuesta no ha sido siempre unánime, si bien en la mayoría de los casos se ha recurrido a la *regula iuris* aludida de enunciación romana y ha aplicado el criterio jurisprudencial romano de no considerar que sufre *damnum* quien lo sufre por su propia culpa.

V. Es preciso señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado restrictiva en cuanto a reconocer la culpa exclusiva de la víctima, en los casos de accidentes de circulación.

VI. Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales presentan una variada casuística y la falta de regulación, dificulta en algunos casos, poder perfilar los diferentes aspectos involucrados en la responsabilidad, en este caso extracontractual. No obstante, a pesar de la discrepancia de criterios, en la actualidad se ha dado lugar a una doctrina consolidada en los siguientes aspectos:

1. En aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se deba a las actuaciones de ambos, se considerará una concurrencia de culpas que se traducirá en una disminución de la indemnización.
2. En los supuestos de alegarse la excepción de culpa exclusiva de la víctima, quien la opone ha de acreditar, que solo y únicamente la conducta de la víctima ha sido la determinante del daño, sin que exista por la otra parte ningún tipo de responsabilidad.
3. Para la exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima es forzoso que resulte demostrada la existencia de una acción u omisión imputable a esta que pueda ser considerada de culposa o negligente y que, interfiriendo en el transcurso normal de los hechos, lo anule.

V. FUENTES JURÍDICAS Y LITERARIAS

- D.9,2,1pr; D.9,2,2,1; D.9,2,8,1; D.9,2,9,4; D.9,2,11pr.; D.9,2,30,3; D.9,2,31; D.13,6,23; D.17,2,72; D.50,17,203.
- Gai, 3,210; Gai, 3,215; Gai, 3,217; Gai, 3,219
- APULEYO, *Apologia.*
- ARISTOFANES, *Las avispas.*

- ARISTOFANES, *Las nubes*.
- SÉNECA «El Viejo», *Controversiae*.
- VARRON, *De lingua latina*.

VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

TS Sala de lo Civil:

- STS de 3 de abril de 1940.
- STS de 14 de mayo de 1955.
- STS de 15 de diciembre de 1984.
- STS de 11 de marzo de 1988.
- STS de 28 de octubre de 1988
- STS de 17 de diciembre de 1988.
- STS de 6 de marzo de 1989.
- STS de 16 de enero de 1991.
- STS de 26 de mayo de 1997.
- STS de 15 de julio de 2000.
- STS de 12 de febrero de 2003.
- STS de 2 de abril de 2004.
- STS de 8 de abril de 2014.

Audiencias Provinciales:

- AP de Jaén 17 de junio de 2005.
- AP de Burgos 11 de septiembre de 2006.
- AP de Almería 17 de marzo de 2020.
- AP de Orense 4 de mayo de 2022.
- AP de Barcelona 7 de julio de 2022.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO-RUIZ, V. (2006). Historia del Derecho Romano, Madrid.

ADKINS, A.W.H. (1960). *Merit and Responsibility: a study in greek value, Oxford*.

BADORREY MARTÍN, B. (2016). La responsabilidad por daños en festejos taurinos populares, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Vol. 92, 755, 1650-1676.

BISCARDI, A. (1967). Sulla data della lex Aquilia, en *Scritti Antonino Giuffré,* I, Milán, 75-88.

CANNATA, C.A. (1971). Genesi e vicende della colpa aquiliana, en *LABEO* 17, 64-84.

— (1992). Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo, en *SDHI*, 58, 194-214.

— (1992). Delitto e obbligazione en Illecito e pena privata in età republicana, en *Atti del convegno internazionale di Diritto romano Copanello*. Giugno, 1990, Nápoles, 23-119.

CASTRESANA, A. (2001). *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana,* Salamanca.

COLINA GAREA, R. (2014). *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales: un análisis desde la interpretación jurisprudencial del artículo 1905 del Código Civil.* Madrid.
DÍEZ-PICAZO, L. (1979). La responsabilidad civil hoy, en *Anuario de Derecho civil*, *32*(4), 727-738.
— (2000). Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, en *AFDUAM* 4, 153-166.
— (2000). *Derecho de daños*, Madrid.
— (2001). La culpa en la responsabilidad civil extracontractual, en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 53, 3, 1009-1028.
— (2007). *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Madrid.
DOMINGO OSLÉ R. (Dir.) (2006). *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados,* Pamplona.
D'ORS, A. (2014). *Elementos de Derecho Privado romano.* Quinta Edición, Pamplona.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2014). Damnum y reparatio. Daño resarcible y principio de reparación, en F. REINOSO BARBERO y A. MARTÍN MINGUIJÓN (Coord.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual,* Pamplona, 302-319.
GARCÍA GARRIDO, M.J. (1993). *Diccionario de Jurisprudencia romana,* Madrid.
GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas, en *AJEE,* XLVI, 203-214.
GUARINO, A. (1968). La data della lex Aquilia, en *LABEO,* 14, 120 y sigs.
HERNANDO AGUAYO, I. (2014). La pervivencia de las *regulae iuris* en el cómputo del plazo para la prescripción de las acciones, en F. Reinoso Barbero y A. Martín Minguijón (Coord.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual,* Pamplona, 63-94.
KASER, M. (1975). *Das Ronxische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich.
KUNKEL, W. (1925). Diligentia, 45 *ZSS*, 278 y sigs.
LÓPEZ-RENDO, C. (2017). Culpa de la víctima y su *interpretatio* conforme a los antecedentes históricos en una sentencia del Tribunal Supremo, en *RIDROM,* 18, 184-241.
MACCORMACK, G. (1970). On the third chapter of the lex Aquilia, en *Irish Jurist (1966-)*, *5(1),* 164-178.
MARTIN, S.D. (2001). Imperitia: the responsibility of skilled workers in classical Roman Law, en *American Journal of Philology*, 122 (1), 107-129.
MARTÍN MINGUIJÓN, A. (2006). Acciones pretorias en relación con la *actio legis Aquiliae,* en *INDEX* 34, 605-617.
— (2022), *Manual de Derecho Romano,* Madrid.
MEDINA ALCOZ, M. (2002). La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual. El tránsito de su suposición a su expresa proclamación, en *Boletín del Ministerio de Justicia,* 56, 1929, 3407-3418.
— (2003). *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos,* Madrid.
— (2003). *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual,* Madrid.
— (1996). *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas.* Granada.
MEDINA VILLANUEVA, J.E. (2019). Culpa de la víctima y compensación de culpas. Explicación de una confusión histórica a la luz de los textos romanos, en *REHJ* 41, 69-86.

MOLNÁR, I. (1989-90). System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik, en *BIDR* 92-93, 545-615.
MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales. Principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 95, 772, 994-1013.
NATALI, N. (1970). *La Legge Aquilia*, Roma.
POLO ARÉVALO, E. (2021). Tratamiento de la diligencia en las fuentes romanas: especial referencia a la *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* en el ámbito contractual, en *RGDR,* 36.
REINOSO BARBERO, F. (1993). Sobre los precedentes griegos del «casus». Un supuesto delictivo idéntico: Protag, en Plut. Per. 36,5 y Ulp. 18 ad ed., D. 9,2,9,4, en *INDEX,* 21, 489-517.
— (1988). *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Madrid.
— (2008). El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *RGDR* 10.
— (2021), *Derecho romano,* Madrid.
REINOSO BARBERO, F., y MARTÍN MINGUIJÓN, A. (Coord.), (2014), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual,* Pamplona.
RODRÍGUEZ MARÍN, C. (1992). Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa, en *Revista de Derecho privado*, 76(2), 113-132.
RODRÍGUEZ MONTERO, R.P. (2011). Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del Daño «Aquiliano» en Roma. Aspectos generales de una experiencia histórica, en *AFDUC* 15, 647-670.
SAN MARTÍN NEIRA, L. (2014). La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas, en *Revista de Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, 27, julio-diciembre.
SCHIPANI, S. (1969). *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa*, Turín.
— (1992). Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità, en *Illecito e pena privata in età republicana» en Atti del convegno internazionale di diritto romano*. Copanello 4-7 giugno 1990, a cura di F. Milazzo, Nápoles, 129-187.
— (2007). De La Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas Sistemáticas del Derecho Romano y Problemas de la Responsabilidad Extracontractual, en *Rev. Derecho privado*, 12, 263-287.
SOLÉ FELIU, J. (1997). Estudio Jurisprudencial: La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 50, 2, 865-902.
SOTO NIETO, F. (1968). La llamada compensación de culpas, en *RDP*, 52, 409-427.
WINKEL, L. (2005). Quintus Mucius Scaevola once again, en *Fundamina: A Journal of Legal History*, (1), 425-433.
YAGÜE, R. de Ángel (1989). *La responsabilidad civil*, Bilbao.
ŽIHA, N. (2019). Medicus between perception and reality as portrayed in some non-legal sources, en V. AMOROSI; V. M. MINALE, (ed.), *History of law and the other humanities,* Madrid, 265-285.
ZIMMERMANN, R. (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford.

NOTAS

[1] *Vid.,* A.W.H. ADKINS, (1960), *Merit and Responsibility: a study in greek values*. Oxford. ADKINS señala en la citada obra que en la antigua Grecia la conducta del sujeto es originada e impelida por la divinidad, no queda, por tanto, un ámbito para el mérito o la culpa. Como muestra de esta concepción griega, es muy ilustrativo el siguiente texto de ARISTOFANES: «Si resultas cogido en adulterio, dile al marido que tú no eres culpable de nada; luego le echas la culpa a Zeus: él también es derrotado por el amor y las mujeres. ¿Cómo tú, un simple mortal como eres, podrías ser mejor que un dios?». ARISTOFANES, *Las nubes,* 1079-1080. Consultada la edición de Editorial Gredos, Barcelona, (2007). Introducción, traducción y notas Luis M. MACÍA APARICIO.

[2] En cuanto al concepto de daño, *damnum,* VARRON lo define como *Damnum a demptione, cum minus re factum quam quanti constat.* VARRON, *De lingua latina,* 5,176. Sobre las diferentes posturas en cuanto a la semántica del término, Castresana recoge diferentes interpretaciones: A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana,* Salamanca, 13 y sigs.

[3] I. MOLNÁR, (1989-90), System der Verantwortung im römischen Recht der spáteren Republik, en *BIDR* 92-93, 582 y sigs.

[4] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 51.

[5] ARISTOFANES, *Las avispas,* 590-591: ἔτι δ' ἡ βουλὴ χὠ δῆμος ὅταν κρῖναι μέγα πρᾶγμ' ἀπορήσῃ ἐψήφισται τοὺς ἀδικοῦντας τοῖσι δικασταῖς παραδοῦναι. Consultada la edición de Editorial Gredos, Barcelona, (2007). Introducción, traducción y notas Luis M. Macía Aparicio.

[6] *Vid.,* S. SCHIPANI, (1969), *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa,* Turín.

[7] El contenido de la *lex Aquilia* se conoce gracias a las *Institutas* de Gayo 3,210-219, las *Institutas* de Justiniano 4,3-16 y fundamentalmente por el título del Digesto 9,2.

[8] D.9,2,1,1 *(Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.*

[9] Sobre la datación de la *lex Aquilia* no hay unanimidad por parte de la doctrina, aunque la fecha más aceptada es la de 286 a.C., sobre este aspecto, ver entre otros, A. GUARINO, (1968), La data della lex Aquilia en *LABEO,* 14, 120 y sigs.; A. BISCARDI, (1967), Sulla data della lex Aquilia, en *Scritti Antonino Giuffré,* I, Milán, 75-88. Para ARANGIO-RUIZ la fecha es incierta, y la datacion de 286 a.C., se le antoja arbitraria, V. ARANGIO-RUIZ, (2006), *Historia del Derecho Romano,* Madrid, p.166. Por su parte, CANNATA acepta como fecha en torno al 210 a.C., C.A. CANNATA, (1992), Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo en *SDHI,* 58, 194-214; R. ZIMMERMANN, (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford. Este autor acepta como datación más probable del plebiscito aquiliano la primera mitad del siglo III a.C.

[10] CANNATA llama la atención sobre la existencia de cuatro normas en el plebiscito original. Se basa en el texto de Gayo, D. 9,2,2,1 (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale): et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset*, por lo que se presupone que la litiscrescencia de la *actio ex lege Aquilia* se puede entender en una claúsula general de la ley, que, al tratarse de un principio procesal, afectaba a los tres capítulos. C.A. CANNATA, (1992), Delitto e obbligazione en Illecito e pena privata in età republicana en *Atti del convegno internazionale di Diritto romano Copanello.* Giugno, 1990, Nápoles, 33 citado en A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 22.

[11] En el primer capítulo se contempla la muerte de un esclavo, un cuadrúpedo o una cosa inanimada, debía pagar al dueño el más alto valor de la cosa dentro del año anterior al acto dañoso: Gai, 3,210: *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamue quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.* El segundo capítulo sancionaba al *adstipulor* (acreedor conjunto) que daba por pagada la deuda en perjuicio o fraude del acreedor principal: Gai, 3,215: *Capite secundo aduersus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur*. Por último, el tercer capítulo la ley contempla los supuestos de

daño sin perecimiento ni destrucción absoluta, y establece que la condena será por el valor máximo de la cosa en los treinta días anteriores a la comisión del ilícito, pero si el autor del delito llegase a negar su autoría la condena ascenderá al doble del valor: Gai, 3,217: *Capite tertio de omni cetero damno cauetur. itaque si quis seruum uel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, uulnerauerit siue eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, uelut canem, aut feram bestiam, uelut ursum, leonem, uulnerauerit uel occiderit, hoc capite actio constituitur, in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte uindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo uitiata aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur. Vid.,* G. MACCORMACK, (1970), On the third chapter of the lex Aquilia en *Irish Jurist (1966-), 5(1),* 164-178.

[12] D.9,2,1pr. *(Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, «s»ive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.*

[13] L. DÍAZ-PICAZO, (2000), Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, en *AFDUAM* 4, 153.

[14] Como señala DÍEZ-PICAZO, en el momento de la codificación hay una relación muy directa entre la reparación del daño y la idea de culpa» L. DÍEZ-PICAZO, (1979), La responsabilidad civil hoy, en *Anuario de Derecho civil*, 32(4), 730.

[15] S. SCHIPANI, (2007), De La Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas Sistemáticas del Derecho Romano y Problemas de la Responsabilidad Extracontractual en *Rev. Derecho privado*, 12, 265.

[16] De manera más exhaustiva sobre el origen de este término, ver S. SCHIPANI, (1992), Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità, en Illecito e pena privata in età republicana en *Atti del convegno internazionale di diritto romano*. Copanello 4-7 giugno 1990, a cura di F. Milazzo, Nápoles, 129 y sigs.

[17] R. DE ÁNGEL YAGÜE, (1989), *La responsabilidad civil*, Madrid, 21.

[18] I. MOLNÁR, (1989-90), System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik, en *BIDR* 92-93, 590 y sigs.

[19] *Vid.,* R.P. RODRÍGUEZ MONTERO, (2011), Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del Daño «Aquiliano» en Roma. Aspectos generales de una experiencia histórica, en *AFDUC* 15, 647-670.

[20] APULEYO, *Apologiza*,1,2: *quippe insimulari quiuis innocens potest, reuinci nisi nocens non potest*.

[21] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 57.

[22] *Ibidem,* 60-63. La autora referencia varias obras de: Plauto, Terencio, Ovidio y Cicerón.

[23] A. D'ORS, (2014), *Elementos de Derecho Privado romano.* Quinta Edición. Pamplona, 215.

[24] Gai, 3,219: *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, uelut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit, aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet uel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. item contra si quis alienum seruum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.*

[25] A. MARTÍN MINGUIJÓN, (2006), Acciones pretorias en relación con la *actio legis Aquiliae*, en *INDEX* 34, 605.

[26] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 58.

[27] D. 9,2,31 (*Paulus libro decimo ad Sabinum*) […] *sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum auttum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat […].*

[28] GAYO respecto al concepto de diligencia señala que «basta que ponga en las cosas comunes la diligencia que suele poner en las suyas, porque el que se busca un socio poco diligente debe culparse a sí mismo», D. 17,2,72 (*Gaius libro secundo cottidianarum rerum): […] culp«a» autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.*

[29] W. KUNKEL, (1925), Diligentia, 45 *ZSS*, 286 y sigs.

[30] WINKEL añade: *This influence was then possible, first through the Rhetorica ad Herennium, secondly through a survey of ethical theory by a philosopher at the court of August, Arius Didymus, and thirdly by a paraphrase of the Nicomachean Ethics, sometimes attributed to Andronikos of Rhodos. Moreover, the Aristotelian influence is not the only possibility here. Stoic influence cannot be excluded either. Kunkel already referred to a text by Stobaeus, Ecloga II, 99, a text generally considered as Stoic. However, this text is not very different from Aristotle and without raising all the difficult problems of the Aristotelian textual transmission it is difficult to say whether Scaevola's definition is indeed purely Aristotelian or mixed with Stoic thought*, L. WINKEL, (2005), «Quintus Mucius Scaevola once again» en *Fundamina: A Journal of Legal History*, (1), 429-430.

[31] La culpa se entiende, por tanto, como la violación de la diligencia debida que incumbe al obligado: M. KASER, (1975), *Das Ronxische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich, 350; W. KUNKEL, (1925), Diligentia, *cit*.

[32] Como señala Polo Arévalo, «numerosos textos literarios presentan la diligencia como el valor que entraña la habilidad, el cuidado, la rectitud, la vigilancia, constancia o el interés, haciéndose referencia a la *attentione animi, cogitatione, vigilantia, adsiduitate, labore* y estando, en sus orígenes, muy vinculada a los *officia* del *paterfamilias* en el mundo agrario», en E. POLO ARÉVALO, (2021), Tratamiento de la diligencia en las fuentes romanas: especial referencia a la *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* en el ámbito contractual en *RGDR,* 36.

[33] M.J. GARCÍA GARRIDO, (1993), *Diccionario de Jurisprudencia romana,* Madrid, 104.

[34] S. SCHIPANI, (2007), De La Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas Sistemáticas del Derecho Romano y Problemas de la Responsabilidad Extracontractual, *cit.,* 268.

[35] C.A. CANNATA, (1971), Genesi e vicende della colpa aquiliana en *LABEO* 17, 68 y sigs.

[36] SENECA «MAIOR», *Controversiae*, 4, 7: *Omnia honesta opera voluntas inchoat, occasio perficit.*

[37] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 73.

[38] *Vid.,* S.D. MARTIN, (2001), Imperitia: the responsibility of skilled workers in classical Roman Law, en *American Journal of Philology*,122 (1), 107-129.

[39] R. ZIMMERMANN, (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, cit.,* 1009.

[40] *Vid.,* N. ŽIHA, (2019), Medicus between perception and reality as portrayed in some non-legal sources en V. AMOROSI; V.M. MINALE, (Ed.), *History of law and the other humanities,* Madrid, 265-285.

[41] Este aspecto se contempla en D. 50,17,36 (*Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum): Culpa est immiscere se rei ad se non pertinente. Cfr.* artículos 1104 del Código Civil, y 1902 y 1903 del Código Civil y artículo 403 CP, sobre el delito de intrusismo, *Vid.* R. DOMINGO OSLÉ (Dir.) (2006), *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados,* Pamplona, 100.

[42] D. 9,2,8,1 *(Gaius libro septimo ad edictum provinciale): mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpae nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.*

[43] Se relaciona este aspecto con el también contemplado por Paulo en D.9,2,31 (*Paulus libro decimo ad Sabinum*): […] *Culpam esse, quod a diligente provideri poterit, non esse pro-*

visum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit, pues como señala el jurista es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por alguien diligente, no lo fue, o fue denunciado cuando no podía evitarse el peligro.

[44] F. REINOSO BARBERO, (1993), Sobre los precedentes griegos del casus. Un supuesto delictivo idéntico: Protag. en Plut. Per. 36,5 y Ulp. 18 ad ed., D. 9,2,9,4, en *INDEX,* 21, 495-496.

[45] F. REINOSO BARBERO, (2021), *Derecho romano,* Madrid, 107.

[46] L. SAN MARTÍN NEIRA, (2014), La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas, en *Revista de Derecho Privado.* Universidad Externado de Colombia, 27, julio-diciembre, 41.

[47] D.1,1,10,1.

[48] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 74.

[49] *Vid.,* F. SOTO NIETO, (1968), La llamada compensación de culpas en *RDP*, 52, 409-427.

[50] A. CASTRESANA, (2001), *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, cit.,* 77.

[51] Adopta también la forma vulgar y corrupta *quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire. Vid., Diccionario panhispánico del español jurídico*. https://dpej.rae.es/lema/quod-quis-ex-culpa-sua-damnum-sentit-non-intellegitur-damnum-sentire.

[52] C. LÓPEZ-RENDO, (2017), Culpa de la víctima y su interpretatio conforme a los antecedentes históricos en una sentencia del Tribunal Supremo, en *RIDROM,* 18, 234.

[53] R. DOMINGO OSLÉ (Dir.), (2006), *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados, cit.,* 103.

[54] Este supuesto también es referido por el orador griego Antifonte en su segunda *Tetralogía* y recogido por los compiladores en I. 4,3,4.

[55] J.E. MEDINA VILLANUEVA, (2019), Culpa de la víctima y compensación de culpas. Explicación de una confusión histórica a la luz de los textos romanos, en *REHJ* 41, 74.

[56] N. NATALI, (1970), *La Legge Aquilia*, Roma, 261 y sigs.

[57] M. MEDINA ALCOZ, (2003), *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual,* Madrid, 128.

[58] Sobre este aspecto, y sin ánimo de exhaustividad: C. RODRÍGUEZ MARÍN, (1992), Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa en *Revista de derecho privado*, 76 (2), 114-115; J. SOLÉ FELIU, (1997), Estudio Jurisprudencial: La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 50, 2, 868, nota 11.

