REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCVIII • Noviembre-Diciembre • Núm. 794

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 XCVIII • Noviembre-Diciembre 2022 • Núm. 794

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*

ARRÉBOLA BLANCO, Adrián: «Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado» / *The burdens of the marriage: an (un)defined legal concept* 2981

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Reformas y tendencias del Derecho de consumo: producción sostenible y lucha contra la obsolescencia» / *Reforms and trends in Consumer Law: sustainable production and the fight against obsolescence* 3037

BUCHHALTER-MONTERO, Brian: «Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad» / *Legal nature of non-contentious acts in respect of persons with disabilities* 3079

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII). Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (VII). Principle's consequence of the registration: the principle of geographical public registration faith*..... 3115

Págs.

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 3167

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1 Parte general:

— Importancia del desarrollo emocional y afectivo del menor en la corresponsabilidad parental / *Importance of the emotional development of the child in parental co-responsibility*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 3199

1.2. Derecho de familia:

— Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio / *Legal regime of the judicial defender after the reform operated by Law 8/2021, of June 2, por* Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 3219

1.3. Derechos reales:

— El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública / *Agreement of forfeiture, today: critical analysis of the figure, in the light of the most recent jurisprudence and doctrine of the Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*, por Ángel JUÁREZ TORREJÓN 3287

1.4. Sucesiones:

— El testamento de persona con discapacidad sensorial: uso de medios tecnológicos y la prueba biométrica basada en la voz en el renovado Código Civil y De-

Págs.

recho civil catalán / *The will for persons with sensory disability: technological and voice based biometric evidens in the Civil Code and the catalan foral law*, por Mª Fernanda MORETÓN SANZ..... 3314

1.5. Obligaciones

— Contrato de seguro: contradicción entre cláusulas, cláusulas oscuras y causa justificada de exclusión de intereses *ex* artículo 20 LCS / *Insurance contract: contradiction between clauses, obscure clauses and just cause for exclusion of interests ex article 20 LCS,* por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 3350

1.6 Responsabilidad civil:

— Daños causados al paciente por utilización de un producto sanitario defectuoso. Al hilo del caso Ala Octa / *Damages caused to the patient by the use of a defective sanitary product. In the line of the Ala Octa Case,* por Pilar ÁLVAREZ OLALLA..... 3366

1.7. Concursal

— Comentarios sobre la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, a propósito de las últimas aportaciones del Tribunal Supremo / *Comments on the insolvency classification of the separate shareholder's credit for reimbursement, in the light of the latest Supreme Court decisions*, por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ 3406

2. MERCANTIL

— La infracción del deber de lealtad en clave de nulidades / *Violation of the duty of loyalty in terms of annulments,* por Francisco REDONDO TRIGO 3420

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

— Titularidad de suelo en el proceso reparcelatorio: determinación y situaciones especiales / *Ownership of land in the reparcelling process: determination and special situations,* por Vicente LASO BAEZA 3434

Págs.

4. DERECHO BANCARIO

— Las tarjetas *revolving:* ¿caso resuelto? / *Revolving cards: case solved*?, por Joan CUADRADO SOLER 3446

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«*Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*», de Teresa DUPLÁ MARÍN, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 3481

ESTUDIOS

Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado

The burdens of the marriage: an (un)defined legal concept

por

ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO

Profesor ayudante Doctor de Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Las cargas matrimoniales aparecen configuradas como un concepto jurídico indeterminado dentro del régimen económico del matrimonio. Sin embargo, existen múltiples referencias que permiten conocer los gastos que están comprendidos en ellas, si se tiene en cuenta lo dispuesto en diversas sedes. Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo consiste en definir a través de las mismas lo que en principio aparece configurado como un concepto jurídico indeterminado con el objeto de proporcionar en consecuencia un concepto único de cargas matrimoniales, universalmente aplicable a cualquier régimen económico del matrimonio.

ABSTRACT: The burdens of marriage are presented as an undefined legal concept in the matrimonial property system. However, there are several references that suggest the kind of expenses which are comprised in them, if we take into account several legal institutions. On this basis, the aim of this work is to define what initially appears as an undefined legal concept through these legal institutions in order to provide a single concept of the burdens of marriage, regardless of the system to be applied to matrimonial property.

PALABRAS CLAVE*:* Cargas del matrimonio. Alimentos. Régimen económico-matrimonial. Sociedad de gananciales. Régimen de comunidad de bienes. Régimen de participación en las ganancias. Régimen de separación de bienes. Concepto jurídico indeterminado.