[59] M. MEDINA ALCOZ, (2003), *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual, cit.,* 127.

[60] *Vid.,* M.F. MORETÓN SANZ, (2019), Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales. Principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 95, 772, pp.994-1013.

[61] SSTS de 10 de mayo de 1963, 9 de diciembre de 1964, 30 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1967, 30 de abril y 26 de junio de 1968, 23 de enero de 1970, 13 de febrero de 1971, 2 de febrero de 1976, 1 de marzo de 1978, 25 de marzo de 1980, 12 de julio y 15 de diciembre de 1984, 16 de enero de 1991, 10 de septiembre de 1996 y 11 de julio de 1997, citadas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de septiembre de 2006.

[62] J.E. MEDINA VILLANUEVA, (2019), Culpa de la víctima y compensación de culpas. Explicación de una confusión histórica a la luz de los textos romanos, *cit.,* 78.

[63] L. SAN MARTÍN NEIRA, (2014), La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas, *cit.,* 41 y sigs.

[64] Bien es verdad, como acertadamente sostiene GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, que la realidad social ha hecho necesario reglamentar la materia en leyes especiales, R. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, (2013), Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas en *AJEE,* XLVI, 207, nota 4.

[65] *Vid.,* L. DÍEZ-PICAZO, (2000), *Derecho de daños,* Madrid.

[66] Audiencia Provincial de Orense 4 de mayo de 2022 (SAP OU 435/2022).

[67] *Vid.,* L. DÍEZ-PICAZO, (2007), *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Madrid.

[68] I. HERNANDO AGUAYO, (2014), La pervivencia de las *regulae iuris* en el cómputo del plazo para la prescripción de las acciones en F. Reinoso Barbero y A. Martín Minguijón (Coord.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual,* Pamplona, 63-94.

[69] F. REINOSO BARBERO, (1993), Sobre los precedentes griegos del *casus*, *cit.,* nota 17, 513.

[70] R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, (1989), *La responsabilidad civil*, *cit.,* 270 y sigs.

[71] *Vid.,* B. BADORREY MARTÍN, (2016), La responsabilidad por daños en festejos taurinos populares, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Vol. 92, 755, 1650-1676; M. MEDINA ALCOZ, (2003), *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos,* Madrid.

[72] M. MEDINA ALCOZ, (2002), La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual. El tránsito de su suposición a su expresa proclamación, en *Boletín del Ministerio de Justicia,* año 56, 1929, 3411.

[73] J. SOLÉ FELIÚ, (1997), Estudio Jurisprudencial: La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, *cit.,* 868.

[74] M. MEDINA ALCOZ, (2003), *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual, cit.,* 139.

[75] Sería una tarea ingente y compleja— que no ha lugar en este artículo— poder abarcar todos los aspectos que sobre responsabilidad extracontractual aplica la jurisprudencia, sobre todo por la casuística tan variada, *Vid.* J. SOLÉ FELIU, (1997), Estudio Jurisprudencial: La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, *cit.,* 869 y sigs.

[76] Es importante contemplar que en el párrafo cuarto del artículo 1.1. del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Documento 4 Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor se dice «si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes».

[77] Se hace referencia a lo mantenido en varias sentencias Tribunal Supremo Sala primera de lo civil, fechas 30 de enero de 2012, 2 de marzo de 2006, 31 de diciembre de 2002, 14 de abril de 1998, 10 de octubre de 1996 y 7 de junio de 1991.

[78] M. MEDINA CRESPO, (1996), *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*. Granada, 19.

[79] Como señala COLINA GAREA, la tenencia o utilización en provecho propio de un animal genera un peligro abstracto que no es totalmente controlable para su propietario, poseedor o usuario y que puede materializarse en un daño para terceros, R. COLINA GAREA, (2014), *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales: un análisis desde la interpretación jurisprudencial del artículo 1905 del Código Civil,* Madrid, 9.

[80] MEDINA ALCOZ en este sentido señala que: dicha expresión esta que, en sí, no es rigurosamente correcta y que debe ser objeto de matización, en el sentido de que quiere decirse que es un daño que no sirve para la imputación de responsabilidad civil alguna, porque es un «daño aparente», al no haber mecanismo jurídico alguno que permita transferirlo a un sujeto distinto de la víctima, M. MEDINA ALCOZ, (2003), *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual, cit.,* 140.

[81] Sobre la utilización de la citada *regula iuiris* en una sentencia del Tribunal Supremo, *Vid.,* C. LÓPEZ-RENDO, (2017), Culpa de la víctima y su interpretatio conforme a los antecedentes históricos en una sentencia del Tribunal Supremo, *cit.*

[82] Como señala la Sentencia de Audiencia Provincial de Burgos de 11 de septiembre de 2006, «la doctrina evolucionó científica y legislativamente, como refleja el párrafo doscientos cincuenta y cuatro del Código Civil alemán (BGB), al que sigue el artículo mil doscientos veintisiete del italiano de mil novecientos cuarenta y dos (aplicado al campo extracontractual por el dos mil cincuenta y seis), correspondiendo con la evolución operada en el derecho anglosajón, donde la vieja fórmula de la «contributory negligence» es sustituida por la de la «comparative negligence» (*Law Reform Act* inglesa de mil novecientos cuarenta y cinco,

Sección I) y con la moderna tendencia de la jurisprudencia francesa; parte de la idea de que la culpa del autor no se compensa con la de la víctima, sino que ambas concurren en la producción del resultado dañoso y consiste, esencialmente, en estimar demasiado dura para la víctima la sanción compensatoria que excluye todo derecho a la reparación —no siendo la culpa exclusivamente suya— afirmando que tenía que valorarse discrecionalmente por los Tribunales, a los que se les debe facultar para establecer una gradación, atendiendo las circunstancias del caso, que posibilite llegar a la compensación de lo único compensable, que son las consecuencias reparadoras.

[83] La STS 1.ª, de 15 de marzo de 1999; Sentencias de 7 de junio de 1991, 25 de febrero de 1992, 28 de mayo de 1993, 5 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1996. Citas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 15 de enero de 2009.

[84] STS 1.ª de 5 de julio de 1993.

[85] Citado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 15 de enero de 2009.

[86] *Idem.*

[87] *Vid., Ibidem,* 136 y sigs.

[88] Audiencia Provincial de Almería 17 de marzo de 2020 (SAP Almería 195/2020).

1.7. Concursal civil

Novedades en el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto Ley 6/2012 introducidas por el Real Decreto Ley 19/2022*

Novelties in the Code of Good Practices of Royal Decree Law 6/2012 introduced by 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, 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 ha modificado el Real Decreto Ley 6/2012 e introducido novedades en el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Dichas modificaciones consisten en ampliar el umbral de exclusión social y, por lo tanto, el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 6/2012, establecer la oponibilidad del Código de Buenas Prácticas a los terceros cesionarios del crédito hipotecario y determinar qué normas de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario no son aplicables a las novaciones que tienen su origen en la aplicación de este Código. En cuanto a las modificaciones introducidas en el Código de Buenas Prácticas, las mismas afectan al plan de reestructuración y a la dación en pago de la vivienda habitual. Así como al arrendamiento que pueden solicitar los beneficiarios de la suspensión de los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias de la vivienda habitual. Resulta de particular interés la opinión de que la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas es causa de suspensión de la ejecución judicial hipotecaria y de la venta extrajudicial, lo que se sustenta con doctrina y jurisprudencia. Así, los deudores hipotecarios o hipotecantes no deudores que entran dentro del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas pueden formular la solicitud de que se les aplique un plan de reestructuración o de que se les aplique el beneficio de excusión, incluso si están incursos en un procedimiento de ejecución, salvo que se hubiese producido el anuncio de la subasta. De este modo se evitan efectos irreversibles para el deudor o el hipotecante no deudor, como sería la pérdida de la vivienda familiar, que un plan de reestructuración viable o la aplicación del beneficio de excusión podría haber evitado.

* 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.

ABSTRACT: Royal Decree Law 19/2022, of November 22, which establishes a Code of Good Practices to alleviate the rise in interest rates on mortgage loans on habitual residence, has modified Royal Decree Law 6/2012 and introduced novelties in the Code of Good Practices for the viable restructuring of debts with mortgage guarantee on the habitual residence. Said modifications consist of expanding the threshold of social exclusion and establishing the enforceability of the Code of Good Practices to third-party assignees of the mortgage loan and determining which rules of the Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit contracts, are not applicable to novations that originate from the application of this Code. Regarding the modifications introduced in the Code of Good Practices, they affect the restructuring plan and the dation in payment of the habitual residence. As well as the lease that the beneficiaries of the suspension of the releases derived from foreclosures of the habitual residence can request. Of particular interest is the opinion that the request for the application of the Code of Good Practices is cause for suspension of judicial foreclosure and extrajudicial sale, which is supported by doctrine and jurisprudence. Thus, mortgage debtors or non-debtor mortgagees that fall within the scope of application of the Code of Good Practices, may request that a restructuring plan be applied to them or that the benefit of excussion be applied to them, even if they are involved in an execution procedure, unless the announcement of the auction had been produced. In this way, irreversible effects are avoided for the debtor or the non-debtor mortgagor, such as the loss of the family home that a viable restructuring plan or the application of the benefit of excussion could have avoided.

PALABRAS CLAVE: Código de Buenas Prácticas. Suspensión ejecuciones hipotecarias. Suspensión de lanzamientos.

KEY WORDS: Code of Good Practices. Suspension of mortgage foreclosures. Suspension of releases derived from foreclosure.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DEFINICIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN.—III. OPONIBILIDAD DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS A TERCEROS CESIONARIOS DEL CRÉDITO.—IV. NOVEDADES EN CUANTO A LA NOVACIÓN QUE SUPONE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—V. MODIFICACIONES DEL ANEXO QUE CONTIENE LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN REGULADAS EN EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS: 1. MODIFICACIONES RELATIVAS AL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN. 2. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL.—VI. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS CONTENIDA EN LA LEY 1/2013.—VII. PUBLICIDAD DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.—VIII. LA NECESIDAD DE SUSPENDER LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CASO DE QUE EL ACREEDOR SOLICITE UNA MEDIDA DE REESTRUCTURACIÓN. —IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes se ha publicado 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. Este nuevo Código de Buenas Prácticas, cuya regulación concreta debe verificarse a partir del marco diseñado por el Real Decreto Ley 19/2022 por Acuerdo del Consejo de Ministros (art. 3 RD Ley 19/2022), viene a añadirse al ya existente Código de Buenas Prácticas regulado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que preveía la posibilidad de reestructuración de las deudas hipotecarias sobre vivienda habitual, quita y dación en pago para deudores situados en el umbral de exclusión social, primero de forma transitoria y excepcional y luego de forma permanente a raíz de la reforma introducida por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[1].

En efecto, la disposición final décima de la Ley 5/2019 modificó el artículo 2 del Real Decreto Ley 6/2012 estableciendo que «las medidas previstas en este Real Decreto Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor *o que se suscriban posteriormente*».

El Real Decreto Ley 19/2022 da nueva redacción a determinados preceptos del Real Decreto Ley 6/2012, los cuales serán objeto de comentario en el presente trabajo.

II. LA DEFINICIÓN DEL UMBRAL DE EXCLUSIÓN

Se modifica en primer término el artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012, que define el umbral de exclusión (art. 10.1 Real Decreto Ley 19/2022).

El precepto venía a considerar situados en el umbral de exclusión a los deudores de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual, cuando concurrieran conjuntamente una serie de circunstancias que consistían en un límite de ingresos así como que en los cuatro años anteriores al momento de solicitud de aplicación del Código a la entidad prestamista se hubiera producido una alteración significativa de las circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hubieran sobrevenido en dicho periodo circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

En relación con la alteración significativa de las circunstancias económicas en término de acceso a la vivienda se entendía producida cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hubiese multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad prestamista acreditase que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas. Con la nueva redacción que el Real Decreto Ley 19/2022 da al precepto, basta que el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar simplemente *se haya incrementado*.

En relación con la superveniencia de circunstancias familiares de especial vulnerabilidad en los 4 años anteriores a la solicitud, se incorpora como tal que en la «unidad familiar» exista una víctima de violencia de género *o de trata o explotación sexual*.

Estas circunstancias de obligada concurrencia se acreditaban mediante la documentación señalada en el propio artículo 3.3, constituyendo ahora la novedad que en el caso de que la entidad acreedora tenga en su poder datos o documentación acreditativa sobre alguno de los extremos referidos, el deudor estará exonerado de su acreditación ante la entidad. Asimismo se señala que el deudor «podrá autorizar al sujeto adherido [al Código de Buenas Prácticas], 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», autorización esta que se nos antoja peligrosa para la privacidad en la medida en que lo que hoy constituye una autorización expresa y por escrito del deudor al acreedor, mañana podría tratarse de una autorización *ex lege* para el acceso a tales datos.

III. OPONIBILIDAD DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS A TERCEROS CESIONARIOS DEL CRÉDITO

Otra novedad que introduce el Real Decreto Ley 19/2022 en el Código de Buenas Prácticas regulado por el Real Decreto Ley 6/2012 consiste en la oponibilidad del Código a terceros cesionarios del crédito hipotecario.

De acuerdo con la nueva redacción que se da al artículo 5.7 del Real Decreto Ley 6/2012, desde la adhesión de la entidad prestamista, el contenido del Código de Buenas Prácticas se incorpora a toda la cartera de contratos de la entidad adherida, siendo tal contenido oponible a terceros, de manera que aun no habiendo disfrutado el deudor de las medidas del Código de Buenas Prácticas mientras el crédito hipotecario tenía por titular a la entidad prestamista, se mantiene su derecho a instar tales medidas en relación con la cesionaria del crédito durante el tiempo de vigencia de dicho crédito, esto es, hasta la extinción por cumplimiento. Cabe, pues que el deudor hipotecario solicite la reestructuración de la deuda hipotecaria, la quita o la dación en pago a la entidad cesionaria en caso de hallarse en dificultades de pago.

En todo caso, las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas adoptarán las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los deudores en caso de cesión del crédito a un tercero.

Ciertamente, y sin que la ley expresamente lo estipulase podía entenderse que el contenido del Código de Buenas Prácticas era oponible a los terceros cesionarios en cuanto «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» (art. 1528 CC), pudiendo considerarse que el crédito frente al deudor se transmitía derivativamente en los mismos términos (con las ventajas y desventajas) con que la entidad prestamista lo ostentaba frente al mismo, esto es, con obligación de aplicación del Código de Buenas Prácticas si el deudor era un sujeto enmarcado en el ámbito de aplicación del mismo (deber incluido en la posición acreedora)[2].

Pero lo cierto es que tratándose la adhesión al Código de una adhesión voluntaria, podían surgir dudas en cuanto a su aplicabilidad si el crédito se transmitía a un tercero o en cuanto al mantenimiento por el tercero de las medidas ya vigentes, por ejemplo, la reestructuración, ya que el artículo 5.7 indicaba que «el contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación *exclusiva* a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto Ley». En este sentido, el legislador despeja las dudas que podían existir al respecto, máxime porque la cesión del crédito hipotecario no es una cesión del

contrato, la cual requiere el consentimiento de la parte contratante del contrato cedido que no interviene en el negocio de cesión[3].

IV. NOVEDADES EN CUANTO A LA NOVACIÓN QUE SUPONE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

La aplicación del Código de Buenas Prácticas supone una novación modificativa del contrato primitivo o bien la extinción del mismo mediante un subrogado del cumplimiento (la dación en pago).

El Real Decreto Ley 19/2022 introduce un nuevo párrafo en el artículo 5.9 del Real Decreto Ley 6/2012 para indicar que «la formalización del contrato por el que se establece alguna de las medidas adoptadas por virtud de lo establecido en este Código 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».

Se trata, pues, 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[4].

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). Tampoco 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 si la reestructuración es viable con el escenario actual de tipos de interés debe otorgarse aunque una evolución posterior de los tipos la hiciera devenir inviable.

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 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, 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».

V. MODIFICACIONES DEL ANEXO QUE CONTIENE LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN REGULADAS EN EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

1. Modificaciones relativas al plan de reestructuración

El Real Decreto Ley 19/2022 modifica la letra b) del apartado 1 del Anexo, que regula el plan de reestructuración.

De acuerdo con la letra 1.a) del Anexo, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto Ley 6/2012 podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Esta solicitud no podrá formularse si el deudor se encontrase en un procedimiento de ejecución (judicial o extrajudicial) *una vez que se hubiese producido el anuncio de la subasta.* Si la solicitud se produce en un momento anterior es causa de suspensión del procedimiento de ejecución, como indicaremos después.

De acuerdo con la nueva redacción que el Real Decreto Ley 19/2022 da a la letra b) del apartado 1 del Anexo, en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud junto con la documentación acreditativa de que el deudor se encuentra en el umbral de exclusión social, la entidad prestamista deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se apliquen conjuntamente las medidas que indicaremos después, sin perjuicio de que el deudor pueda presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración que deberá ser analizada por la entidad y si es rechazada, deberá serlo motivadamente.

Las medidas conjuntas a aplicar son:

Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas. *Pero esta carencia en la amortización de capital se reduce como novedad a dos años, si el incremento del esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hubiera incrementado en menos de 1,5 y la unidad familiar no se encontrase en una de las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad definidas en el artículo 3.1.b) antes citado. Ambas circunstancias deben concurrir conjuntamente para que la carencia en la amortización de capital se reduzca a dos años.*

A esta carencia en la amortización de capital ha de sumarse una ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años a contar desde la concesión del préstamo.

No obstante lo anterior, como novedad se señala que si el incremento del esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hubiere incrementado en menos de 1,5 y la unidad familiar no se encontrase en una de las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad definidas en el artículo 3.1.b), *la ampliación del plazo de amortización será de hasta siete años, sin superar el plazo de cuarenta años desde la concesión del préstamo.*

Es decir, que si bien ya no se exige que el esfuerzo que representa la carga hipotecaria se haya incrementado en 1,5 para la aplicación del Código de Buenas Prácticas, sí que el incremento inferior al mismo determina unas medidas de reestructuración de menor alcance.

Igualmente ha de sumarse también una reducción del tipo de interés aplicable durante el plazo de carencia a *Euribor menos 0,10* (en lugar de Euribor + 0,25). En todo caso, en los préstamos a tipo fijo se aplicará el tipo fijo actual durante el período de carencia[5].

No obstante lo anterior, si el incremento del esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hubiera incrementado en menos de 1,5 y la unidad familiar no se encontrase en una de las circunstancias familiares de especial vulnerabilidad definidas en el artículo 3.1.b), el tipo de interés aplicable durante la carencia será 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 se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

Ahora bien, otra novedad que ha incorporado el Real Decreto 19/2022 en la letra d) del Anexo es que el deudor que hubiere disfrutado de un plan de reestructuración con arreglo a un plan ofrecido por la entidad o a un plan formulado por el deudor y aceptado por la entidad (el cual no tendría por qué aplicar las medidas señaladas en el apartado 1, letra b).i del Anexo) pues el precepto habla de «los referidos en la letra b) anterior» que son ambos tipos de planes, podrá solicitar un segundo plan de reestructuración.

Para ello será preciso que habiendo finalizado el periodo de carencia en la amortización de capital se encuentre el deudor en el umbral de exclusión des-

crito en el artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012, y que la salida del periodo de carencia no sea el hecho determinante de encontrarse en dicho umbral de exclusión, ya fuese el periodo de carencia concedido al deudor de cinco años o dos años, según lo explicado antes.

Dándose dichas circunstancias, en el plazo de 1 mes desde que el deudor formule la nueva solicitud, la entidad actualizará la solvencia del deudor, lo que parece indicar la realización de un nuevo estudio de la solvencia del mismo con arreglo al artículo 11 y 12 e incluso 13 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Se exceptuaría así la previsión antes comentada del artículo 5.9.2.º del Real Decreto Ley 6/2012 sobre la no aplicación de los artículos 10, 11, 12, 14 y 15 y apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

2. Modificaciones relativas a la dación en pago de la vivienda habitual

De acuerdo con la letra a) del apartado 3 del Anexo, en el plazo de 24 meses desde la solicitud de la reestructuración, aquellos deudores para los que la reestructuración y las medidas complementarias (quita), en su caso, no resulten viables, es decir, aquellos cuya deuda hipotecaria mensual sea superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, pueden solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos del apartado 3 del Anexo. En estos casos, la entidad estará obligada a aceptar la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada por parte del deudor, quien la transmitirá a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando cancelada definitivamente la deuda.

Con la novedad introducida por el Real Decreto Ley 19/2022, pueden también solicitar la dación en pago los deudores que tengan aprobado y en curso un plan de reestructuración y que observen su imposibilidad de atender los pagos después de transcurridos 24 meses desde la solicitud de reestructuración. En este caso, la entidad *valorará la posibilidad* de aceptar la dación en pago (lo cual resulta voluntario para la entidad en este supuesto). Si efectivamente la entidad acepta este subrogado del cumplimiento podrá indicar que la transmisión se verifique a tercero que designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. Es decir, la entidad valorará si procede abrir un procedimiento de ejecución o cerrar el existente mediante una dación en pago que tiene naturaleza de transacción y que determinaría el cierre del procedimiento mediante su homologación por auto, o evitar la apertura del procedimiento de ejecución mediante una dación en pago extrajudicial.

Esta medida no será aplicable en los supuestos en que ya se haya anunciado la subasta o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

VI. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS CONTENIDA EN LA LEY 1/2013

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1/2013 «hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley [o sea, hasta el 15 de mayo de 2024], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de

ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

Durante ese plazo, *el ejecutado situado en el umbral de exclusión* podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, *el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código*».

El precepto parece remitir al umbral de exclusión definido en el artículo 3 del Código de Buenas Prácticas. Encontrándose en dichas circunstancias, el ejecutado podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda un alquiler en las condiciones que indica el apartado 4 (al que realmente se quiere remitir la norma).

La renta anual máxima será del 3 por cien del valor de la vivienda al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre.

La solicitud podrá realizarse en el plazo de 12 meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 19/2022 (o sea, desde el 24 de noviembre de 2022) para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiaros de la suspensión (y no hubieren celebrado un contrato de arrendamiento con la entidad ejecutante en los términos que preveía el antiguo apartado 4 del Real Decreto Ley 6/2012) o bien para los nuevos beneficiarios de la suspensión desde que se produzca esta.

La redacción anterior del apartado 4 del Real Decreto Ley 6/2012 preveía que desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017, producida el 19 de marzo de 2017, los ejecutados que hubieran venido siendo beneficiarios de una suspensión del lanzamiento podrían solicitar en el plazo de 6 meses desde dicha entrada en vigor un alquiler a la entidad acreedora ejecutante, alquiler que también podían solicitar los nuevos beneficiaros de la suspensión tras el 19 de marzo de 2017.

Los contratos de arrendamiento ya celebrados se sujetan pues a la redacción que dio el Real Decreto Ley 5/2017 al apartado 4 del Anexo. Mientras que los nuevos contratos que se celebren tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 19/2022 se sujetan al nuevo apartado 5 del Anexo.

Así, en relación con los contratos anteriores se preveía una duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Y que por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario el contrato se pudiese prorrogar por cinco años adicionales. El importe de la renta anual máxima será del 3 por cien del valor de la vivienda al tiempo de aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificado por tasador homologado.

En relación con los nuevos contratos, la renta anual máxima será del 3 por cien del valor de la vivienda al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en el Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre y en cuanto a la duración, esta será anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales. A dichos plazos no les será de aplicación el mínimo regulado en el

artículo 9 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, es decir no les será de aplicación el periodo de prórroga forzosa para la entidad ejecutante (persona jurídica) de 7 años, ni será aplicable el régimen de prórroga forzosa durante el segundo periodo de 5 años.

Se trata pues de arrendamientos, que en cuanto a su duración y en cuanto a la renta, quedan al margen de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, siendo esta de aplicación supletoria en lo demás, en sus distintas versiones según la fecha de celebración del contrato.

Lo que considero que no es posible es que un arrendatario que celebró un contrato de arrendamiento sujeto al Real Decreto Ley 5/2017, pretenda ahora celebrar un *nuevo* contrato de arrendamiento sujeto al Real Decreto Ley 19/2022, pues el contrato que celebró se sigue rigiendo por la norma vigente en el momento de su celebración, esto es, si hubiese finalizado los cinco primeros años del arriendo, *por mutuo acuerdo* entre ejecutado y adjudicatario el contrato se podrá prorrogar por cinco años adicionales. Lo que no es posible, es que al amparo del Real Decreto Ley 19/2022 se pretenda *exigir* a la entidad acreedora ejecutante un nuevo contrato de arrendamiento que podría durar hasta cinco años y luego por mutuo acuerdo prorrogarse cinco años más.

VII. PUBLICIDAD DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

El nuevo apartado 5 del Anexo, introducido por el Real Decreto Ley 19/2022, explicita cómo las entidades adheridas al mismo deben garantizar la máxima difusión del contenido del mismo, en particular, entre sus clientes.

En concreto, se indica que a todos los clientes titulares de préstamos hipotecarios se les deberá informar adecuadamente 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 el final del plazo al que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 19/2022 (o sea, desde el transcurso del plazo de 15 días a contar desde el 24 de noviembre de 2022, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley, plazo que permite a las entidades comunicar expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional su solicitud de quedar excluidos de la adhesión *ope legis* al Código de Buenas Prácticas en la redacción dada por el Real Decreto Ley 19/2022)[6].

En dicha comunicación deberán facilitar 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 del Código de Buenas Prácticas en un lugar destacado de su sitio web y a través de su red comercial de oficinas.

No tendrán las entidades prestamistas esta obligación de información si hubieran comunicado su intención de no adherirse al Código de Buenas Prácticas.

Lo dicho en relación con los titulares de préstamos hipotecarios. En relación con los clientes en general de la entidad prestamista, las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas deben informar adecuadamente a estos sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en este Código. Esta información deberá facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas.

Y en relación con los titulares de préstamos hipotecarios que manifiesten dificultades en el pago de su deuda hipotecaria y para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria, las entidades adheridas deberán

comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido y la posibilidad de acogerse a él.

VIII. LA NECESIDAD DE SUSPENDER LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CASO DE QUE EL ACREEDOR SOLICITE UNA MEDIDA DE REESTRUCTURACIÓN

De acuerdo con el apartado a) del Anexo del Código de Buenas Prácticas, los deudores o hipotecantes no deudores que caen dentro del ámbito de aplicación de los artículos 2[7] y 3[8] del Real Decreto Ley 6/2012[9], pueden formular la solicitud de que se les aplique un plan de reestructuración o de que se les aplique el beneficio de excusión, incluso si están incursos en un procedimiento de ejecución, salvo que se hubiese producido el anuncio de la subasta[10].

Es interesante la STS (Sala de lo Civil), núm. 2340/2019, de 9 de septiembre de 2019 que resolvió el recurso de casación contra la SAP de Valladolid (Sección 3.ª), núm. 303/2016, de 2 de noviembre.

El 10 de marzo de 2006, Martín y Eufrasia concertaron con Abanca un préstamo hipotecario por un importe de 111 000 euros en el que hipotecaban su vivienda habitual. A finales de 2013 los prestamistas dejaron de pagar las cuotas de devolución como consecuencia de la pérdida de empleo de Martín.

Abanca resolvió el contrato el 9 de diciembre de 2013 e instó la ejecución hipotecaria en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, publicándose la subasta el 24 de noviembre de 2014.

El 21 de julio de 2014, por medio de la oficina de interlocución hipotecaria de la Junta de Castilla y León, *los prestatarios habían presentado una propuesta de reestructuración al amparo del Código de Buenas Prácticas, de carencia de amortización de 5 años y reducción del interés aplicable durante dicho plazo a Euribor + 0,25*.

Abanca dejó transcurrir el mes sin contestar. Martín y Eufrasia volvieron a requerirle para que se pronunciara. Finalmente el banco *contestó denegando la propuesta porque no se había enervado la ejecución en los términos del artículo 693 LEC y solicitando que se cancelen registralmente las cargas posteriores a la hipoteca que se iba a novar (dos anotaciones de embargo), salvo que se hiciera constar en el Registro que con la novación el banco no alteraba el rango de su hipoteca.*

Martín y Eufrasia presentaron demanda contra Abanca solicitando se condenase al banco a la reestructuración solicitada el 21 de julio de 2014, con efectos de 21 de septiembre de 2014. Abanca se opuso por las mismas razones alegadas antes.

Durante la tramitación del procedimiento se celebró la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria y se produjo el remate o adjudicación perdiendo la propiedad los actores por lo que Abanca alegó que el procedimiento declarativo había dejado de tener objeto litigioso.

En primera instancia se desestimó la demanda porque los demandantes habían dejado de ser titulares de la vivienda con lo que era imposible otorgarles la tutela que pretendían.

En apelación la Audiencia confirmó la decisión del juzgado ya que la actora ha perdido interés legítimo en el proceso porque ni existe préstamo hipotecario al haber sido resuelto anticipadamente ni tampoco los prestatarios son titulares de la garantía real ejecutada, no siendo posible reactivar el préstamo. El simple hecho de haber interesado en plazo (antes del anuncio de la subasta)

la reestructuración no habilita la adopción de las medidas *por más que el legislador hubiera contemplado expresamente su tramitación durante el curso de una ejecución. Atendiendo a la irreversibilidad del proceso ejecutivo la parte actora interesó y obtuvo como medida cautelar la suspensión de la subasta por auto de 6 de febrero de 2015, el cual no produjo los efectos pretendidos por falta del depósito de caución.* Por ello se considera que carece de objeto el procedimiento declarativo (art. 22 LEC).

Planteado recurso de casación, se denuncia la infracción de los artículos 2 y 5 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo. Los recurrentes entienden que, dado que la entidad se acogió al Código de Buenas Prácticas y ellos se encuentran en el umbral de exclusión, dicha normativa es de obligado cumplimiento, sin que deje de serlo porque después de requerida la reestructuración, sin ser atendida, se haya ejecutado la hipoteca.

El Tribunal Supremo estima el motivo. En el presente caso no se discute que en julio de 2014 Abanca ya estaba adherida al Código de Buenas Prácticas, que el préstamo hipotecario entraba dentro del ámbito de aplicación del Código ni que los demandantes se encontraban en el umbral de exclusión social del artículo 3. Dicha adhesión voluntaria de la entidad conlleva su sujeción al mismo. *Los demandantes presentaron a tiempo la solicitud de reestructuración de su deuda hipotecaria y el banco incumplió el deber legal de atender a esta solicitud y la rechazó por dos motivos que no justifican tal rechazo.*

Si bien la reestructuración no conlleva la condonación de las cuotas vencidas y pendientes de pago, su previo pago no constituye en la ley un presupuesto para la concesión de la reestructuración. La forma en que deben pagarse esas cuotas vencidas e impagadas forma parte del plan de reestructuración.

En cuanto a la segunda objeción, tampoco resulta admisible porque *el plan de reestructuración no altera el rango registral de la hipoteca. En atención a las razones por las que se adopta la medida de reestructuración, y por su propio contenido, no se altera el rango registral de la hipoteca, por lo que para preservar su garantía la entidad de crédito no tiene por qué exigir el levantamiento de los dos embargos.*

En consecuencia, el banco no podía rechazar la solicitud de reestructuración. Como la solicitud se hizo a tiempo, el banco debía haberla atendido. Si bien la letra c) del apartado 1 concede al banco la posibilidad de advertir el carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado 2, en este caso no consta que se hubiera hecho valer.

La adhesión por las entidades a dicho Código comporta que el cumplimiento de algunas de las obligaciones asumidas pueda ser reclamado judicialmente por los prestatarios, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Ley.

Por ello, si el banco desatiende una solicitud de reestructuración por causas ajenas a las que legalmente pueden justificarlo, puede ser demandado judicialmente por el prestatario para que sea condenado a conceder esa reestructuración.

Ejecutada esta acción judicial a tiempo su prosperabilidad no puede quedar supeditada a que el banco no consume la realización de la garantía. La ejecución hipotecaria no impide que el procedimiento judicial continúe adelante, sin perjuicio de que, en caso de estimación de la demanda, ante la imposibilidad de dar cumplimiento *in natura* a la condena de hacer (otorgar la reestructuración de la deuda reclamada), haya que optar por el cumplimiento por equivalencia (indemnización de daños y perjuicios sufridos).

Procede estimar el recurso, dejar sin efecto la sentencia de apelación, estimar el recurso de apelación, y estimar la demanda interpuesta por Martín y Eufrasia

contra Abanca y condenar a la demandada a reestructurar el préstamo hipotecario en los términos de la propuesta solicitada el día 21 de julio de 2014.

Interesa detenerse en la idea que hemos subrayado antes de que si bien la reestructuración no conlleva la condonación de las cuotas vencidas y pendientes de pago, su previo pago no constituye en la ley un presupuesto para la concesión de la reestructuración. La forma en que deben pagarse esas cuotas vencidas e impagadas forma parte del plan de reestructuración.

Es evidente, pues, que de acuerdo con estas afirmaciones y el apartado a) del artículo 1 del Anexo del Real Decreto Ley 6/2012, la solicitud de reestructuración es causa de suspensión de la ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial, pues de lo contrario pueden producirse efectos irreversibles para el deudor como puede ser la ejecución de la vivienda habitual cuando realmente el deudor habría podido evitarla con un plan de reestructuración. Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no lo contemple expresamente en el artículo 695 LEC, en relación con la venta extrajudicial, sí que la doctrina ha indicado que la aplicación del Código de Buenas Prácticas es causa de suspensión de la misma.

En el ámbito del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos la suspensión de la venta extrajudicial puede tener lugar en el supuesto de solicitud de aplicación de las medidas de reestructuración y, en su caso, quita, antes del anuncio de la subasta, así como en el caso de que el deudor situado en el umbral de exclusión social solicite la dación en pago de la vivienda habitual antes de que se haya anunciado la subasta. En aquel caso, parece que si la reestructuración solicitada y en su caso, quita, determinan la viabilidad del préstamo, debería cerrarse definitivamente el acta de tramitación de la venta extrajudicial indicando que el préstamo ha sido rehabilitado. En el caso de solicitud de dación en pago, el acta de venta extrajudicial debería cerrarse con escritura de dación en pago. La solicitud de dación en pago no será posible en el caso de que existiesen cargas posteriores a la hipoteca que se estuviese ejecutando por vía extrajudicial[11].

Igualmente, de acuerdo con el artículo 3 bis del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos «los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión [definido en el artículo 3 del Real Decreto Ley] podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, *antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.* «Parece suficiente para paralizar el procedimiento [de venta extrajudicial] (de forma temporal o definitiva, según se vea conveniente) que el hipotecante no deudor manifieste en la misma acta de venta extrajudicial que está en ese umbral de exclusión. La acreditación de los documentos pertinentes se produce, ante la propia entidad acreedora»[12].

Respecto de la ejecución judicial hipotecaria, el AAP de Huelva (Sección 2.ª), núm. 86/2012, de 23 de octubre, señala expresamente en contra del criterio del juzgador de instancia que había indicado que los motivos de oposición están tasados en la LEC y que no puede por ello ser admisible el exigir la aplicabilidad del Real Decreto Ley 6/2012, en concreto la dación en pago, dado que los preceptos de dicha norma son facultativos y no imperativos, que el Real Decreto Ley 6/2012 otorga una facultad al deudor de exigir de la entidad prestamista que cancele la deuda, mediante dación en pago siempre que se cumplan las exigencias de dicha ley. Aunque esta medida es la última después de haber agotado

otras. «Lo contrario significaría reducir esa norma con rango de Ley … a una mera exposición de recomendaciones sin trascendencia normativa, mientras que entendemos que su forma y contenido revelan con claridad la voluntad legislativa de superponerse a las reglas propias del préstamo, de la hipoteca y de las formas de extinción por cumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad personal universal, haciendo excepción, en ciertos casos de los correspondientes artículos del Código Civil, leyes de las que las normas procesales son meramente accesorias como complemento de su eficacia». Ahora bien, la fuerza de obligar de tales normas está supeditada a la adhesión voluntaria de la empresa crediticia al Código de Buenas Prácticas.

Pero «de darse los presupuestos de hecho que motivan la vigencia de la norma, es facultad del deudor solicitar su cumplimiento por lo que se debe, en la ejecución hipotecaria (y en cualquier proceso de cobro o declarativo) integrar la norma de la LEC con esta posibilidad)».

En el supuesto enjuiciado el ejecutado no había acreditado estar situado en el umbral de exclusión, ni haber solicitado en forma a la entidad la aplicación del Código de Buenas Prácticas, «aunque puede hacerlo de no haberse superado el plazo límite fijado, el anuncio de subasta. Lo que entiende la Sala, por lo tanto, es que la fase de negociación y ejecución de alternativas es previa y necesaria a la eventual dación en pago. La solicitud a la entidad acreedora de medidas alternativas a la realización de la garantía real dentro de los plazos en él señalados es, por ello, *causa de suspensión de la tramitación de la ejecución hipotecaria judicial, que quedará en tal estado desde el momento en que acredite el ejecutado apelante que ha solicitado de la parte prestamista la aplicación de tales medidas*, y en caso de fracasar, continuar hasta rematarse por medio de la dación en pago de darse los requisitos materiales exigidos».

Parece forzoso concluir, por tanto, que el Real Decreto Ley 6/2012 es causa de suspensión de la ejecución hipotecaria tanto judicial como extrajudicial.

IX. CONCLUSIONES

I. El Real Decreto Ley 19/2022 ha modificado el Real Decreto Ley 6/2012, en lo relativo a la ampliación del umbral de exclusión social.

II. Se establece la oponibilidad del Código de Buenas Prácticas a los terceros cesionarios del crédito en cuanto este ha quedado incorporado a la cartera de créditos de la entidad adherida, siendo posible hacer valer las medidas de reestructuración vigentes frente al cesionario (que no es entidad adherida) o bien solicitar del mismo dichas medidas (aunque no sea entidad adherida) puesto que ha recibido el crédito con el deber de aplicar el Código de Buenas Prácticas derivativamente y con tal deber incorporado en el crédito y por disponerlo así la Ley.

III. La novación que supone la aplicación del Código de Buenas Prácticas no exige ni la evaluación de la solvencia del deudor, ni el cumplimiento de los deberes de transparencia que la Ley 5/2019 impone al acreedor, ni la necesidad de otorgamiento del acta previa acreditativa del cumplimiento de los requisitos de transparencia material antes del otorgamiento de la escritura. La novación exige la intervención de los mismos sujetos que firmaron inicialmente el préstamo como deudores, aunque uno solo de ellos sea el situado en el umbral de exclusión social y se le conceda solamente a él la reestructuración, por haber dejado el otro deudor de formar parte de la unidad familiar con anterioridad a la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

IV. En relación con la reestructuración de la deuda ya no se exige que el esfuerzo que represente la carga hipotecaria se haya incrementado en 1,5 para la aplicación del Código de Buenas Prácticas, pero el incremento inferior al mismo sí que determinará unas medidas de reestructuración de menor alcance. Además será posible solicitar un segundo plan de reestructuración, siendo en este caso necesario valorar de nuevo la solvencia del deudor.

V. En relación con la dación en pago, tras el Real Decreto Ley 19/2022 pueden solicitarla también los deudores que tengan aprobado y en curso un plan de reestructuración y que observen su imposibilidad de atender los pagos después de transcurridos 24 meses desde la solicitud de reestructuración, pero en este caso la dación en pago es voluntaria para la entidad prestamista.

VI. Los contratos de arrendamientos celebrados por deudores hipotecarios cuyo lanzamiento hubiera sido suspendido con arreglo a la redacción que dio al Código de Buenas Prácticas el Real Decreto Ley 5/2017 se siguen rigiendo por dicha redacción. Los nuevos contratos que se celebren en el plazo de 12 meses a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 19/2022 (24 de noviembre de 2022) para ejecutados ya beneficiarios de la suspensión (y que no tuvieren celebrado un contrato de arrendamiento con arreglo al Real Decreto Ley 5/2017), o bien para los nuevos beneficiarios de la suspensión desde que esta se produzca, se regirán por la nueva redacción dada al Código de Buenas Prácticas por el Real Decreto Ley 19/2022.

VII. Los deudores hipotecarios o hipotecantes no deudores que entran dentro del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, pueden formular la solicitud de que se les aplique un plan de reestructuración o de que se les aplique el beneficio de excusión, incluso si están incursos en un procedimiento de ejecución, salvo que se hubiese producido el anuncio de la subasta. Es por ello que el Real Decreto Ley 6/2012 es causa de suspensión de la ejecución hipotecaria para evitar efectos irreversibles para el deudor, como sería la pérdida de la vivienda familiar que un plan de reestructuración viable podría haber evitado. Posición esta que apoya la jurisprudencia y la doctrina científica y se deduce de la propia literalidad y finalidad de la norma.

X. JURISPRUDENCIA

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 187/2018, de 5 de abril.
- SAP de Valladolid (Sección 3.ª), núm. 303/2016, de 2 de noviembre.
- SAP de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 653/2016, de 5 de diciembre.
- SAP de Salamanca (Sección 1.ª), núm. 237/2017, de 5 de mayo.
- SAP de Madrid (Sección 19.ª), núm. 117/2020, de 20 de mayo.
- AAP de Huelva (Sección 2.ª), núm. 86/2012, de 23 de octubre.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.

— (2011). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Edisofer.

CLEMENTE, MEORO, M. (2021). Concepto y fuentes de las obligaciones. En J.R. de Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II*, Obligaciones y contratos. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 19-30).

GOMÁ LANZÓN, F. (2014). El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2012). Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732, 2387-2425.

— (2013) (1). La reforma del RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo «anti desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, 3522-3565.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E y ESTANCONA PÉREZ, A. (2021). *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

VILLEY, M. (2003). *Filosofía del Derecho.* Traducción de Evaristo Palomar Maldonado. Barcelona: *Scire* Universitaria.

NOTAS

[1] 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 ha sido desarrollado por 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).

[2] CLEMENTE MEORO, 2021, 24-25; cfr.: ALBALADEJO, 2002, 449-451.

[3] ALBALADEJO, 2011, 485-486.

[4] Cfr.: ALBALADEJO, 2002, 447-448.

[5] Esta medida obedece a que la subida del Euribor puede tener un impacto significativo en la situación financiera de las familias con hipotecas a tipo variable, de manera que con las medidas que adopta el Real Decreto Ley 19/2022 se anticipan a las posibles situaciones de dificultad financiera que puede acarrear la subida de los tipos de interés. «En concreto, —se indica en el preámbulo— el euribor a doce meses, índice de referencia en la gran mayoría de las hipotecas a tipo variable en España, ha sufrido una subida rápida y abrupta desde enero de 2022 que ha provocado que desde el comienzo del año hay aumentado en unos 330 puntos básicos, desde el entorno del -0,5% hasta el nivel del 2,8% en la actualidad. Esta rápida subida 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 próximo año se vaya a incrementar de manera sustancial el coste de las hipotecas referenciadas a tipo variable y justifica que las medidas del Real Decreto Ley se aprueben a la mayor brevedad posible».

[6] Disposición adicional segunda. Adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. 1. Todas las entidades que, a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual» regulado en el anexo del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto Ley, salvo que en el plazo de dos semanas desde su entrada en vigor comu-

niquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional que solicitan estar excluidos».