KEY WORDS: Burdens of the marriage. Alimony. Matrimonial property. Community property system. Community of accrued gains system. Separate property system. Undefined legal concept.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DIMENSIÓN CUALITATIVA: 1. Los gastos de sustento. 2. Los gastos de vestido. 3. Los gastos de vivienda. 4. Los gastos de menaje. 5. Los gastos de educación. 6. Los gastos de asistencia médica. 7. Los gastos de asistencia veterinaria. 8. Los gastos de servicio doméstico. 9. Los gastos de litigación. 10. Los gastos de transporte. 11. Los gastos de costumbre. 12. Los gastos de servicio funerario. 13. Los gastos de previsión. —III. DIMENSIÓN CUANTITATIVA: 1. Los gastos ordinarios. 2. Los gastos extraordinarios.—IV. DIMENSIÓN SUBJETIVA: 1. Los gastos de los cónyuges. 2. Los gastos de los hijos. 3. Los gastos de los nietos. 4. Los gastos de los tutelados. 5. Los gastos de los acogidos. 6. Los gastos de las mascotas.—V. DIMENSIÓN TEMPORAL: 1. Los gastos surgidos en contemplación del matrimonio. 2. Los gastos surgidos en situación de convivencia. 3. Los gastos surgidos durante el proceso matrimonial. 4. Los gastos surgidos tras la separación legal. 5. Los gastos surgidos tras la separación de hecho. 6. Los gastos surgidos durante la ausencia. 7. Los gastos surgidos durante la desaparición.—VI. DIMENSIÓN NEGATIVA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Llamamos cargas matrimoniales al conjunto de gastos surgidos de la comunidad de vida y, salvo cuando cese, de la propia convivencia, una vez contraído el matrimonio. Para asegurar su satisfacción se impone sobre los consortes una sujeción a su levantamiento, si el régimen económico-matrimonial es de comunidad de bienes, y una obligación de contribuir a su sostenimiento, si en su lugar lo es de separación de bienes, al componerse de una serie de partidas que los mismos han de sufragar conjuntamente en la medida en que no admiten cómoda distribución entre ambos

por razón de la vida en común que llevan a cabo. Del mismo modo, de puertas para afuera, más allá del espacio reservado a su intimidad, estas llevan aparejado su propio sistema de responsabilidad frente a acreedores que igualmente difiere en base a la naturaleza del régimen que ordene la economía del matrimonio. Pero, a partir de aquí, salvo por una escueta referencia al sostenimiento de la familia y a la alimentación y educación de los descendientes, no asisten muchas certezas al intérprete que trate de definir lo que nos es presentado como un auténtico concepto jurídico indeterminado. Poner fin a esta situación constituye el objetivo que trataremos de alcanzar en adelante hasta proporcionar un concepto único y universalmente aplicable al matrimonio, con abstracción de la comunidad o separación que en cada caso exista con respecto a los bienes, en vista de que las cargas matrimoniales representan la mínima expresión de su régimen económico.

II. DIMENSIÓN CUALITATIVA

En primer lugar, desde una perspectiva cualitativa, encontramos en la sociedad de gananciales una referencia expresa a los gastos originados por *el sostenimiento de la familia* y *la alimentación y educación de los hijos* o descendientes de los cónyuges, cuya naturaleza nos remite necesariamente al concepto de alimentos (*cfr.* arts. 1362.1 I y 1368 CC). Este se compone a su vez de todos los de *sustento, habitación, vestido y asistencia médica*, incluidos los de *embarazo y parto* —en sintonía con los de *vivienda, manutención y asistencia* a los que en su lugar se hace mención en sede de contratos—, así como de los de *educación e instrucción* de los miembros de la familia que todavía sean menores de edad o de los que aún no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable (*cfr.* arts. 142 y 1791 CC). En este sentido, estando estos gastos cuantitativamente subordinados tanto a *las necesidades* de los acreedores como a los medios de los correspondientes deudores, no es casual que sean *las necesidades ordinarias de la familia* las que sirvan de base a las cargas matrimoniales en la medida en que el concepto de alimentos queda mayoritariamente absorbido por ellas a lo largo del matrimonio (*cfr.* arts. 145, 146, 147, 152.2, 152.3, 1319 I y 1440 II CC)[1]. Pero también forma parte de las cargas matrimoniales la atención de ciertos gastos que son considerados como tales, incluso más allá de cuanto concierne al régimen económico del matrimonio, a pesar de no estar incluidos en el concepto de alimentos que sirve de base a su contenido.