[7] Artículo 2. Ámbito de aplicación. «Las medidas previstas en este Real Decreto Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente. Las medidas previstas en este Real Decreto Ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, *respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*». Si bien el artículo 2 se refiere al deudor en singular, el artículo 3 se refiere en plural a los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca. Por lo tanto la norma contempla la pluralidad de deudores, siendo necesario que en ambos concurra la situación de umbral de exclusión. Así se pronuncia la STS núm. 187/2018, de 5 de abril, que señala: «Al desgranar los requisitos que deben concurrir sobre estos deudores para que puedan considerarse incluidos en el umbral de exclusión, el artículo 3.1 exige que todas las circunstancias que a continuación se enumeran concurran «en ellos». Esto es, en un supuesto como el nuestro, en que son dos deudores solidarios, prestatarios, que a su vez hipotecan la vivienda en garantía de la devolución de los dos préstamos, la exigencia de que se encuentren bajo el umbral de exclusión debe concurrir en los dos … Refuerza esta interpretación no solo el carácter solidario de las dos obligaciones asumidas por los dos prestatarios, garantizadas con la vivienda copropiedad de ambos, que conllevaría el que la novación de las obligaciones merced a la reestructuración de las dos deudas hipotecarias o la quita beneficiaría también al deudor que no estuviera en el umbral de exclusión, sino también que en un caso como el presente, en que solo quien está en el umbral de exclusión solicita las medidas, carecería de legitimación para poder optar por la dación en pago sin el consentimiento del otro deudor copropietario del bien hipotecado».

[8] Artículo 3. Definición del umbral de exclusión. 1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá 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. El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual 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, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. 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. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya incrementado. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con hijos a cargo. 3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad. 4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros 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. 5.º La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular

de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral. 6.º La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género o de trata o explotación sexual. 7.º El deudor mayor de sesenta años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la letra a). A efectos de las letras a) y b) anteriores, 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. 2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos. a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores. 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. *Vid.:* SAP de Salamanca (Sección 1.ª), núm. 237/2017, de 5 de mayo sobre el cumplimiento de los requisitos para estar situado en el umbral de exclusión.

[9] Como ya dijimos en otra ocasión (*vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1)) sorprende que la familia deba ser constantemente definida y redefinida por el legislador a través de normas positivas, en razón de uno u otro efecto jurídico que quiera vinculársele, *en una suerte de nominalismo que huye de la realidad de las cosas para fraguar voluntaristicamente conceptos legislativos*. Como señala VILLEY, «todo el mundo ha oído hablar de la "querella de los universales". Esta controversia nace del análisis del lenguaje. Atendamos, por ejemplo, esta frase: "Sócrates es ciudadano de Atenas". En esta frase distinguiremos (dejando a un lado la cópula *es*), dos tipos de términos, uno *singular (Sócrates)* y otro *universal (ciudadano de Atenas* — la expresión se aplica a *todos los ciudadanos* —). Se pregunta bajo qué título estas palabras *significan la realidad, con qué tipo de realidad se corresponden unos y otros. Para los realistas… a cada uno de estos términos les corresponde una realidad.* A la palabra Sócrates, evidentemente; Sócrates existe, es real. El individuo, dice Aristóteles, es incluso de quien se debe afirmar en primer lugar la existencia distinta, una "sustancia primera". Pero hemos de decir que también las palabras "Atenas" o "ciudadano" [léase, familia] remiten a algo real, *algo diferenciado en la realidad, lo que Aristóteles denomina "sustancia segunda". El mundo no es simplemente un conjunto de cosas singulares, está ordenado: comporta realidades genéricas (como la de "ciudadano") o cuerpos (Atenas [léase, familia]). Está realmente estructurado, y son estas estructuras [léase sociedad familiar]* las que reflejan,… los términos universales. Distinta es la respuesta de los *nominalistas. Sin duda porque son familiares de una literatura religiosa en la que únicamente entran en juego las personas: su universo no comprende más que seres singulares: Sócrates, Pedro o Pablo. …* [para los nominalistas]… a *los términos universales ("ciudadano de Atenas" [o familia] no podría decirse que les corresponde un objeto real; que tenga por función designar inmediatamente una cosa. Son [meros] instrumentos lingüísticos que… [servirían]… para connotar (lo que significa abarcar en conjunto — simultáneamente, de un solo golpe—) una pluralidad de objetos que guardan entre sí cierta semejanza.* Así mediante la palabra "ciudadano de Atenas" designo en un momento a Sócrates, Alcibíades, Platón, etc. Es una economía del lenguaje. De ahí se sigue que los "universales" *no tienen* [para los nominalistas] *otra existencia que la mental e instrumental; y nosotros los formamos libremente. No les pedimos que sean verdaderos (esto es, adecuados a lo real), sino que… nos permitan operar sobre los fenómenos singulares; solamente, pues, que sean "operativos" como dicen los sabios de hoy*». (VILLEY, 2003, 90-91).

[10] En este sentido se manifiesta la STS núm. 187/2018, de 5 de abril, que en relación con un procedimiento de ejecución hipotecaria abierto antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2012, y antes de que la entidad prestamista Ibercaja hubiera podido adherirse al Código de Buenas Prácticas, considera en contra del criterio de la Audiencia que no era preciso que los contratos de préstamo hipotecario estuviesen vigentes a la fecha de entrada en vigor del Código sino que bastaba que aunque estuvieran vencidos anticipadamente y en fase de ejecución, «el hipotecante todavía estuviera a tiempo de acogerse a alguna de ellas». De hecho, señala la sentencia «el propio Código prevé la aplicación de alguna de sus medidas a casos en que resuelto el contrato de préstamo o crédito hipotecario, ya se hubiera iniciado la ejecución hipotecaria. En el caso de la quita del apartado 2, en la letra C) se dispone que «esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta», por lo que, *a sensu contrario*, *sí cabría durante la ejecución hipotecaria mientras no se hubiera producido todavía el anuncio de la subasta*».

[11] *Vid.,* VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y ESTANCONA PÉREZ, A. (2021). *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs., 189-203. JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2012). Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, págs. 2387-2425.

[12] GOMÁ LANZÓN, F. (2014) El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, pág. 213.

2. MERCANTIL
DERECHO DE CONTRATOS

Distinción entre estipulación en favor de tercero y autorizado de pago en el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa

Distinction between stipulation in favour of a third party and authorized payment in the breach of the declarations and statements in the company sales contracts

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: Resulta necesario delimitar la figura del tercero beneficiario y del mero autorizado de pago en orden a clarificar la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa.

ABSTRACT: It is necessary to delimit the figure of the third-party beneficiary and the mere authorized payment in order to clarify the active legitimacy of the acquired company in the event of non-compliance with the declarations and statements in the company sales contracts.

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa. Tercero beneficiario y autorizado de pago.

KEY WORDS: Sale of company. Third party beneficiary and authorized payment.

SUMARIO: I. LA SOCIEDAD ADQUIRIDA ¿TERCERO BENEFICIARIO O AUTORIZADO DE PAGO?—II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SOCIEDAD ADQUIRIDA ¿TERCERO BENEFICIARIO O AUTORIZADO DE PAGO?

Ya nos hemos ocupado anteriormente sobre el tema de la legitimación activa de la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios derivada de un contrato de compraventa de empresa[1] aunque íntimamente ligada a esta cuestión jurídica se precisa delimitar o deslindar correctamente instituciones tales, como la estipulación en favor de tercero o el mero autorizado de pago, haciendo referencia también por la conexión con esta última figura a la conocida como *adiectus solutionis gratia.*

Decíamos que es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones *(«representations & warranties)* de tal manera que no solo se encuentra legitimado el comprador o adquirente de la empresa o acciones adquiridas sino la propia sociedad adquirida.

Una cláusula contractual tipo de las que venimos hablando podría ser la siguiente:

«Cualquier falta grave y esencial de veracidad, exactitud, corrección o adecuación a la realidad e integridad de las Manifestaciones y Garantías del Vendedor, así como cualquier incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por el Vendedor en este Contrato, será considerado como un incumplimiento contractual grave y esencial (en lo sucesivo, «Incumplimiento»).

En caso de Incumplimiento, el Vendedor se obliga a indemnizar al Comprador y/o la Sociedad, a decisión del Comprador, de todos los daños y perjuicios efectivos que estos puedan sufrir como consecuencia del Incumplimiento.

En consecuencia en los casos citados en el párrafo anterior, el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad, a decisión del Comprador, por cualquier daño efectivo («Daño Indemnizable») definido como quebranto o impacto patrimonial negativo cierto y que se produzca efectivamente en la Sociedad como consecuencia de un Incumplimiento culpable o doloso, que tenga su origen o viniera producido en virtud de actos, negocios, situaciones, hechos, omisiones o vicios anteriores al día de la Fecha de Cierre, aunque sean reclamados, conocidos o liquidados con posterioridad, así como de los daños y perjuicios que, puedan producirse al Comprador y/o a la Sociedad como consecuencia de cualquier Incumplimiento».

La cláusula contractual de atribución de responsabilidad de la Vendedora frente a la sociedad adquirida también es clara y la doctrina española la admite sin ningún tipo de duda: «…No es infrecuente que la obligación de resarcir por falsedad o incorrección de las manifestaciones y garantías se construya teniendo como beneficiario al comprador o la propia sociedad»[2].

Junto a la jurisprudencia francesa y resoluciones judiciales españolas que citábamos en nuestro trabajo referido, también es digna de mención, en materia de compraventa de sociedades mercantiles la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) núm. 253/2015 de 20 de octubre *(JUR* 2016, 131366), que literalmente razona lo mismo que se sostiene por esta parte con sede en la aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil, con el siguiente tenor literal:

> *«En este motivo del recurso se sostiene la falta de legitimación de la empresa, demandante y reconvenida, por cuanto la acción nació de los contratos de compraventa de participaciones sociales en los que la empresa no fue parte. Y siendo cierta esta argumentación, el motivo no puede prosperar, tanto por lo*

explicado por el Juez a quo, antes transcrito, como por cuanto si acudimos a la demanda observamos que aunque la acción que se ejercita nace del contrato de compraventa, en cuya cláusula octava, los vendedores se hicieron responsables de los créditos que terceros tuvieran contra la sociedad; esa asunción de responsabilidad, en tanto que recae sobre deudas de la empresa demandante, favoreciendo a esta que si bien no se libera de la reclamación de sus acreedores, si que le permite reclamar a los demandados el pago de esa deudas, y por tanto, que la acción derivada del contrato sea ejercitada tanto por los compradores como por la mercantil, ya que en su condición de titular de las relaciones jurídicas en las que nacen esos créditos va a recaer sobre ella el pago de las citadas deudas (artículo 1257.2 del Código Civil (LEG 1889, 27))».

El hecho de que la doctrina española se haga eco en los contratos de compraventa de empresa de la práctica anglosajona de incluir en los mismos las conocidas como «*specific indemnities*» no nos puede hacer desvirtuar la verdadera naturaleza jurídica de la figura y su consideración como estipulación en favor de tercero, en función de lo que a continuación razonaremos.

La jurisprudencia ha calificado al contrato que contiene estipulación a favor de un tercero como aquel «*que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha tomado parte en su conclusión*» (SSTS, entre otras de 23 de octubre de 1995, 7 de junio de 1976 o 17 de febrero de 1977). De esta forma, al tercero beneficiado le asiste acción para exigir su cumplimiento.

Pues bien, como afirma AGUAYO (*vid. op. cit,* 206, 207 y 209) el uso de este tipo de pactos [«*specific indemnities*»] de manera combinada con las manifestaciones y garantías en las operaciones de adquisición de empresa se ha importado (al igual que estas), de los países anglosajones y en particular del Derecho inglés. En el Derecho y en la práctica de este país resulta claro el cometido que estos pactos cumple. Se trata de evitar el riesgo de que el derecho del comprador a percibir compensación por daños en caso de falta de veracidad o incorrección de las manifestaciones y garantías se vea limitado por el conocimiento por parte del destinatario de la falta de veracidad o incorreción de la manifestación y garantía en cuestión en el momento del contrato (…). Por ejemplo, que un tercero, pongamos por caso la administración tributaria levante acta reclamando el ingreso de una cantidad a la sociedad cuyas acciones se venden, como consecuencia de una defectuosa liquidación La sociedad paga y el vendedor indemniza a la sociedad o al adquirente. Como se ve, el obligado no lo está porque la sociedad haya incumplido (de hecho, la sociedad paga el importe reclamado), sino porque ha asumido el riesgo de que, si la sociedad tiene que pagar, él indemniza. Y lo ha hecho porque en la negociación ha alcanzado ese pacto en la asignación de riesgos con su contraparte. Puede decirse que se trata de una asunción o cobertura de riesgos.

De hecho, en un caso similar de atribución de derechos a terceros en términos de responsabilidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 *(JUR* 2013, 115652), se analizaba la naturaleza jurídica de la cláusula que imponía la *obligación de indemnizar* a una sociedad no firmante de un contrato las posibles contingencias o pasivos ocultos, se razonó su consideración como estipulación en favor de tercero (*ex.* art. 1257.2 CC), se razona lo siguiente:

«*Siendo una nota característica de dichos pactos su carácter extraestatutario o extrasocial el mismo no pude resultar oponible frente a la sociedad precisa-*

mente en atención a su carácter extracorporativo. Y a ello no obsta que LIDERA pueda exigir a CADISA y al Sr. Ángel Daniel el cumplimiento de aquello a lo que se obligaron los socios, con la fuerza del vínculo, obligatorio, al contener el pacto preciso cual una estipulación en favor de tercero —artículo 1257 2 del Código Civil (LEG 1889, 27)—. Más en razón de dicha estipulación LIDERA, tercero, puede exigir el cumplimiento del contenido obligacional establecido a su favor, más sin que ello entrañe que el tercero devenga parte de aquel pacto, al no suscribir el mismo. Los comparecientes intervinieron en su condición de legales representantes de las cinco sociedades, respectivamente, y en su propio nombre, pero no como representantes de la sociedad creada LIDERA.

La estipulación a favor de tercero (LIDERA) se recoge en la cláusula 3.4 del contrato parasocietario suscrito por las cinco sociedades y sus representantes a título personal en concreto cuando dice: «En caso de que surgieran contingencias que modifiquen el valor de la aportación en especie realizada por cada SOCIO DE SU patrimonio, por hechos o actuaciones previas a la fecha de efectiva aportación a LIDERA HIGIENE, dicho SOCIO se compromete y obliga a reponer a LIDERA HIGIENE cualquier importe o quebranto patrimonial que pudiera sufrir como consecuencia de dicha contingencia o pasivo oculto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que se produzca el efectivo pago por la Sociedad o se manifieste dicha contingencia. Las personas físicas que comparecen en este acto en nombre y representación de los SOCIOS responderán solidariamente con el socio aportante de cualquier responsabilidad económica que pueda surgir en virtud de lo aquí dispuesto. «Y asimismo se recoge en el contrato de novación parasocietario suscrito en fecha 14 de noviembre de 2008 en donde se dice: «TERCERA.- RESPONSABILIDAD POR CONTINGENCIAS PREVIAS. 3.1. Todos los SOCIOS garantizan personal e ilimitadamente la veracidad y realidad de los Balances aportados a la escritura de ampliación de capital otorgada en el día de hoy y, en consecuencia, del patrimonio empresarial objeto de su aportación. En consecuencia, cada uno de los SOCIOS se comprometen y obliga a responder y reintegrar a LIDERA HIGIENE cualquier posible contingencia o pasivo oculto que pueda ponerse de manifiesto en el futuro que pueda suponer una modificación patrimonial o con efecto económico para LIDERA HIGIENE, siempre que tenga origen en hechos o actos anteriores al día de hoy, cualquiera que sea la fecha de exigibilidad o devengo. En consecuencia, si desde el día de hoy se produce cualquier obligación o modificación patrimonial en LIDERA HIGIENE atribuible al patrimonio aportado por cualquiera de los SOCIOS, al SOCIO al que corresponda deberá reintegrar a primer requerimiento y dentro del plazo máximo del treinta (30) días naturales desde que se produzca el pasivo o contingencia y/o sea notificada al SOCIO, el importe que corresponda, incluidas sanciones, intereses y gastos producidos si los hubiera. La presente obligación de garantía se otorga en los más amplios términos respecto a cualesquiera contingencias comerciales, laborales, fiscales y de cualquier otra índole o naturaleza, que puedan surgir en el patrimonio aportado por cada uno de los SOCIOS, según resulta de los Balances incorporados a la escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

3.2. Sin perjuicio de lo antes dispuesto, en especial, en cuanto a los saldos de Clientes que constan en los Balances incorporados al acuerdo de ampliación de capital, todos los SOCIOS acuerdan y aceptan expresamente que aquellos saldos que no hayan sido efectivamente satisfechos a LIDERA HIGIENE a fecha 31 de marzo de 2009 por tales clientes, el importa que impagado deberá ser reintegrado a LIDERA HIGIENE por el SOCIO que haya aportado dicho

cliente, no más tarde del 15 de abril de 2009, cualquiera que sea la causa o razón del impago, sin perjuicio del derecho del SOCIO a quien corresponda de hacer las gestiones y reclamaciones que estime oportunas frente al cliente.

3.3. En cuanto al inventario de existencias aportado por cada SOCIO, según resulta de los Balances antes indicados, todos los socios acuerdan, asimismo, que deberán asumir todas las existencias no vendidas a terceros en el curso normal de la actividad a fecha 31 de diciembre de 2009, obligándose a abonar el valor consignado en el Balance de ampliación de capital, no más tarde del 31 de enero del año 2010.

3.4. Cada SOCIO garantiza y se responsabiliza de la plena adecuación de las instalaciones cedidas por título de arrendamiento a la normativa para el legal desarrollo de la actividad. En consecuencia, si por el cambio de titularidad de licencias de apertura a nombre de LIDERA HIGIENE, la Administración o cualquier organismo público competente notificase cualquier deficiencia y/o exigiese el cumplimiento de cualesquiera requisitos, el SOCIO aportante se compromete y obliga a adoptar las medidas necesarias para adecuar las instalaciones, (realización de obras de adecuación, trámites administrativos, etc., en los más amplios términos), para cumplir la legislación vigente, en el plazo máximo de treinta (30) días naturales desde el requerimiento, salvo que la Administración u organismo público requirente indique un plazo menor, siendo exclusivamente de su costa, cualesquiera gastos que se originen, y obligándose a dejar indemne a LIDERA HIGIENE de cualquier coste o perjuicio económico por tal causa, incluidas sanciones y/o intereses si los hubiera.

En caso de que el SOCIO aportante no diese cumplimiento a esta obligación, LIDERA HIGIENE podrá hacerlo a su costa, siendo de aplicación lo dispuesto en las Cláusulas SÉPTIMA Y OCTAVA.

3.5. Todos los SOCIOS se obligan a aceptar el importe de las contingencias, renunciando a su impugnación frente a LIDERA HIGIENE, sin perjuicio de los derechos que puedan asistirles frente a terceros. Todos los SOCIOS por sí y por medio de LIDERA HIGIENE se comprometen y obligan a facilitar al SOCIO afectado la reclamación a dichos terceros, si así procede.

En caso de discrepancia entre los SOCIOS sobre la procedencia, existencia, cuantía, etc. de cualquier contingencia, pasivo o sobre su forma de pago, todos los SOCIOS se obligan a aceptar la decisión que adopte al respecto quien en dicho momento sea Auditor o Asesor económico o contable de LIDERA HIGIENE, obligándose a cumplir la misma y renunciando a cualesquiera acciones de impugnación o discusión de tal resolución».

Dicha estipulación a favor de tercero, se regula en el artículo 1257.2 del Código Civil, y en virtud de la cual los contratantes convienen una prestación a favor de tercero que confiere a este, en el aspecto de que se haya aceptado (lo que puede realizarse de forma expresa o tácita) un derecho de exigir la prestación convenida. Y eso es precisamente lo que sucede en nuestro supuesto. Toda vez que el pacto parasocial nunca fue suscrito por LIDERA, aun cuando lo fue por todos los socios de la sociedad, ya en nombre propio ya en nombre las sociedades de las que eran legales representantes D. Ángel Daniel, D. José Antonio, D. Juan Miguel, D. Artemio y D. Darío. LIDERA no firmó el pacto parasocial que contenía el pacto de sumisión a arbitraje; se opuso a la declinatoria de contrario y nunca se remitió a dicho documento, ni siquiera ha expresado su voluntad de someterse a él manifestando frontalmente su oposición. Y como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7872): «Tal contrato produce efectos únicamente entre las partes y sus causaha-

bientes, careciendo de efectos frente a terceros, es decir, estos no pueden sufrir ninguna carga ni obligación ni ser privados de cualquier derecho por medio de un contrato en el que no han sido partes, ni por sí ni estando representados (arts. 1257 y 1259 CC [LEG 1889, 27])», y Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3344): «Partiendo, pues, de la buena fe, no les alcanza la condición resolutoria de un contrato en el que no fueron parte, por mor del principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código Civil, en virtud de la protección a la apariencia jurídica y por ser un tercero adquirente de buena fe. Todo ello en relación al tema jurídico resaltado por la sentencia de instancia que fueron adquirentes de quien en aquel momento era propietaria, por título —compraventa— y modo —posesión real— y ellos, a su vez, también adquirieron por título y modo, cumpliendo así lo requerido por los artículos 699 y 1905 del Código Civil, sin que —insistiendo en lo mismo— les alcance la pérdida de la propiedad de los que fueron sus transmitentes».

El motivo debe por todo ello decaer.

Pero una cuestión es entender la causa inmediata del obligado al pago, o sea, una materialización del riesgo que en definitiva tiene su causa mediata en el incumplimiento de la correspondiente manifestación y garantía (causas concatenantes) y otra muy diferente es no ubicar la naturaleza jurídica del beneficiario de esa materialización del riesgo, como auténtico beneficiario de una estipulación a favor de tercero, a saber, la que se concreta necesariamente en su patrimonio como el objeto de esa obligación específica de indemnizar.

Debe en este sentido recordarse en el ámbito del estudio de la causa del contrato, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 8862), que *«en un evento dañoso pueden concurrir varias causas (predisponentes, desencadenantes, concomitantes; de concurrencia, simultánea o sucesiva), y nada obsta a la existencia de una concausa que, sin ser la propiamente desencadenante, pueda contribuir a hacer más grave el resultado»*. Y es que, con arreglo a una jurisprudencia inveterada de la que son exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1993 *(RJ* 1999, 509) y 13 de febrero de 1999 *(RJ* 1999, 1236), *«no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo (SS. de 18 de octubre de 1964 y 22 de abril y 4 de junio de 1980 [RJ 1980, 1529 y 2399])»*.

Razona al hilo de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 junio 1980 *(RJ* 1980, 2399), lo siguiente:

«CDO.:

Que la doctrina, criterio y solución expresado en el precedente ya ha sido reconocido por esta Sala en S. 9 junio 1969 (RJ 1969, 3353), por lo que estimando aplicable dicho párrafo 1.º del artículo 1104 del Código Civil al supuesto de culpa extracontractual o aquiliana, dado el lugar que tal precepto legal ocupa en la sistemática del citado Cuerpo sustantivo, aprecia que si bien el artículo 1902 del mismo ordenamiento jurídico al establecer, desde un aspecto meramente sancionador, la obligación legal de tener presente el «alterum non laedere» de la Instituta de Justiniano, o sea, que nuestras acciones no causen daño a otro, refiriéndose a la culpa, no específica qué hechos y en qué grado la determinan, ese vacío legal ha de llenarse con relación al aspecto causal y

concretamente en orden a la eficiencia de la causa y para que produzca sus normales efectos, entendiendo que si ontológicamente, para distinguirla del «principio» genéricamente considerado («quod aliquid procedit quodcumque modo») y de la «condición» (aquello que sin ser causante coopera a la producción del efecto) debe definirse como «principium quod reti producit efectum a se distintum», ello no entraña una intervención unitaria y decisiva, ya que tal causa puede ser total, cuando no necesita del concurso de otra causa para producir íntegramente el efecto, y «parcial» cuando este no se produce sin el concurso de otra causa eficiente, pudiendo tales causas en forma «simultánea» (concurrencia) o «sucesiva» (concatenación) cuando el efecto de una causa aparezca influido por el efecto que produjo una causa anterior, sin que en el terreno jurídico quepa por tanto estimar como no eficiente la causa que de modo indubitado prepare, condiciones o complete la acción de la causa última, actuando tales con causas respectivamente como mediata o inmediatamente originadas del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo, que es precisamente lo ocurrido en el supuesto ahora contemplado desde el momento que, como viene dicho, el siniestro de que se trata si ciertamente tuvo su causa inicial desencadenante en un incendio sin origen precisado, ha tenido su causa desarrolladora para llegar a producir los efectos dañosos que alcanzó en el negligente comportamiento del demandado recurrente don Ignacio S.E. al tener instalado en forma de excesivo almacenamiento mercancía «altamente inflamable» y «de gran combustibilidad» en el local en que el incendio se inició, sin extintores adecuadamente proporcionados al volumen y condiciones de lo almacenado, y cuya causa desarrolladora pasa a ser de hecho y jurídicamente, como primordiales al respecto».

Así, en nuestra doctrina española a la misma conclusión se llega en el ámbito del estudio de la estipulación en favor de tercero para un supuesto similar. Se puede citar, a título de ejemplo, en este sentido, a LÓPEZ RICHART[3] quien también se hace eco de la doctrina francesa (*vid. op. cit.* 88) y considera como estipulación en favor de tercero las cláusulas de garantía de pasivo: «…en las que el cedente —promitente se obliga frente al cesionario— estipulante, y en beneficio de la sociedad, a pagar a aquellos acreedores que vengan a aparecer con posterioridad al balance que sirve de evaluación a los derechos cedidos».

Además, como razonare PANTALEÓN PRIETO[4] en un ámbito específico de la responsabilidad pero aplicable en la generalidad a dicho término, el concepto de «responsabilidad» se ha utilizado de tres formas en la praxis jurídica.

— Responsabilidad en el sentido de «obligación de indemnizar»

En un primer sentido — que expresa muy bien la palabra alemana Verantwortlichkeit — significa «tener que responder» del daño sufrido por otra persona, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado». En este sentido hablan de responsabilidad, entre otros los artículos 1102, 1103, 1107, 1591 o 1903 y siguientes del Código Civil (CC), mientras que en los artículos 1101 y 1092 del Código Civil se emplea con idéntico significado la terminología «estar sujeto u obligado a indemnizar o reparar el daño o los daños y perjuicios causados». Y este es el sentido con el que el término responsabilidad es utilizado cuando hablamos, por ejemplo, de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o responsabilidad por hecho ajeno.

— Responsabilidad como sujeción del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor

En un sentido completamente diferente, aquel en el que «responsabilidad» (Haftung) forma binomio con «deuda» (Schuld) integrando la posición pasiva de la relación obligatoria, responsabilidad significa «sumisión al poder de agresión del acreedor» y, más en concreto, lejanos los tiempos en que el deudor respondía de sus deudas con su persona, «sujeción del patrimonio del deudor o de parte de él al poder de agresión del acreedor» para hacer efectivo el crédito. En este sentido contempla la responsabilidad el fundamental artículo 1911 del Código Civil, al disponer que «del cumplimiento de las obligaciones (y entre ellas, las obligaciones de indemnizar a las que nos hemos referido en el apartado precedente) responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

— Responder como modo de estar obligado

Cuando hablamos de responsabilidad directa o principal y de responsabilidad subsidiaria o de responsabilidad solidaria y de responsabilidad mancomunada, empleamos «responder» como otro modo de decir «estar obligado» y no necesariamente, aunque será lo más frecuente, a indemnizar daños y perjuicios. Se regresa al ámbito de la deuda (*Schuld*) como opuesta a la responsabilidad (*Haftung)* que se ha examinado en el apartado anterior, pero no solo para las deudas indemnizatorias, sino para deudas de cualquier objeto.

Por lo tanto, la responsabilidad es la sujeción del patrimonio del deudor al poder del acreedor lo que en términos de la cláusula contractual expuesta al inicio, insistimos, en términos de estipulación en favor de tercero, necesariamente se traduce en la sujeción del patrimonio del vendedor al poder de agresión del acreedor (sociedad adquirida) para hacer efectivo su derecho de crédito quien ostenta por tanto legitimación al ser el sujeto portador del derecho a accionar sobre el patrimonio del sujeto responsable.

Así consideramos que han de entenderse los razonamientos del citado autor AGUAYO ESCALONA (*vid. op. cit.* 212) que se ha ocupado específicamente del análisis de este tipo de cláusulas, cuando concluye sobre el particular lo siguiente: «El acreedor de la indemnización podrá ser la sociedad en cuyo patrimonio se produce el daño o directamente el adquirente de las acciones o participaciones de la sociedad. En el primer caso, se produce una reconstitución del patrimonio de la sociedad. En el segundo cabría hablar de un ajuste de precio. El adquirente querrá disponer en el contrato de ambas alternativas para decidir ante las circunstancias concretas lo que más le conviene». Obsérvese, que acertadamente el referido autor utiliza la palabra «*acreedor*» para referirse a la posibilidad contractual de que sea la sociedad quien efectúe la reclamación y no el adquirente de la misma, lo que, a nuestro juicio, tiene su indudable trascendencia jurídica en cuanto a la legitimación activa (orden público).

La legitimación activa consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal en tanto que supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las pretensiones jurídicas postuladas (STS de 11 de noviembre de 2011, RC 905/2009 *[RJ* 2012, 1488], entre otras), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta (STS de 7 de noviembre de 2005, RC 1439/1999). Como señaló el Tribunal Supremo, la legitimación sí tiene un com-

ponente de derecho positivo, al afectar al fondo de la litis y puede ser invocado a través del recurso de casación (ATS de 21 de mayo de 2013, RC 1964/2012).

La legitimación procesal permite, junto con otros requisitos, ejercitar el poder de acción, y siendo que el ejercicio de la acción se produce en el proceso mediante la pretensión. PRIETO-CASTRO[5] afirma que: «la teoría de la legitimación es, pues, aquella que sirve para determinar la parte que jurídicamente debe figura como tal en el proceso, es decir, la genuina parte, portadora del derecho a accionar, incoando y siguiendo un proceso precisamente contra un demandado concreto (legitimación activa), y para precisar cual deba ser el sujeto gravado con la carga de asumir la postura de tal demanda frente a ese demandante y a su demanda, esto es la carga de contradecir (legitimación pasiva)».

Por ello, la ecuación ha de estar completa: sociedad que en la cláusula de obligación de indemnizar es «*acreedor*», lo ha de ser como beneficiario de la estipulación en favor de tercero (art. 1257.2 CC) y por ello resulta ser titular de la relación material que le confiere la legitimación activa procesal (art. 10 LEC), a saber, el derecho de crédito que le confiere la estipulación en favor de tercero en que reside el objeto de la obligación del estipulante, con independencia de que el daño lo haya sufrido el adquirente, comprador o promitente (ajuste de precio) o la propia sociedad adquirida como tercero beneficiario (reconstrucción del patrimonio social), aunque en bastantes ocasiones en la práctica sucede esto último.

Lo anterior se ajusta al análisis que doctrinalmente se ha realizado sobre la coexistencia de los derechos del estipulante y del tercero en la estipulación a favor de tercero. En este sentido, efectivamente, LÓPEZ RICHART ha razonado con acierto (*vid.* 478 y 479) que: «No estamos pues ante dos derechos de crédito distintos, sino más bien ante dos derechos de crédito idénticos pero dirigidos ambos a la misma finalidad, que en todo caso es la realización de la prestación al tercero. El derecho de crédito del estipulante aparece de este modo *funcionalizado*, en tanto que va dirigido a la satisfacción de otra persona, y esa función es la que le sirve de límite y la que justifica su especial posición de *accesoriedad* frente al crédito del beneficiario. Dicho con otras palabras, ambos son acreedores, pero solo el tercero es beneficiario de la prestación, lo que hace que el derecho del estipulante desempeñe una función instrumental o auxiliar respecto del derecho del tercero. De este modo quedaría salvada la objeción planteada por quienes rechazan que el estipulante sea titular de un auténtico derecho de crédito por entender que ello significaría conceder a este un auténtico poder de injerencia sobre el derecho del tercero, que no podría disponer efectivamente de él a favor del promitente, dado que esta renuncia no afectaría al derecho del estipulante».

La coexistencia de los derechos de crédito en favor de estipulante y de beneficiario, no puede suponer como erróneamente se ha observado en algunas situaciones derivadas de la práctica que pudiera producirse un enriquecimiento injusto por la compradora el obtener un reembolso consistente en la rebaja del precio y al mismo tiempo acrecentar los activos de la sociedad adquirida, ya que lo que resulta realmente determinante ante esta situación será la concreción del daño realmente sufrido por cada uno de los legitimados al ejercicio de dicha reclamación de daños y perjuicios (estipulante y beneficiario).

En este sentido, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.,* 480 y sigs.) cuando razona lo siguiente: «…Pero las acciones que tanto el estipulante como el beneficiario pueden ejercitar de forma concurrente contra el promitente en caso de incumplimiento de la prestación serán distintas la una de la otra, teniendo cada una por objeto la reparación de un perjuicio distinto — el que cada uno haya sufrido—, de donde resulta evidentemente una agravación de la responsabilidad del deudor

que puede verse sujeto a una doble indemnización. Sin embargo, no creemos que esta consecuencia sea contraria al principio del favor debitoris, ni que convierta la figura, como ha afirmado algún autor, en un instrumento de opresión contra el promitente, pues, en ningún caso se ve aquí afectada la confianza del deudor, que desde un primer momento, al obligarse a favor de un tercero, sabe que hay dos personas interesadas en el cumplimiento de la prestación, consiente esa dualidad de acreedores y, por lo tanto, puede esperar de ambos una reacción en caso de incumplimiento.

Cuestión distinta es cuál debe ser el alcance de la indemnización a la que tenga derecho el estipulante. Evidentemente, lo que no podrá pretender el estipulante es reclamar para sí el equivalente pecuniario de la prestación, ya que este no representa una partida integrante de la indemnización. Tampoco podrá ser indemnizado por el daño que haya sufrido el tercero. Pero si como consecuencia del incumplimiento, entendido este en sentido amplio, esto es, también en los casos de cumplimiento defectuoso o retraso en el cumplimiento, resulta él personalmente perjudicado, no cabe duda de que tendrá derecho a ser resarcido por el promitente. Ocurre, no obstante, que en la mayoría de los casos el perjuicio derivado del incumplimiento para el estipulante viene determinado en función de la relación de valuta que le une con el beneficiario y a la que el promitente es, en principio, ajeno, por lo que, al menos cuando este sea un deudor de buena fe, no deberá hacerse responder de él al promitente (arg. ex art. 1107 CC).

Por otra parte, la doctrina se inclina —entendemos con acierto — por admitir que el estipulante está facultado también para exigir del promitente el pago al beneficiario de la indemnización que a este corresponda por los daños derivados del incumplimiento».

En el ejercicio de la acción resolutoria, la cuestión se torna más complicada en función de la consideración de parte acreedora frente al promitente tanto del estipulante como del tercero beneficiario y en función de la posible contraposición de intereses que pudiere existir entre ambos.

De nuevo, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.,* 487 y sigs.) se pronuncia sobre este particular razonando que: «…la doctrina mayoritaria resuelve — a nuestro juicio con buen criterio — otorgar al estipulante la facultad de resolución ante el incumplimiento del promitente y ello tanto si la obligación incumplida tiene por objeto la prestación estipulada a favor de tercero u otra prestación en favor del propio estipulante.

Para rechazar que tercero pueda servirse de la acción de resolución, se invocan los mismos argumentos que sirven para negarle la posibilidad de ejercitar las acciones de anulabilidad o rescisión. En primer lugar, se dice que, puesto que la resolución pone en juego la propia vida del vínculo contractual, su ejercicio no puede ser atribuido a quien no ostenta la condición de parte contratante. A ello se añade que, en cualquier caso, el tercero tiene interés en obtener el cumplimiento de la prestación estipulada a su favor, pero no en la resolución, pues si esta llega a producirse quedará resuelto el contrato, debiendo las partes restituirse las prestaciones que hubieran sido cumplidas, y ni la recuperación de las contraprestaciones efectuadas, ni la liberación de las que todavía se encuentran pendientes, beneficiará al tercero sino al estipulante».

Si bien la acción de resolución recae en el estipulante, todavía ha de plantearse si este ha de contar con el beneficiario para el ejercicio resolutorio o no, en función del interés del estipulante en conseguir la prestación *in natura* o por equivalente. En relación con esta cuestión, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 493) matizando el exclusivo derecho que se concede por la doctrina mayoritaria

al estipulante, opina que: «Por nuestra parte, creemos que la resolución a este problema no puede hacerse de una manera unitaria, siendo preciso distinguir según que el promitente haya incumplido la prestación estipulada a favor del tercero o alguna otra prestación que eventualmente hubiera podido ser estipulada a favor del propio estipulante. En este último caso y siempre, claro está, que el incumplimiento sea de la suficiente entidad para justificar una medida tan drástica y excepcional como la resolución, deberá darse preferencia al derecho del estipulante. Mas si el cumplimiento generador de la acción de resolución se refiere a la prestación estipulada a favor de tercero, solo procederá si cuenta con el consentimiento de este último, habiendo de optarse en otro caso por el cumplimiento».

Por último, resulta también a nuestro juicio un grave error lo que hemos tenido la oportunidad de observar en situaciones que nos ha ofrecido la práctica jurídica, como es el hecho de entender ante la cláusula típica antes expuesta al comienzo de este trabajo que es posible que un contrato pueda prever que en caso de incumplimiento de las manifestaciones y garantías, la sociedad comprada pueda reclamar la reparación correspondiente, pero ello no lo hace en su interés, sino en interés del comprador que es quien sufre el daño que se pretende resarcir mediante las cláusulas de manifestaciones y garantías.

Lo anterior, supone indudablemente confundir la cualidad de «*acreedor*» y de «*interés*», y dicha confusión, obviamente, no puede servir para incluso llegar a afirmar que la sociedad es un mero autorizado de pago, *ex.* artículo 1162 del Código Civil[6].

Para aproximarnos a lo anterior, citamos en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 607/2014, de 14 de noviembre *(RJ* 2014, 6897), también diferenció de la estipulación a favor de tercero la figura de la *adiectus solutionis gratia* (figura que ya había reconocido la sentencia 1204/1994, de 28 de diciembre *(RJ* 1994, 10388 y que se ubica según esta jurisprudencia en el artículo 1162 CC como supuesto de autorización de pago), al razonar lo siguiente:

> «*En estos casos, conviene puntualizar que pese a la existencia o juego recíproco de la especial facultad del obligado para realizar el pago, por un lado, y de la legitimación del tercero para recibirlo, por el otro, no obstante, no se atribuye derecho subjetivo alguno que legitime el tercero para exigir, de forma directa, el cumplimiento de la estipulación o promesa realizada; del mismo modo, y en mayor medida, como tampoco viene legitimado para hacer remisión o condonación de la deuda, pues el adiectus (autorizado) no es partícipe de la relación obligatoria, en donde actúa en nombre propio y por cuenta ajena*».

Realmente, en nuestra opinión la figura del *adiectus solutionis gratia* no reside en el ámbito del artículo 1162 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda encontrar su acomodo al amparo de la autonomía de la voluntad, *ex*. artículo 1255 del Código Civil, como ya razonara en su día CRISTÓBAL MONTES[7], quien diría (*vid. op. cit*. 371) que: «pero lo que difícilmente cabrá admitir a la vista del texto del artículo 1262 del Código Civil es que, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, el meramente autorizado actuará en nombre propio, pero por cuenta y en interés del acreedor, ya que el referido precepto parece imponer como condición para que alguien pueda cobrar en lugar del acreedor que el mismo actúe en nombre de este. Esto nos lleva al problema de la admisión o no en el Derecho español del *adiectus solulionis gratia* (…) En cualquier caso, el *adiectus* ni es acreedor ni tampoco representante suyo para el cobro, sino que tan solo ostenta una legitimación que

le permite recibir el pago ofrecido por el deudor, ya que de lo que, en definitiva, se trata es de facilitar las vías de cumplimiento a este. En consecuencia, aunque no pueda reclamar el crédito ni mucho menos condonar la deuda, el *adiectus solutionis gratia,* que actúa en nombre propio y por cuenta ajena, recibe válida y liberatoriamente el pago, ya que ha sido autorizado a tal efecto»

Es decir, en la mera autorización de pago sin representación *ex.* artículo 1162 del Código Civil (ej. mandato sin poder de representación) el tercero actúa en nombre propio a diferencia del sujeto del art. 1162 CC, literalmente lo considera así cuando se refiere «…para recibirla *en su nombre*», y por cuenta del acreedor, así en la *adiectus solutionis gratia,* el tercero actúa en nombre propio aunque también por cuenta ajena, o sea, del acreedor, residiendo que en la estipulación en favor de tercero o contrato en favor de tercero en sentido propio donde el tercero actúa por cuenta propia, tal y como razonara también LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 188), cuando concluyera lo siguiente: «…así como el *adiectus* recibe la prestación por cuenta del acreedor, aunque sea en nombre propio, el beneficiario en el contrato a favor de tercero lo hará por cuenta propia».

En conclusión, una cláusula modelo como la analizada no obedece más que a una obligación de indemnizar bajo la fórmula de estipulación en favor de tercero (art. 1257.2 CC) lo que confiere legitimación activa (art. 10 LEC) a la sociedad adquirida para la reclamación del daño al vendedor en virtud de la obligación que este asume como promitente frente al comprador estipulante de resarcir al beneficiario tercero de la prestación o sociedad adquirida, quien actúa verdaderamente por cuenta propia como titular del derecho conferido, sin que ello pueda dar lugar a confundir la referida institución como un autorizado de pago (art. 1162 CC) o un *adiectus* quienes, por el contrario siempre actuarían por cuenta del acreedor estipulante, aunque el autorizado lo haga en nombre ajeno y el *adiectus* en nombre propio.

De esta forma, el reconocimiento de la legitimación activa (art. 10 LEC) en un caso concreto a la sociedad como un beneficiario de la prestación (art. 1257.2 CC) y la negativa a reconocerle en el mismo caso el derecho al resarcimiento a la sociedad al identificarle también como autorizado de pago (art. 1162 CC) no puede suponer más que la sentencia o laudo arbitral en cuestión que así lo declarare incurriera en una grave y patente falta de motivación, al no poderse considerar fundada en Derecho por ser arbitraria, irrazonable e incurrir en un error patente, implicando que la aplicación de la legalidad por la misma sería tan solo una mera apariencia.

Una sentencia motivada ha de contener una razonable respuesta judicial. Así a título de ejemplo, la STC 215/2006, de 3 de julio, (FJ 3.º), en la que se afirma que «*el artículo 24.1 CE comprende el derecho […] a obtener de los Jueces y Tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente*». Lo mismo habría de predicarse de un laudo arbitral que incurriera en dicho error patente. Así es cierto que en la STC 65/2021, de 15 de marzo (RTC 2021, 65) se resalta la vertiente de orden público procesal como causa excepcional de anulación de los laudos, pero la sentencia añade de modo diferenciado (FJ 3) otra fuente de nulidad (no causa tasada en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje), y así nos dice que podrá verse anulado también un laudo arbitral «*cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional…*».

Es decir, sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que:

«el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4)».

II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 215/2006, de 3 de julio.
- STC 26/2009, de 26 de enero.
- STC 61/2009, de 9 de marzo.
- STC 82/2009, de 23 de marzo.
- STC 65/2021, de 15 de marzo.
- STS de 4 de junio de 1980.
- STS de 27 de enero de 1993.
- STS de 13 de febrero de 1999.
- STS de 10 de noviembre de 1999.
- STS de 7 de noviembre de 2005.
- STS de 11 de noviembre de 2011.
- ATS de 21 de mayo de 2013.
- STS de 14 de noviembre de 2014.
- SAP de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011.
- SAP de Valencia núm. 253/2015 de 20 de octubre de 2015.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGUAYO ESCALONA. *Las Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos español*, pág. 120, Ed. Civitas, 2010.

CRISTÓBAL MONTES. Los elementos personales y reales del pago. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 579. marzo-abril de 1987.

JUAN GÓMEZ. Adiectus solutionis gratia o mero destinatario de la prestación. *Actualidad Civil*, noviembre 2017.

LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.

PANTALEÓN PRIETO. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid 1996.

PIETRO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal Civil* t. 1, Pamplona 1985, 2.ª ed.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 96, núm. 780, 2020.

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año 96, núm. 780, 2020, 2456-2473.

[2] AGUAYO ESCALONA. *Las Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos español,* 120, Ed. Civitas, 2010.

[3] *Vid.* LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero (tesis doctoral).* Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.

[4] PANTALEÓN PRIETO. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid 1996.

[5] PIETRO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal Civil* t. 1, Pamplona 1985, 2». ed., 314-347.

[6] Obviamos por no entender aplicable al caso por las circunstancias propias del mismo y de la característica del contenido de la prestación a la que se promitente se ha obligado frente al estipulante en favor del tercero, la figura del contrato impropio en favor de tercero, donde el tercero no tiene facultad para la exigibilidad de la prestación. LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 180 y 181) con apoyo en la distinción que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1940/1131), toma apoyo en la literatura germánica para ilustrarnos sobre la figura del contrato impropio en favor de tercero: caso del padre que contrata a un profesor para que de clases particulares a su hijo o el del joven que compra un ramo de rosas en una floristería para que sea enviado a su novia en el día de su aniversario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 se refiere al contrato impropio en favor de tercero del siguiente tenor: «*este supone la existencia de un tercero autorizado solamente para rehusar la prestación, o sea destinatario de la prestación sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante —acreedor, mientras que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero este es el titular del derecho hacia él derivado, lo es en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato, hasta que cumplida la condición suspensiva de la aceptación prevenida en el artículo 1257 del Código Civil, adquiere definitiva e irrevocablemente, salvo reserva expresa en caso de estipulación condicional— el concepto de acreedor único, asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor*».

Como hemos dicho, la cláusula contractual que analizamos contiene una auténtica obligación de indemnizar a la sociedad adquirida y como tal, habiendo una auténtica obligación indemnizatoria, ha de existir necesariamente acción para su exigibilidad en el tercero beneficiario de la misma (sociedad adquirida), lo que lógicamente no sucede en los casos en que el promitente a pesar de obligarse con el estipulante no lo hace con el tercero, que se configura como un mero destinatario de la obligación.

El tenor literal coincidente con la voluntad de las partes en el modelo de cláusula analizada *(«el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad»)* no deja lugar a dudas sobre su configuración como obligación de indemnización: *(«se obliga a indemnizar»)*.

[7] CRISTÓBAL MONTES, Ángel, Los elementos personales y reales del pago. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 579. marzo-abril de 1987, 337 y sigs.

Vid. también, JUAN GÓMEZ. *Adiectus solutionis gratia* o mero destinatario de la prestación. *Actualidad Civil,* noviembre de 2017.

3. URBANISMO

Tratamiento de las obras de urbanización comunes a varias actuaciones de transformación urbanística. Las entidades urbanísticas de coordinación

Treatment of urbanization works common to various urbanistic transformation actions. Urbanistic coordination entities

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Se analiza en este comentario el régimen jurídico de las infraestructuras comunes a varios ámbitos objeto de transformación urbanística, así como la posible constitución de una entidad urbanística colaboradora que coordine la proyección y la ejecución de las obras correspondientes a dichas infraestructuras y de las obras de urbanización propia de cada uno de dichos ámbitos.

ABSTRACT: This comment analyzes the legal regime of the infrastructures common to several areas subject to urbanistic transformation, as well as the possible constitution of a collaborating urban entity in order to coordinate the projection and execution of the works corresponding to such infrastructures and the urbanization works specific to each of these areas.

PALABRAS CLAVE: Obras de urbanización. Obras compartidas. Comunes. Infraestructuras. Ámbitos de actuación. Entidad urbanística de coordinación.

KEY WORDS: Urbanization works. Shared and common works. Infrastructures. Urban action zones. Urbanistic coordination entities.

Resolución de 15 de marzo de 1975, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Evolución legislativa en la materia: *A) Legislación urbanística clásica. B) Legislación navarra en materia de infraestructuras comunes. C) Legislación catalana. D) Legislación andaluza. E) Legislación valenciana. F) Legislación madrileña: la creación de la*

entidad urbanística de coordinación. 3. Notas sobre el régimen jurídico de la entidad urbanística de coordinación. 4. Implicaciones registrales.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

De conformidad con lo dispuesto en la legislación del suelo en vigor, se constituyó una entidad urbanística colaboradora, siendo aprobados sus estatutos por la Administracion competente, pero sin que hubiera tenido lugar su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. Una de las empresas incorporadas a la entidad no satisfizo las cuotas correspondientes, por lo que, a solicitud de la entidad colaboradora, el Ayuntamiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 211 de la entonces vigente Ley del Suelo decretó mandamiento de embargo sobre una finca perteneciente a la empresa deudora.

Recibido en el Registro el citado mandamiento, se denegó la práctica de la anotación preventiva de embargo por carecer la entidad colaboradora de personalidad jurídica activa para figurar como titular de un asiento registral.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18, 72 y 73 de la Ley Hipotecaria; 25, 99, 127 y 165 del Reglamento para su ejecución; 77 y 211 de Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956; 3, 38, 39, 40 y 48 del Reglamento de Reparcelaciones de Suelo de 7 de abril de 1968; el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, y las resoluciones de este Centro Directivo de 5 de marzo de 1953 y 20 de marzo de 1964.

Las entidades urbanísticas de compensación, cuya constitución podrá ser impuesta o aprobada por el órgano urbanístico competente —artículo 38 del Decreto de 7 de abril de 1966— gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción del acuerdo aprobatorio en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras que se lleva en la Dirección General de Urbanismo —artículo 39— y tienen carácter jurídico-administrativo, con la misión de colaborar con el órgano bajo cuya tutela actúan.

Entre las diversas funciones que competen a dichas entidades se encuentra la de velar por la buena conservación de los elementos e instalaciones comunes de la urbanización, así como la de las zonas verdes y espacios libres de uso público, pudiendo percibir las cuotas correspondientes —artículo 48 del mencionado Decreto— en lugar de los ayuntamientos u órganos que les sustituyan en tanto no transcurre el plazo de los beneficios que con fundamento en la Ley del Suelo se le hayan concedido, y con la facultad de utilizar el procedimiento administrativo de apremio, de conformidad con el artículo 211, 3.°, de la misma Ley en caso de impago de las cuotas.

En el supuesto de este recurso la entidad urbanística colaboradora, todavía no inscrita en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, con base en el mencionado artículo 211 de la Ley del Suelo, solicita del Ayuntamiento de Marbella que utilice la ejecución forzosa y la vía de apremio para el cobro de las cuotas que adeuda uno de los propietarios, e instruido el correspondiente expediente se expide el mandamiento objeto de la calificación registral.

Se está por tanto ante la calificación de un documento administrativo conforme al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, respecto de los cuales los registradores gozan de un mayor rigor para el ejercicio de la función calificadora que

con relación a los documentos judiciales, pues son más amplias sus atribuciones, en particular si se trata de ejecuciones administrativas contra deudores por el concepto de contribuciones, en donde han de examinar, como entre otras pusieron de relieve las resoluciones de 5 de marzo de 1953 y 20 de marzo de 1964, si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento.

Debe extremarse todavía más el cuidado, cuando, como en el caso que se examina, la autoridad que decreta el embargo no lo hace a favor de la Hacienda pública, supuesto normal sino a favor de entidades particulares, a los que excepcionalmente corresponde el derecho de poder acudir para el cobro de sus créditos frente a sus asociados a un procedimiento tan singular que no tiene parangón en casos similares, como sucede en Ley de Propiedad Horizontal, en donde para el cobro de los gastos comunes a los que todo copropietario tiene que contribuir (artículo 9.5°), ha de acudirse por la junta de propietarios a la vía judicial.

Por no haberse planteado en la nota discutida, no se entra en el examen de si en el escueto mandamiento de embargo expedido se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento de apremio regulado en el Reglamento General de Recaudación, y en especial la práctica de notificaciones al deudor a que se refiere el artículo 99 de dicho texto legal, todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 127 del Reglamento Hipotecario, y teniendo en cuenta además que algunos de los documentos no le fueron presentados en tiempo y forma oportunos, puede alegar nuevos defectos no comprendidos en la presente calificación.

De los artículos 72 y 78 de la Ley Hipotecaria se deduce que las anotaciones deben contener las circunstancias que se exigen para las inscripciones y si son ordenadas en mandamiento judicial cuando resulten de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación, criterio este último que tiene su fundamento en la cooperación con la Administración de Justicia, y por eso no parece que en tal clase de documentos debe entrar a calificar el registrador la personalidad del demandante o embargante que ya habrá sido examinada por el Tribunal o autoridad judicial competente, pero frente a este justificado criterio, la alegación hecha por el recurrente en el escrito de apelación de que por el mismo motivo debe limitarse el funcionario calificador a examinar la legalidad del mandamiento de embargo librado por el Ayuntamiento sin entrar a discutir una personalidad que esta autoridad administrativa le tiene reconocida, la prevención adoptada por el registrador aparece sobradamente justificada: a), por el reconocimiento expreso que la propia entidad urbanística hace al interponer el recurso, de encontrarse en vías de gestación, al estar aprobada su constitución por el Ayuntamiento de Marbella y la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga y faltar la inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras; b), porque un procedimiento tan excepcional establecido para el cobro de unas cuotas exige como contrapartida el cumplimiento por parte del acreedor de todos los requisitos legales.

Como consecuencia de lo expuesto, la Dirección acordó confirmar la nota del registrador.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento de la cuestión

El ordenamiento jurídico, en su función fundamental de regular las relaciones jurídicas, se encuentra inevitablemente en un estado de evolución constante

para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la realidad sobre la que debe operar y que en ocasiones dejan a las normas en una situación de inexpresividad o insuficiencia que ha de ser corregida para que puedan seguir cumpliendo aquella función esencial.

Una de las múltiples manifestaciones posibles de esta idea en el ámbito urbanístico viene dada por la cada vez más frecuente existencia de redes, infraestructuras o dotaciones que, por afectar a varios ámbitos de gestión urbanística, han de ser ejecutadas a cargo de los propietarios de los mismos. Esta circunstancia impone, de un lado, la previsión de un marco adecuado de coordinación entre los proyectos correspondientes a aquellas redes comunes y los proyectos de urbanización de cada uno de los ámbitos de actuación, así como entre los procesos de ejecución material de unas obras y otras. De otro lado, ese marco de coordinación debe garantizar el cumplimiento del principio de equidistribución, no solo dentro de cada ámbito de actuación sino también entre los mismos, lo que es especialmente relevante a fin de resolver la desigual relación existente entre los costes de ejecución de las redes comunes de cada ámbito y los gastos imputables a sus propietarios respectivos, así como los efectos del eventual desarrollo temporalmente diferenciado ante las vicisitudes propias de cada uno de los ámbitos en la formalización, tramitación y desarrollo de sus respectivas iniciativas en su caso acentuadas por la presencia de un incierto contexto económico general.

Es en este marco en el que se pone de manifiesto la insuficiencia del modelo tradicional de gestión urbanística que parte de concebir el ámbito de gestión como un espacio suficiente por sí mismo y, por lo tanto, autónomo para la resolución de todas las incidencias propias de su ejecución y gestión[1].

En las últimas décadas han ido surgiendo importantes operaciones urbanísticas reveladoras de la existencia de una vinculación recíproca entre diferentes ámbitos de actuación y la consiguiente necesidad de dar a esta situación una respuesta adecuada desde la fase de gestión y ejecución mediante la creación de un marco jurídico superpuesto al funcionamiento ordinario de cada uno de ellos.

Así se ha hecho en la práctica, a falta de una regulación específica de esta situación, acudiendo a soluciones de muy diversa índole, como la creación de comisiones coordinadoras constituidas por las juntas de compensación propias de los ámbitos implicados, la suscripción de acuerdos-marco o convenios urbanísticos o la tramitación de instrumentos de planeamiento cuyo contenido ofrece soluciones a la problemática a la que nos venimos refiriendo[2].

Sin embargo, y a pesar de que algunas de estas soluciones han sido incluso validadas por los tribunales, el principio de seguridad jurídica pone de manifiesto la oportunidad de los avances legislativos que se han ido produciendo en los últimos tiempos para tratar de dar una adecuada respuesta a esta problemática hasta llegar a la reciente previsión de una entidad de coordinación con esta misma finalidad por el artículo 97 bis de la Ley de la Comunidad de Madrid, al que luego nos referiremos.

2. Evolución legislativa en la materia

A) Legislación urbanística clásica

Como se ha adelantado, desde la legislación tradicional las actuaciones de transformación urbanística han sido contempladas de forma aislada y circunscrita al ámbito territorial en el que se integran los suelos afectados por ellas. A esta

idea responde la norma contenida en el artículo 36.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, según el cual «La ejecución se realizará siempre por unidades de actuación o por polígonos completos, salvo cuando se trate de la ejecución de sistemas generales o de alguno de sus elementos o de actuaciones aisladas en suelo urbano».

Esta circunstancia no impedía, sin embargo, la previsión de la realización de ciertas obras fuera de los límites territoriales de la actuación. Cabe citar en este sentido el artículo 63 del mismo Reglamento, que establece que «Los propietarios de suelo urbanizable no programado, que sea objeto de un Programa de actuación urbanística, además de abonar los costes de urbanización señalados en los artículos anteriores y cumplir las cargas suplementarias que el programa les imponga, deberán costear la ejecución total o el suplemento necesario de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoye la actuación urbanística, tales como redes viarias de enlace con los núcleos de población, instalación o ampliación de canalizaciones de servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y saneamiento, estaciones depuradoras, suministro de energía eléctrica y cualesquiera otros servicios necesarios para que el suelo sometido al programa de actuación urbanística quede debidamente enlazado a través de esos sistemas generales con la estructura del Municipio en que se desarrolle el programa».

En la misma línea, el vigente artículo 18 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana estatal de 2015, relativo a los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias, incluye en su apartado 1.c) el de «costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que esta demande por su dimensión y características específicas».

También en la legislación del suelo autonómica se prevé esta posibilidad. Así lo hace, por ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid cuando en sus artículos 18 y 22 incluye entre los deberes de los propietarios de suelo urbano no consolidado y urbanizable sectorizado el de costear y, en su caso, ejecutar en las condiciones y los plazos fijados a tal fin y en el contexto del sistema de ejecución establecido al efecto, la totalidad de las obras de urbanización, incluida la parte que proceda de las obras precisas para asegurar la conexión del ámbito de actuación a las redes generales y, en su caso, supramunicipales de infraestructuras, equipamientos y servicios de la ordenación estructurante del planeamiento general y la integridad y funcionalidad de estas, así como para reforzar, mejorar o ampliar tales redes cuando sea necesario para compensar el impacto y la sobrecarga que suponga la puesta en uso del ámbito de actuación.

Lo que no estaba previsto hasta tiempos muy recientes, al menos de manera expresa, era la posibilidad de constitución de una entidad urbanística colaboradora cuyo objeto fuera coordinar las actuaciones urbanísticas de ámbitos o sectores que compartieran dotaciones, redes, infraestructuras o servicios comunes.

Tradicionalmente el concepto de entidades urbanísticas colaboradoras se circunscribía a finalidades muy concretas y presentaba escasas modalidades. En efecto, de acuerdo con las previsiones de la Ley del Suelo estatal de 1976, el Reglamento de Gestión Urbanística tan solo contemplaba en su artículo 24 tres tipos de entidades urbanísticas colaboradoras: las juntas de compensación, las asociaciones administrativas propias del sistema de cooperación y las entidades de conservación.

Sin embargo, el Consejo de Estado apuntó desde antiguo la admisión de la creación de otras entidades urbanísticas colaboradoras con objeto específico no predeterminado legalmente[3].

La legislación autonómica ha ido ensanchando las posibles modalidades de entidades urbanísticas colaboradoras, siendo muestra de ello, entre otros, los artículos 134 y 135 del Decreto 183/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Planeamiento de Canarias, que las agrupan en dos categorías: las entidades urbanísticas de gestión y las entidades urbanísticas de conservación, contemplando dentro de las primeras múltiples modalidades, como las entidades urbanísticas de gestión concertada, las juntas de compensación, las sociedades mercantiles que tengan por objeto una determinada actuación urbanística prevista en el planeamiento, las entidades urbanísticas de tenencia de bienes de duración limitada y las entidades urbanísticas de ejecución de actuaciones en medio urbano.

Recientemente, con la introducción del citado artículo 97 bis de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid se ha producido un hito transcendental en esta tendencia expansiva de las entidades urbanísticas colaboradoras mediante la previsión de una nueva categoría cuyo fin principal es el de coordinar las actuaciones integradas que comparten infraestructuras o servicios comunes: la llamada entidad urbanística de coordinación.

B) Legislación navarra en materia de infraestructuras comunes

Un paso adelante en la regulación de las redes comunes a varios ámbitos de actuación lo dio la Ley Foral navarra 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que recogió en su artículo 133 una novedosa norma luego reproducida en el artículo 133 del vigente texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, aprobado por el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, bajo el rótulo de «abono proporcional de las obras de urbanización»[4].

La norma abordó el problema que analizamos mediante la creación de un nuevo instrumento jurídico, denominado proyecto de distribución de los costes, que afecta únicamente a las obras, infraestructuras y servicios comunes a varias unidades de ejecución comprendidas en un área de reparto y que no tienen la condición de sistema general.

El proyecto de distribución de los costes se tramita por la Administración actuante a través de las normas especiales previstas en el precepto y se puede realizar sobre la base de un proyecto constructivo básico suficientemente desarrollado para poder estimar los costes de dichas obras y que queda incorporado a aquel.

La distribución de los costes de las obras comunes entre las diferentes unidades de ejecución se realiza en proporción al aprovechamiento asignado a cada una de ellas.

La responsabilidad de las obras de urbanización de las infraestructuras comunes recae directamente sobre la Administración actuante, la cual, si fuera necesario proceder a la ejecución de tales obras con anterioridad a la ejecución de las obras de urbanización internas, deberá asumir los costes correspondientes sin perjuicio de su resarcimiento ulterior con cargo a las unidades de ejecución.

El efecto fundamental de la aprobación definitiva del proyecto de distribución de costes consiste en que faculta a la Administración para la ocupación directa de

los terrenos necesarios para la ejecución de la urbanización y servicios comunes de cesión obligatoria y gratuita.

C) Legislación catalana

A la misma necesidad expuesta responde también, aunque por otros caminos, la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas de Cataluña, que modificó el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña introduciendo en él el nuevo artículo 118 bis[5].

Al igual que en Navarra, la cuota de participación en el coste de ejecución que corresponde a cada polígono afectado se establece en proporción al aprovechamiento urbanístico asignado a cada actuación urbanística, pero en el caso catalán es el planeamiento general el que la determina.

El proyecto de obras para la ejecución de las infraestructuras comunes es formulado, según los casos, por la Administración actuante, por las entidades urbanísticas colaboradoras de los polígonos afectados o por la Administración pública o entidad privada que se convierta en titular de dichas infraestructuras, a quienes también corresponde su ejecución a cargo de los propietarios.

La obtención de los terrenos destinados a la ejecución de la infraestructura puede lograrse a través de distintos medios establecidos para cada supuesto: la aportación de los mismos por sus propietarios a la reparcelación, la ocupación directa o la expropiación.

Finalmente, destaca la posibilidad de que el pago de la cuota correspondiente a cada polígono se realice en metálico o mediante la adjudicación de solares resultantes de la reparcelación dentro de dicho polígono.

D) Legislación andaluza

Por su parte, el Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía dedica a esta cuestión su artículo 254[6], del que cabe destacar, en primer lugar, que es el planeamiento el que determina el importe por unidad de aprovechamiento con que debe participar cada ámbito de transformación urbanística en la financiación de las obras de los sistemas generales y locales compartidos. En el caso de necesidad de anticipar la implantación de los citados sistemas generales y locales mediante su ejecución integral, el planeamiento determinará, además, el porcentaje de participación correspondiente a cada una de las actuaciones de transformación implicadas, así como el modo y tiempo en que deban abonarlos.

Corresponde también al planeamiento el deber de establecer fases para la obtención y ejecución de dichos sistemas de forma proporcional y equilibrada a cada actuación de transformación. Si ello no fuere posible, el municipio podrá aprobar reservas de aprovechamiento o transferencias de aprovechamiento sobre otros ámbitos de actuaciones de transformación, a favor de la persona que lleve a cabo su ejecución, o bien adjudicar aprovechamiento procedente del patrimonio público del suelo, efectuando en tal caso a su favor la reserva de aprovechamiento.

Finalmente, los reembolsos o reintegros que se efectúen se entregarán por la Administración actuante a quien sea propietario de la parcela o parcelas que lo sufragaron.

E) Legislación valenciana

El Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana dedica a esta cuestión su artículo 152[7], que reparte los costes de las obras públicas de común utilidad a varias actuaciones conexas a medida que se desarrollen y en proporción a su respectivo aprovechamiento.

Si una de las unidades de actuación financiare la obra común, tendrá derecho a resarcirse del exceso de coste soportado con cargo a las actuaciones siguientes.

Para garantizar el pago futuro y la actualización de su valor, se establecerá un canon de urbanización, aprobado mediante ordenanza municipal, que incorpore fórmulas de actualización y justo reparto.

F) Legislación madrileña: la creación de la entidad urbanística de coordinación

Por fin, recientemente se ha previsto por primera vez la creación de una entidad urbanística colaboradora ideada con la finalidad específica de coordinar las cuestiones que afectan a varios ámbitos de actuación por razón de la existencia de redes comunes. La Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, publicada en el Boletín Oficial autonómico del día siguiente, ha modificado, entre otras, la Ley autonómica del Suelo, introduciendo en ella el artículo 97 bis[8], titulado «Redes públicas comunes a varios ámbitos de actuación o sectores».

En esta norma, es el planeamiento urbanístico el que al definir las redes comunes debe establecer los criterios de imputación del coste de ejecución que corresponda a cada ámbito de actuación o sector de conformidad con el principio de equidistribución.

El precepto faculta a los propietarios de los ámbitos de actuación y sectores con redes comunes para la constitución de la entidad urbanística de coordinación y determina el contenido mínimo de los estatutos por los que ha de regirse dicha entidad, que determinarán, entre otras circunstancias, los criterios de redacción de los proyectos de obras de redes comunes para su integración en los proyectos de urbanización de los ámbitos de actuación o sectores afectados, las previsiones para la ejecución de las redes comunes en coordinación con las obras de urbanización propias de cada ámbito de actuación o sector afectado, los criterios de corrección de los posibles desajustes que pudieran producirse entre ellos por razón del emplazamiento u orden de ejecución de las redes públicas comunes y las previsiones relativas al pago de los gastos de urbanización relacionados con las redes públicas comunes, incluyendo su posible anticipo y la exigencia de la vía de apremio en caso de impago.

Se regula también la composición de la entidad urbanística de coordinación, la cual en el caso del sistema de compensación estará integrada por las respectivas juntas de compensación y, en su defecto, por el representante de los propietarios que reúnan al menos el cincuenta por ciento de la superficie del ámbito o sector correspondiente.

Destaca finalmente como norma de cierre la recogida en el apartado 4 que determina la aplicación supletoria a la entidad de coordinación de los estatutos y las normas reguladoras de las juntas de compensación o entidades propias de los distintos ámbitos o sectores afectados.

3. Notas sobre el régimen jurídico de la entidad urbanística de coordinación

Como presupuestos para la constitución de la entidad urbanística de coordinación, el artículo 97 bis de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid exige en su apartado 1 que las redes comunes sean definidas como tales por el planeamiento urbanístico por prestar servicio a más de una actuación integrada, atribuyéndoles el carácter de obras de urbanización comunes a ellas y estableciendo «los criterios de imputación del coste de ejecución que corresponda a cada ámbito de actuación o sector de conformidad con el principio de equidistribución». En este punto, la fórmula empleada por la Ley madrileña parece más acertada que las de otras comunidades que, como vimos, recogen como único criterio de reparto de costes el determinado por el aprovechamiento urbanístico correspondiente a los suelos de cada ámbito, pues acoge un criterio abierto y más flexible, con remisión al principio de equidistribución, lo cual implica que en cumplimiento de este principio habrán de ponderarse en cada caso, además del aprovechamiento, otros factores tales como el servicio que la infraestructura o red pública común haya de prestar a cada uno de los ámbitos o el lugar en que resulte físicamente ubicada con la consiguiente carga derivada de la obtención o toma de posesión de los suelos, entre otros posibles.

La remisión contenida en el apartado 4 del mismo artículo a las normas reguladoras de las entidades propias de los ámbitos o sectores afectados determina, por extensión, la aplicación de las reglas legalmente establecidas sobre su funcionamiento. Así, en el caso de tratarse de juntas de compensación, será aplicable con carácter supletorio el régimen legal propio de estas, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas imperativas.

Por lo tanto, resultan de aplicación los artículos 24 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística relativos en general a toda clase de entidades urbanísticas colaboradoras y de donde resulta su carácter administrativo (sin perjuicio de su sujeción al derecho privado en la medida en que gestione intereses propios de sus miembros según matiza la jurisprudencia[9]), su dependencia respecto de la Administración actuante, a la que corresponde las funciones de tutela, fiscalización y control y la aprobación de su constitución y de su régimen estatutario, adquiriendo personalidad jurídica propia desde el momento de la inscripción de su escritura de constitución en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

La Administración, en el ejercicio de las indicadas funciones, deberá velar por la adecuada coordinación entre las bases y normas estatutarias que rigen la vida de las distintas juntas o sujetos integrados a fin de posibilitar el adecuado funcionamiento del conjunto dentro del marco de la entidad urbanística de coordinación.

Lo natural es que dentro del régimen de funcionamiento de la entidad se contemple la coexistencia de un órgano soberano o de gobierno y de otro de administración o gestión, subordinado al primero, por analogía con las normas reguladoras de las juntas de compensación, de otras entidades urbanísticas y de las sociedades mercantiles cuyo régimen frecuentemente se aplica con carácter supletorio a las primeras.

En cuanto al régimen de adopción de acuerdos de su órgano de gobierno, el artículo 29 del Reglamento de Gestión determina para toda clase de entidades urbanísticas colaboradoras la aplicación del principio de mayoría de cuotas de participación, sin perjuicio de la posibilidad de establecer otras mayorías distintas

para la adopción de determinados acuerdos. Los acuerdos así adoptados serán susceptibles de recurso de alzada ante la Administración actuante.

Los miembros de las entidades urbanísticas de coordinación serán los promotores de los distintos ámbitos o sectores implicados. Por lo tanto, en el sistema de compensación este papel corresponderá al propietario único, a todos los propietarios que actúen por unanimidad o, en otro caso, a las juntas de compensación que se hubieran constituido[10]; en caso negativo, el artículo 97 bis de la Ley del Suelo de Madrid determina que en su lugar formará parte de la entidad el representante de los propietarios que reúnan al menos el cincuenta por ciento de la superficie del ámbito respectivo. Las juntas o entidades integradas actuarán por medio de su presidente, que tendrá a estos efectos las facultades determinadas en el acuerdo de habilitación adoptado por los respectivos órganos de gobierno, que definirán los límites de esta representación. En todo caso, parece lógico entender que para el ingreso en la entidad de coordinación será necesario que, por medio del planeamiento urbanístico o de un acto administrativo singular o independiente, se haya delimitado previamente la unidad correspondiente, con establecimiento del sistema de actuación aplicable, de conformidad con las normas establecidas al efecto en la legislación urbanística autonómica. En este punto es interesante recordar la solución que daba el derogado artículo 159 del Reglamento de Gestión Urbanística para el caso de falta de determinación del sistema de actuación por el planeamiento, recogiendo la posibilidad de su establecimiento mediante solicitud «suscrita por propietarios que representen al menos el 60 por 100 de la superficie del polígono o unidad de actuación».

Eventualmente, y por razón de la programación particular de cada uno de los ámbitos afectados y del emplazamiento de las redes o infraestructuras comunes en los términos previstos en el planeamiento, podrían producirse desajustes entre los costes asignados a cada ámbito o sector y la carga de urbanización que les resulte imputable en función de sus respectivas cuotas de participación en la entidad. Para estos casos, los estatutos de la entidad deberían determinar los elementos correctores pertinentes en orden a la financiación de las redes, así como la posibilidad de realizar anticipos y las reglas de exacción de las cantidades adeudadas.

Como hemos visto, el artículo 97 bis de la Ley madrileña contempla expresamente la anterior circunstancia, imponiendo la determinación estatutaria de los criterios de corrección de los posibles desajustes y las previsiones relativas al pago de los gastos de urbanización correspondientes a las redes comunes y el tratamiento de las cantidades anticipadas, incluyendo la posibilidad de acudir a la vía de apremio en caso de impago por alguno de los ámbitos o sectores de los importes que le son imputables.

En algunas comunidades autónomas se prevé la posibilidad de delegación de la vía de apremio por la Administración actuante en favor de las juntas de compensación, posibilidad que habrá de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exigen habilitación legal expresa para ello. Así lo hace el artículo 108.3.e) de la Ley del Suelo de Madrid, al disponer que «la junta podrá recaudar de sus miembros, por delegación del Municipio, las cuotas de urbanización por la vía de apremio, pudiendo formularse contra las liquidaciones recurso de alzada ante el órgano competente del Ayuntamiento». Cabe considerar que esta posibilidad es extensible a la entidad urbanística de coordinación por la vía de la remisión general que se realiza en el apartado 4 del artículo 97 bis, antes expuesto, mediante la oportuna delegación expresa por parte de la Administración actuante.

En orden a la ocupación material de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras correspondientes a las infraestructuras o servicios comunes, habrá de acudirse a lo dispuesto en la legislación autonómica aplicable respecto de las siguientes cuestiones: la toma de posesión por las juntas de compensación de las fincas aportadas a ella como consecuencia lógica del reconocimiento de la facultad fiduciaria de disposición; en caso de falta de adhesión, las consecuencias previstas en ella al efecto, incluida la expropiación o la reparcelación forzosa según proceda, o incluso la ocupación directa por la Administración de los terrenos a cambio de la reserva por sus titulares del aprovechamiento que pudiera corresponderles.

En cuanto al régimen de contratación de los proyectos habilitantes de las obras correspondientes a las redes e infraestructuras comunes y de la ejecución material de las mismas, parece que las entidades urbanísticas de coordinación actúan en este punto dentro del ámbito del derecho privado, sin necesidad, por tanto, de ajustarse a las normas reguladoras de la contratación administrativa, como han declarado tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto de las juntas de compensación[11]. A este respecto resulta fundamental la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2006 (RJCA 934), la cual, siendo posterior a la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 194), Proyecto Scala 2001, relativa a la interpretación de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, consideró que «el sistema de gestión privada por compensación implica el desarrollo de una actividad empresarial y, por tanto, no es aplicable la legislación sobre contratación pública».

Una vez ejecutadas las obras de urbanización correspondientes a las infraestructuras comunes, cabría plantear la posibilidad de su recepción parcial al amparo de la legislación urbanística aplicable. En este sentido, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 135.7 que «Las obras de urbanización podrán ser objeto de recepción parcial cuando sean susceptibles de ser ejecutadas por fases o unidades funcionales independientes capaces de prestar el uso al que vaya destinada la fase o unidad funcional y de que puedan ser entregadas al uso o servicio público de forma autónoma e independiente del resto de fases o unidades funcionales. La recepción parcial de las obras de urbanización posibilitará, en todo caso, la primera utilización y ocupación de las edificaciones cuya ejecución se hubiera autorizado, mediante licencia o declaración responsable, dentro de la correspondiente fase o unidad funcional».

4. Implicaciones registrales

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad, la personalidad jurídica de las entidades urbanísticas de coordinación ha de considerarse plena para el cumplimiento de sus fines, al igual que sucede con las juntas de compensación. Por ello, podrán ser titulares registrales de bienes inmuebles o derechos reales para garantizar dicho cumplimiento o por cualquier otra causa que resulte conveniente con el mismo objeto.

Los fines específicos legitimadores de la creación de la entidad urbanística de coordinación parecen atribuirle el interés conocido que exige el artículo 227 de la Ley Hipotecaria para la obtención de la certificación de dominio y cargas correspondiente a las fincas afectadas por las actuaciones interrelacionadas.

Tampoco parece haber dificultad en admitir que la entidad urbanística de coordinación pueda solicitar la práctica de la nota marginal de inicio de la reparcelación prevista en los artículos 68.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del Estado y 5 del Real Decreto 1093/1997, así como sus prórrogas sucesivas. Con independencia de esa nota típica, incluso cabría plantearse la posible utilidad de la constancia de la sujeción de las fincas al objeto propio de la entidad de coordinación por medio de una específica nota al margen de cada una de ellas, por analogía con los citados preceptos, al menos hasta la constitución de las juntas de compensación llamadas a integrarse en ella, que es el momento a partir del cual estas quedan legitimadas para solicitar la práctica de la nota marginal aludida en primer lugar.

Por otro lado, en el caso de impago de las cantidades imputables a los miembros de la entidad urbanística de coordinación, parece que esta podrá impulsar el ejercicio de la vía de apremio con el fin de hacerlas efectivas e incluso, en el caso de delegación de esta facultad en los términos antes expuestos, solicitar directamente la práctica de los asientos procedentes, incluida la correspondiente anotación preventiva de embargo. Más discutible sería la posibilidad de que la entidad adquiriera la condición de beneficiaria de la expropiación, cuestión que en todo caso podría encontrar respaldo legal por la ya aludida remisión a las normas rectoras de las juntas de compensación.

Finalmente, en relación con la afección de las fincas de resultado de la reparcelación prevista en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, cabría plantearse la posible utilidad de distinguir entre los gastos de urbanización propios de cada uno de los ámbitos integrados al pago de los gastos de urbanización y la afección correspondiente a los gastos derivados de la ejecución de las infraestructuras comunes, así como la de obtener su cancelación en la medida que proceda en el momento en que se haya consumado la afección respecto de unos y otros gastos de urbanización.

Así lo entiende el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, cuyo artículo 133, antes transcrito, establece que «en cada reparcelación, las parcelas resultantes quedarán gravadas con dos saldos, uno referente a las obras e infraestructuras comunes y otro a las obras de urbanización de la unidad, ambos saldos con la misma categoría jurídica». En correspondencia con ello, el artículo 153.1.c) de la misma Ley incluye entre los efectos del acuerdo de los proyectos de reparcelación el consistente en la «afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente, debiendo distinguirse entre la carga de urbanización por obras e infraestructuras comunes, en caso de su existencia, de las cargas de urbanización interiores a la unidad, concretándose en cada caso la cuantía de responsabilidad de cada parcela por ambos conceptos de forma individualizada».

NOTAS

[1] Sobre esta cuestión puede verse LASO BAEZA, V. (2010). Nuevas realidades derivadas de los procesos de urbanización y posibles respuestas desde el ordenamiento jurídico y registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, 840-852. Y LASO BAEZA, V. (2015). Procesos complejos de gestión urbanística y su acceso al Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3757-3768.

[2] A título de ejemplo, entre los antecedentes que podemos encontrar en la Comunidad de Madrid cabe citar los siguientes:

a) En la ciudad de Madrid, la Comisión Coordinadora del ámbito UZP 1.03 Ensanche de Vallecas constituida el 14 de diciembre de 2000 y formada por seis juntas de compensación.

b) En la misma capital, el acuerdo marco para viabilizar y agilizar la gestión de los ámbitos de suelo urbanizable programado que constituyen la denominada Estrategia Desarrollo del Este de 1 de abril de 2011 y su Adenda de 29 de julio de 2011.

c) En Pozuelo de Alarcón, la creación de la Entidad Urbanística Colaboradora para la ejecución del Colector-Interceptor de pluviales constituida en 2013 y compuesta por las entidades urbanizadoras constituidas para una diversidad de sectores de suelo urbanizable y de unidades de ejecución de suelo urbano no consolidado.

d) En San Fernando de Henares, la constitución en 2016 de la Comisión Coordinadora Desarrollos Corredor del Henares en la que se integraron cinco juntas de compensación.

e) En San Sebastián de los Reyes, los Sectores 1 y 2 del AR-2 Cerro del Baile actualmente en proceso de desarrollo.

f) En Brunete, la regulación del conjunto de las cuestiones relativas a la ejecución y financiación de las redes comunes a través de un Plan Especial de Infraestructuras aprobado el 20 de mayo de 2019, instrumento de planeamiento cuya legalidad fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 29 de octubre de 2021 (P.O. 908/2019) validando sus reglas de financiación de redes públicas y de corrección de desequilibrios transitorios por excesos y defectos imputables a los diversos sectores de suelo urbanizable de su Plan General.

g) En la capital madrileña destacan en particular las previsiones de la Modificación Puntual conocida como «Madrid Nuevo Norte», que contempla cuatro ámbitos de actuación y plantea la posible creación de un marco general de gestión y ejecución para garantizar la independencia funcional de unos respecto al resto, de manera que la puesta en marcha o el grado de desarrollo y avance de unos no afecte a los demás, previendo a tal fin la posible constitución de una entidad urbanística colaboradora de coordinación, la incorporación a las normas reguladoras de las juntas de compensación de cada ámbito de actuación de las previsiones en materia de pago de las cargas de urbanización y el tratamiento, en aplicación del principio de equidistribución, del régimen para la corrección de los desajustes transitorios entre costes reales de ejecución de redes comunes y gastos imputables a cada uno de ellos.

[3] Así lo expresó, por ejemplo, en el Dictamen de 6 de febrero de 1975 (expedientes números 39.484 y 35.802).

[4] Contenido del artículo 133 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra:

«1. Cuando así se estableciera por el planeamiento, todas las unidades de ejecución comprendidas en un área de reparto deberán costear, proporcionalmente al aprovechamiento de cada una de ellas, las obras de urbanización, infraestructuras y servicios comunes a todas, que no tengan la condición de sistema general, con independencia de las propias de cada unidad. Se incluirán dentro de estas obras, infraestructuras y servicios comunes las indicadas en el artículo 98, apartado c) de esta ley foral.

2. En tal supuesto se tramitará por la Administración actuante el correspondiente proyecto de distribución de los costes, que afectará únicamente a tales obras, infraestructuras y servicios comunes a estas unidades. Dicho proyecto se expondrá en público por quince días y se notificará su aprobación inicial a cada propietario afectado. El proyecto de distribución de costes se podrá realizar sobre la base de un proyecto constructivo básico suficientemente

desarrollado para poder estimar los costes de dichas obras. Dicho proyecto básico formará parte inseparable del proyecto de distribución de costes.

Dicho proyecto constructivo básico contendrá una memoria descriptiva de las características de las obras, plano de situación, planos de proyecto en detalle suficiente para estimar los costes, mediciones básicas, justificación de precios y presupuesto estimado.

3. La distribución de dichos costes se realizará proporcionalmente al aprovechamiento asignado a cada unidad de ejecución. En el caso de que sea previsible que las diferentes unidades de ejecución establecidas se desarrollen en un momento temporal diferente, se procurará, en la medida de lo posible, hacer coincidir el desarrollo de la parte de las obras comunes asignadas con dicha urbanización interna.

En el caso de tener que adelantarse estas, total o parcialmente, la Administración actuante asumirá dichos costes y se resarcirá con cargo a las obligaciones que a este efecto se definan como saldos de obras e infraestructuras comunes del conjunto de unidades de ejecución.

En cada reparcelación, las parcelas resultantes quedarán gravadas con dos saldos, uno referente a las obras e infraestructuras comunes y otro a las obras de urbanización de la unidad, ambos saldos con la misma categoría jurídica.

El proyecto de distribución de costes podrá incluir un coeficiente que tenga en cuenta el distinto momento temporal previsible para la ejecución de las unidades de ejecución establecidas. A estos efectos, se establecerá una previsión de desarrollo por cuatrienios que servirá de base para su establecimiento y que tendrá en cuenta el coste financiero que para las unidades sin desarrollar tengan los gastos comunes de urbanización que estén obligados a ir adelantando. Dichos coeficientes podrán ser objeto de revisión si las circunstancias del desarrollo se ven alteradas en relación con las previsiones fijadas inicialmente, pero no tendrán efectos en las unidades previamente desarrolladas o en desarrollo.

4. La aprobación definitiva del proyecto de distribución de costes facultará a la Administración actuante para la ocupación directa de los terrenos necesarios para la ejecución de la urbanización y servicios comunes de cesión obligatoria y gratuita.

5. La Administración actuante será la responsable de las obras de urbanización de las infraestructuras comunes y en consecuencia tendrá derecho al cobro del importe de los proyectos, ejecución material de las obras, dirección facultativa de las mismas y, en su caso, de las indemnizaciones pagadas por posibles expropiaciones a cada unidad de ejecución de las anteriormente señaladas, las cuales vendrán obligadas a abonar la cuota a ellas asignada en el momento en que se emita el certificado final de las mismas».

[5] Contenido del artículo 118 bis del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, introducido por la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas de Cataluña:

«Artículo 118 bis. Infraestructuras comunes a varios polígonos de actuación urbanística.

1. En caso de que la ejecución de varias actuaciones urbanísticas de gestión integrada requiera la ejecución previa o simultánea e íntegra de una infraestructura común a todas estas actuaciones, el planeamiento urbanístico general puede afectar los polígonos de actuación respectivos para garantizar su ejecución y repartir el coste de ejecución entre los polígonos, incluido el coste de obtención del suelo correspondiente, en su caso. A tal fin, el planeamiento urbanístico general debe determinar la cuota de participación en el coste de ejecución que corresponde a cada polígono afectado en proporción al aprovechamiento urbanístico asignado a cada actuación urbanística. Pueden afectarse distintos polígonos de actuación urbanística a la ejecución de una infraestructura común en los siguientes supuestos:

a) Cuando los terrenos destinados estén parcialmente incluidos en los respectivos polígonos.

b) Fuera de los polígonos afectados, cuando la infraestructura sea necesaria para conectarlos con los sistemas urbanísticos generales o cuando, para atender a la demanda de servicios generada por las actuaciones mencionadas, sea necesario ampliar y reforzar una infraestructura existente.

2. Corresponde formular el proyecto de obras para la ejecución de una infraestructura común:

a) En el supuesto al que se refiere el apartado 1.a, a la Administración actuante o a las entidades urbanísticas colaboradoras que se hayan constituido para llevar a cabo la gestión

integrada de las correspondientes actuaciones urbanísticas. En este supuesto, los terrenos destinados a la ejecución de la infraestructura se obtienen por la aportación de los propietarios a la reparcelación o, si no se ha iniciado la gestión integrada de la correspondiente actuación urbanística, por la ocupación directa o la expropiación.

b) En el supuesto al que se refiere el apartado 1.b, a la Administración pública o entidad privada que se convierta en titular de la infraestructura. En este supuesto, los terrenos destinados a la ejecución de la infraestructura se obtienen por la expropiación.

3. Corresponde a la Administración o entidad que formule el proyecto de obras para la ejecución de una infraestructura común ejecutarlas a cargo de los propietarios.

4. La Administración actuante puede exigir el pago de anticipos, exigibles por la vía de apremio en caso de impago, a los propietarios de los terrenos incluidos en los polígonos afectados por la ejecución de una infraestructura común.

5. El coste de ejecución de una infraestructura común debe hacerse repercutir en los proyectos de reparcelación de cada polígono afectado como gasto de urbanización a cargo de los propietarios en proporción a la respectiva cuota de participación. En el supuesto de que no se hayan abonado anticipos, debe actualizarse la cuota a la fecha de aprobación inicial de los proyectos de reparcelación correspondientes a las actuaciones urbanísticas que inicien la gestión integrada con posterioridad a la ejecución de la infraestructura. Por acuerdo entre la correspondiente entidad urbanística colaboradora y la Administración o entidad que haya ejecutado la infraestructura puede efectuarse el pago de la cuota que corresponda mediante la adjudicación de solares resultantes de la reparcelación dentro del polígono afectado».

[6] Contenido del artículo 254 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía:

«1. El instrumento de ordenación urbanística establecerá aquellos ámbitos de transformación urbanística que habrán de financiar la parte proporcional que les corresponda de las obras de los sistemas generales y locales que compartan con otros ámbitos y que vengan a ampliar y reforzar la actual estructura general de la ciudad, garantizando su integración en la malla urbana y su adecuada funcionalidad para satisfacer las demandas que generan dichas actuaciones de acuerdo a su dimensión, densidad e intensidad de uso.

A fin de asegurar una redistribución proporcional de esta carga de urbanización en la totalidad de ámbitos de estas características, el instrumento de ordenación establecerá el importe por unidad de aprovechamiento urbanístico con que deberá participar cada ámbito por este concepto.

El citado importe se podrá actualizar anualmente aplicando las fórmulas de revisión de precios de la legislación de contratos del sector público.

2. El instrumento de ordenación deberá establecer fases para la obtención y ejecución material de dichos sistemas de forma proporcional y equilibrada a cada actuación de transformación.

3. Cuando razones técnicas hagan imprescindible anticipar la implantación de sistemas generales y locales, infraestructuras o servicios públicos de carácter general que abarquen o presten servicio a más de una actuación de transformación, requiriendo su ejecución integral, el instrumento de ordenación urbanística correspondiente deberá determinar, además del importe de la carga indicada en el apartado 1, los ámbitos que deben costearlos, el porcentaje de participación correspondiente a cada uno de ellos y el modo y tiempo en que deberán abonarlos.

Podrá adaptarse la distribución de la carga por procedimiento análogo al de delimitación de unidades de ejecución cuando se delimiten nuevas actuaciones de transformación que deban participar en la ejecución de dichos sistemas generales o locales.

4. Los gastos que cada ámbito haya de soportar conforme a lo establecido en el apartado 3 podrán comprender los definidos en el artículo 189, incluidos todos los que haya conllevado la proyección, aprobación y ejecución de las infraestructuras y servicios implantados, incluso los intereses legales que se devengarán conforme a la normativa que resulte de aplicación y se imputarán en proporción al aprovechamiento del área o áreas de reparto a que pertenezcan.

5. Cuando por sus características el sistema requiera una ejecución íntegra y no permita una ejecución por fases y proporcional para cada ámbito, el municipio podrá aprobar reservas de aprovechamiento o transferencias de aprovechamiento sobre otros ámbitos de actuaciones de transformación, a favor de la persona que lleve a cabo su ejecución. También podrá la Administración adjudicar aprovechamiento procedente del patrimonio público del suelo, efectuando en tal caso a su favor la reserva de aprovechamiento.

6. La aprobación de futuras actuaciones urbanísticas cuyos ámbitos se sirvan de las obras así financiadas, establecerá la obligación de los propietarios de las parcelas comprendidas en estos o del responsable de su ejecución de sufragar tales trabajos en iguales condiciones que la programación inicial, en los términos indicados en el apartado 1 de este artículo.

En el caso de que tales costes excedan de los que el ámbito debiera soportar, deberá reconocerse a los propietarios de terrenos comprendidos en el mismo el derecho, bien a ser reembolsados del exceso que hubieren sufragado, o bien al aprovechamiento que se le hubiera reservado.

7. Los reembolsos o reintegros que se efectúen se entregarán por la Administración actuante a quien sea propietario de la parcela o parcelas que lo sufragaron en el momento en que la devolución de las cantidades vaya a efectuarse.

8. Las cantidades recaudadas de conformidad con lo previsto en este artículo quedarán afectadas al pago de las obras de urbanización diferidas que las hayan motivado o al reintegro del coste satisfecho por quienes las hubieran sufragado de forma anticipada.

9. Las cantidades reguladas en este artículo podrán ser establecidas y exigidas por la Administración que ejecute cualquier obra de infraestructura que dote de los servicios propios de la condición de solar a parcelas determinadas».

[7] Contenido del artículo 152 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana:

«1. Cuando una misma obra pública sea de común utilidad a varias actuaciones conexas, su coste se repartirá entre ellas a medida que se desarrollen y en proporción a su respectivo aprovechamiento.

2. Quien financie la obra común tendrá derecho a resarcirse del exceso de coste soportado con cargo a las actuaciones siguientes.

3. Las actuaciones posteriores sufragarán equitativamente su parte cuando se programen y reparcelen, si son actuaciones integradas, o cuando se edifiquen, si son actuaciones aisladas.

4. Para garantizar el pago futuro y la actualización de su valor, se establecerá un canon de urbanización, aprobado mediante ordenanza municipal, que establezca fórmulas de actualización y justo reparto.

5. Asimismo, podrá establecerse un canon con destino finalista, a cuenta de infraestructuras complementarias que razones técnicas exijan implantar después de la edificación».

[8] Contenido del artículo 97 bis de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, introducido por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid:

«Artículo 97 bis. Redes públicas comunes a varios ámbitos de actuación o sectores.

1. Cuando el desarrollo de varias actuaciones integradas requiera la ejecución de una o varias redes públicas que, formando parte de las obras de urbanización, presten servicio a más de una actuación integrada, el planeamiento urbanístico las definirá como redes comunes y establecerá los criterios de imputación del coste de ejecución que corresponda a cada ámbito de actuación o sector de conformidad con el principio de equidistribución.

2. Los propietarios de los ámbitos de actuación y sectores que cuenten con redes públicas comunes podrán constituir una entidad urbanística colaboradora para su gestión y ejecución coordinada cuyos estatutos contendrán, al menos, las siguientes circunstancias:

a) Los criterios de redacción de los proyectos de obras de redes comunes para su integración en los proyectos de urbanización de los ámbitos de actuación o sectores afectados.

b) Las previsiones para la ejecución de las redes comunes en coordinación con las obras de urbanización propias de cada ámbito de actuación o sector afectado.

c) La concreción de los criterios de imputación de los costes de ejecución de las redes comunes a los distintos ámbitos de actuación o sectores de acuerdo con lo previsto en el planeamiento urbanístico.

d) Los criterios de corrección de los posibles desajustes entre ámbitos de actuación o sectores afectados por razón del emplazamiento u orden de ejecución de las redes públicas comunes.

e) Las previsiones relativas al pago de los gastos de urbanización relacionados con las redes públicas comunes, incluyendo su posible anticipo y la exigencia de la vía de apremio en caso de impago.

3. Cuando las redes públicas comunes afecten a actuaciones que tengan fijado el sistema de compensación, la entidad urbanística colaboradora quedará integrada por las respectivas juntas de compensación o, en los ámbitos de actuación o sectores en los que no estuvieran constituidas, por el representante de los propietarios que reúnan al menos el 50 por 100 de la superficie de cada uno de ellos.

4. En lo no previsto en este artículo, la entidad urbanística colaboradora se regirá por lo dispuesto en sus estatutos y en las normas reguladoras de las entidades propias de los ámbitos de actuación o sectores afectados en cuanto resulten de aplicación».

[9] Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 (RJ 7478) y 17 de diciembre de 2008 (RJ 459), o la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de abril de 2000 (RJ 136).

[10] Conforme al artículo 106.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, «cuando la iniciativa se formule por propietario único o haya conformidad de todos los propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de actuación, sector o unidad de ejecución, la propuesta de estatutos y bases de actuación de la junta de compensación podrá ser sustituida por propuesta de convenio urbanístico con el contenido previsto en el artículo 246 de la presente Ley».

[11] En este sentido, Fernández, T.R. (2006). *Manual de Derecho Urbanístico*, 19.ª edición. Madrid: Wolters Kluwer España. En esta obra se afirma que «en todo aquello que no se refiera directamente al ejercicio de funciones públicas en lugar de la propia Administración, las juntas actúan como entidades privadas que se limitan a gestionar los intereses privados de sus miembros. Como tales contratan la ejecución de las obras, adjudican parcelas, venden solares, conciertan préstamos, etc. siempre con sujeción al Derecho privado».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 (RJ 7478) refleja las mismas ideas y declara que «no resultaba pues necesaria la observancia de los trámites establecidos en la normativa propia de la contratación administrativa».

La misma doctrina resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 (RJ 459) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de abril de 2000 (RJCA 136).

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *El dolo testamentario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, 140 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

En el año 2000, Francisco BLASCO GASCÓ publicó la monografía *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Se ocupaba en la misma, como siempre con la mirada inteligente y aguda a la que acostumbra, de una cuestión clásica, ampliamente debatida: la de la ubicación de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, entre o al lado de las fuentes del Derecho, si bien lo hacía desde otra perspectiva no desde la habitual. Efectivamente, BLASCO se refería solo lo justo y necesario a lo ya conocido, sobre lo que poco podía añadir (que la jurisprudencia, para nosotros, no es ni puede considerarse una norma jurídica) y se centraba principalmente en detectar el valor o las funciones que esta puede desenvolver para las normas jurídicas, en concreto respecto (o a partir) de su interpretación y aplicación. Como el mismo señalaba, utilizando una expresión acuñada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, de esta resulta innegable su «trascendencia normativa». Ello era así, insistía, en la medida en que la interpretación reiterada de la norma jurídica (realizada por el TS) puede afirmarse que se adhiere o incorpora a esta, de manera que cuando dicha norma ha de ser interpretada otra vez, para ser aplicada a un caso nuevo pero igual o similar, deberá hacerse en los mismos términos o al menos ser tomada en consideración. Esto, añadía, poco tiene que ver con que la jurisprudencia sea considerada o no como norma jurídica o fuente directa del Derecho; y es que su trascendencia normativa, concluía, no es una cualidad o característica propia, ínsita en la misma, sino derivada del precepto que interpreta y aplica, al que se ha adherido con fuerza (hasta el punto de constituir un precedente, habría que añadir).

Quizá en lo que no insistía BLASCO, tal vez por considerarlo algo muy evidente, era sobre el hecho de que esta fuerza normativa de la jurisprudencia era variable en función de sobre qué preceptos concretos operase la misma. Dicho en otros términos: los hay, preceptos, que resultan, por su parquedad o por su oscuridad, terreno abonado a priori para que se conforme una norma jurisprudencial. Son de esos en los que se aprecia con claridad que el trabajo del legislador —es obvio que pensamos principalmente en la ley— ha de completarse de forma obligada con la labor jurisprudencial. Nuestro ordenamiento está repleto de preceptos que requieren de esta, que han sido incluso elaborados, nos atreveríamos a decir, pensando ya en que la jurisprudencia los completará

en cuanto tenga ocasión. Y es que hay situaciones o mecanismos que resultan, por mucha pericia y capacidad técnica que despliegue el legislador, por mucha creatividad que este atesore, imposibles de recoger en el supuesto de hecho de una norma. La jurisprudencia, para muchos de tales preceptos, deviene por tanto imprescindible y necesaria en la medida en que hace viable una aplicación que de otro modo resultaría prácticamente imposible.

A esta categoría que acaba de describirse, pertenece sin duda el artículo 673 del Código Civil en el que se regulan los vicios que pueden afectar a la voluntad testamentaria. Esto se despacha de manera lapidaria, limitándose el precepto a establecer la nulidad del testamento como la consecuencia (la sanción) de que en su otorgamiento haya existido violencia, dolo o fraude, sin ni siquiera aclarar que los mismos los haya padecido de algún modo el testador. Es evidente que un precepto así concebido, de esta forma tan parca y exigua, hace más que probable que actúe obligatoriamente la jurisprudencia, completando lo que el legislador no dice ni prevé. De ello, de cómo el Tribunal Supremo (y también las Audiencias Provinciales) ha elaborado la norma jurisprudencial del dolo testamentario —por decirlo al modo de BLASCO— se ocupa el libro que nos ofrece Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, objeto de esta reseña. Hay que decir además que supone una muestra canónica e impecable de este tipo de trabajos, todo un subgénero dentro de las monografías jurídicas, en los que se busca presentar la regulación aplicable a una figura o mecanismo, en este caso un vicio de la voluntad testamentaria, un régimen que está conformado principalmente a partir de la jurisprudencia que aplica una norma, como hemos dicho, muy escueta y escasa. No se trata, entendemos, solo de una simple crónica jurisprudencial, esto es, de presentar, a poder ser de manera ordenada y sistemática, las principales resoluciones sobre una determinada cuestión o problema. Sería algo más, ya que consistiría en ofrecer, como hemos dicho, un régimen completo, constituido por una norma y la jurisprudencia que la interpreta y la aplica (que la desarrolla, en cierto sentido). En el caso de esta monografía, esta opción, digamos, jurisprudencial resulta además realzada por el hecho de que se use un aparato bibliográfico muy comedido y ajustado (apenas una veintena de autores) y de que tampoco se recurra, salvo en muy puntuales ocasiones, a alguna referencia de Derecho extranjero. Es evidente que el autor tiene claro que lo importante (lo útil, rectamente entendido) es presentar el régimen del dolo testamentario conformado jurisprudencialmente. A ello, como decimos, dedica su esfuerzo con un resultado más que destacable.

Con este planteamiento, el autor desarrolla, en ocho capítulos, de manera sistemática —con alguna opción un poco discutible en cuanto al orden seguido, aunque ya se sabe que cada uno organiza el «cajón de calcetines» según su propio criterio— los principales aspectos del régimen jurídico del dolo testamentario, construido a partir del artículo 673 del Código Civil (con el añadido no muy determinante del art. 674 CC) y de la jurisprudencia que lo interpreta y lo aplica. La obra, nos parece, puede dividirse en tres partes.

En primer lugar, tras una breve introducción (capítulo I), se ocupa (en el capítulo II) de los sujetos que intervienen en el supuesto de un testamento afectado por el dolo, a los que se aproxima a partir de los conceptos de «perjuicio» y «beneficio», que permiten diferenciar el dolo «positivo» del «negativo». Con el afán exhaustivo que ya le hemos reconocido, aborda, quizá de un modo no del todo claro, la posibilidad de que el fraude —tal vez sería más correcto decir la actuación fraudulenta— proceda del propio testador, un supuesto que queda fuera obviamente del dolo testamentario y que tiene sus propias vías de resolución. También en esta misma línea, de ofrecer la visión más completa del tema, hay

que inscribir la referencia que hace al llamado dolo negativo, regulado (no muy bien, como el autor señala con acierto) en el artículo 674 del Código Civil. La operatividad de este supuesto, en particular por sus dificultades de prueba, lo hacen prácticamente inexistente desde un punto de vista jurisprudencial. Además, sus efectos no serían los del dolo propiamente, la nulidad del artículo 673 del Código Civil, sino la indignidad sucesoria *ex* artículo 756.5.º o el servir de base para la configuración de una causa de desheredación (cfr. arts. 852, 854 y 855 CC).

En segundo lugar, se centra en la delimitación del dolo propiamente, de cómo se configura este, lo que constituye, sin duda, la parte mollar y más extensa del trabajo, abarcando desde el capítulo III al VII. Así, se ocupa sucesivamente de la distinción (sugerida, aunque no con mucha rotundidad, desde el propio art. 673 CC) entre el dolo y el fraude y entre la captación y la sugestión; de la posible aplicación analógica del artículo 1269 del Código Civil; de los presupuestos subjetivos (existentes en el testador) para la aplicación del dolo (la edad o la enfermedad psíquica, esto es, su vulnerabilidad); de cómo se mide la gravedad del dolo y de que pueda existir incluso un posible dolo «bueno»; y, finalmente, de qué hechos pueden constituir —a partir de la definición de dolo prestada por el artículo 1269 del Código Civil— palabras y maquinaciones insidiosas (sin descuidar la delimitación de estas respecto del fraude y de la violencia o la intimidación).

Lo que nos parece más discutible, desde el punto de vista sistemático, como se apuntaba anteriormente, es que se incluya en esta parte del trabajo, a continuación del estudio de la vulnerabilidad como presupuesto subjetivo del dolo, la consideración del testamento impugnable como producto derivado de este; o también el tratamiento de la relación de causalidad entre la actividad dolosa y la expresión de la voluntad testamentaria; o, por último, de la prueba del dolo, cuando se ocupa de los requisitos de este.

Finalmente, la tercera parte estaría constituida únicamente por el breve capítulo VIII, dedicado a los efectos de la impugnación instada por dolo testamentario. En pocas páginas, identifica las principales cuestiones que se plantean en torno a dichos efectos, básicamente dos. De un lado, la nulidad del testamento otorgado con una voluntad viciada por dolo, lo que dará lugar a la apertura de la sucesión intestada o bien a que esta se rija por un testamento anterior (caso de existir, obviamente), es decir, la llamada «reviviscencia». De otro lado, el hecho de que la impugnación por dolo pueda implicar también que se solicite, respecto de quien actúo sobre el testador dando lugar al mismo, la declaración de indignidad conforme a lo previsto en el artículo 756.5.º del Código Civil. Además de estos efectos específicos de la nulidad derivada del dolo, se entretiene el autor, por último, en la debatida cuestión (ahora menos, como recuerda oportunamente, desde la reforma de octubre de 2015 del art. 1964 CC) del plazo de prescripción de la acción por medio de la cual esta se solicita. Su opción, que nos parece del todo convincente, es que dicho plazo sea de cinco años, si bien por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 762 del Código Civil (relativo a la indignidad) y no con fundamento en el plazo general del artículo 1964 del Código Civil.

Es de destacar que prácticamente ninguna cuestión se deja atrás en un recorrido muy exhaustivo, aunque, como resulta inevitable, la profundidad con que trata cada una de estas no siempre alcanza el mismo nivel de atención y de calado. Por supuesto, es muy destacable, como no puede ser de otro modo dada la naturaleza del trabajo, el gran número de resoluciones judiciales presentes a lo largo del mismo y en particular el uso ilustrativo que se hace de algunas de ellas, en las que el autor se detiene concretamente para presentar los hechos y los fundamentos de Derecho, por resultar de especial interés al hilo del argumento

o del aspecto específico que está tratando. Como el propio PÉREZ ÁLVAREZ destaca (en la nota 6 del capítulo I), la aportación de tales resoluciones en cuanto a la construcción jurídica del dolo testamentario puede calificarse como más que correcta —algunas, en su opinión, pueden considerarse «modélicas»—, pero también, no lo oculta, muchas acusan el defecto de limitarse a arrastrar, sin poner especial cuidado y celo, lo concluido en otras (anteriores y más destacadas), lo que hace que tales sentencias resulten reiterativas y farragosas. Su esfuerzo, en cuanto a poner un poco de sentido y calidad en este corpus jurisprudencial, es más que encomiable.

Pero sin duda por lo que resulta también destacable el estudio que nos brinda PÉREZ ÁLVAREZ es por cómo afronta los aspectos más complicados —no creemos que se les pueda calificar de controvertidos o polémicos— que presenta el régimen del dolo testamentario, adoptando además, como ya hemos señalado, una propia posición respecto de la mayoría de ellos. Así, por ejemplo, se ocupa de la delimitación entre la falta de capacidad previa del testador y el dolo que ejercitado por un tercero puede afectarle, algo que en muchas demandas que pretenden la invalidez del testamento se presenta sin diferenciar, con trazo grueso, de manera conjunta y alternativa; o, al hilo de esto, como concluye que la vulnerabilidad del testador, las circunstancias personales de este, es decir, su menor o mayor «fortaleza de espíritu», opera como presupuesto necesario del dolo, determinando en gran medida que su apreciación haya de hacerse caso por caso —sin embargo, no nos parece convincente del todo el juego que concede a la senilidad y la enfermedad psíquica como constitutivas de dicha vulnerabilidad, llegando a parecer en algún momento (aunque no lo afirma tal cual) que son las únicas que pueden dar lugar al dolo—.

Por último, a pesar de lo poco pretencioso que es un libro de estas características, no podemos dejar señalar algunos valores añadidos de mayor alcance que contiene. De un lado, desde su modestia, sirve para reivindicar el papel de la doctrina y de los autores en tanto que mediadores, en este caso entre los tribunales y los destinatarios de las normas jurídicas, para la aplicación de estas últimas. Por otro lado, también sin pretenderlo, nos pone delante de una cuestión importante (y muy actual) como es, por decirlo al modo de Paolo GROSSI, nada más y nada menos, que la invención del Derecho, no en un sentido histórico sino, digamos, cotidiano. En unos tiempos caracterizados por el pluralismo jurídico, esto es, por la diversidad de fuentes o modos de generarse y presentarse el Derecho, el papel creativo del juez se ha vuelto fundamental, incluso en los países de tradición latina, en los que nuestra tradicional confianza en la ley (a poder ser en forma de código), fue casi absoluta (por volver a decirlo al modo del maestro florentino). Tal vez resulte excesivo y nos dé hasta pudor afirmar que nuestros tribunales crean Derecho pero lo que es indiscutible es que su labor en algún caso resulta imprescindible para que este pueda ser aplicado. Algo que creemos sucede con la regulación del modo testamentario, como de forma cumplida pone de manifiesto esta recomendable monografía.

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