1. Los gastos de sustento

La composición de las cargas matrimoniales ha de comenzar necesariamente por los gastos que se originen en concepto de *alimentación*, y no solo porque se indique de forma expresa en la sociedad de gananciales, sino porque así se extrae además de que los *alimentos* se estimen inembargables en tanto en cuanto permitan que el matrimonio atienda la subsistencia de la familia (*cfr.* arts. 142 I, 1041 I, 1042, 1362.1 I y 1791 CC y 606.1 LEC). Por supuesto, si bien es cierto que en la sociedad de gananciales solo se alude a la alimentación de los descendientes que se hallen a cargo de la misma, no lo es menos que tendrá idéntica condición la de los tutelados, acogidos y mascotas junto con la de los propios cónyuges, en vista de la obligación que el uno tiene frente al otro de proporcionarse *sustento* con carácter preferente en relación con sus parientes (*cfr.* arts. 143.1, 144.1, 1362.1 y 1368 CC). Pero su *manutención*, a pesar de todo, correrá igualmente a cargo del matrimonio, como gasto originado por *el sostenimiento de la familia* a la que ambos pertenecen en la medida en que están mutuamente obligados a *ayudarse* y/o *socorrerse* el uno al otro sin perjuicio de los descendientes, tutelados, acogidos y mascotas a los que eventualmente tengan que abastecer también de *comestibles* mediante la realización de los actos comprendidos en el ejercicio de la potestad doméstica (*cfr.* arts. 67, 68, 1319 I, 1362.1 I, 1791 y 1924.2 F) CC)[2]. Y es que, en definitiva, incluso el usuario de un rebaño o piara de ganado tiene el disfrute sobre las crías y la leche que produzcan *en cuanto baste para su consumo y el de su familia*, sin hacerse distinción entre los miembros que la compongan (*cfr.* arts. 355 I, 357.2, 524 y 526 CC).

2. Los gastos de vestido

Las cargas matrimoniales que se originen en concepto de *sostenimiento* comprenden a su vez los gastos de *vestido o calzado* tal y como revela el contenido de los alimentos y la inembargabilidad que actualmente se extiende sobre las *ropas*, sin perjuicio de la dispensa de colación que durante mucho tiempo operó sobre el *equipo ordinario* en la partición de la herencia, en idéntica dirección (*cfr.* arts. 142 I, 1041 I, 1362.1 I y 1924.2 F) CC y 606.1 LEC)[3]. Pero no es sino en la sociedad de gananciales en donde hallamos una referencia adicional a *las ropas y objetos de uso personal* a través de la cual se consideran privativos a salvo de *las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor* que formen parte del ajuar familiar, aun cuando se adquieran a costa de gananciales (*cfr.* arts. 1321, 1346.7 y 1346 *in fine* CC). Ello supone una excepción al principio de subrogación

real que tan solo es capaz de explicar el hecho de que la sociedad de gananciales esté sujeta al levantamiento de su respectivo coste de adquisición como uno de los gastos que se hallen a su cargo por quedar comprendidos en el concepto de *sostenimiento* (*cfr.* arts. 142 I, 1362.1 I y 1368 CC). De no ser así, carecería de sentido que su satisfacción a costa de la sociedad de gananciales no diera lugar al reintegro que sin embargo procede liquidar cuando la adquisición tiene por objeto *los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio* —o *los instrumentos, herramientas y demás bienes muebles necesarios para la industria*— de cada uno de los cónyuges a cargo de la misma (*cfr.* arts. 495 II, 1346.7, 1346.8, 1346 *in fine*, 1358 y 1397.3 CC y 606.2 LEC)[4].

3. Los gastos de vivienda

Especial atención merece la necesidad de *habitación* que acusen los consortes como resultado de la convivencia a la que están obligados por razón del matrimonio en la medida en que los costes de adquisición de vivienda no constituyen cargas matrimoniales como, sin embargo, acontece en relación con el arrendamiento, cuya renta forma parte de las mismas en cuanto es un acto jurídico que se halla comprendido en la potestad doméstica mientras no se ejercite la opción de compra que eventualmente acompañe a este contrato en concepto de *leasing* (*cfr.* arts. 68, 142 I, 495 I, 524 II, 527, 1319 I y 1791 CC y 14 *in fine* RH)[5]. Esta adquisición equivale a una operación de inversión en tanto que revierte en provecho exclusivo del adquirente tras disolverse el matrimonio salvo cuando rija la sociedad de gananciales, y sea realizada a su costa o, incluso, voluntariamente atribuida a su favor, a partir de lo cual estará a su cargo (*cfr.* arts. 1347.3, 1355, 1357, 1362.2, 1381, 1397.1 y 1398.1 CC). De este modo, si en vez de una comunidad de bienes, como la sociedad de gananciales, rige una separación de bienes en sentido estricto o en forma de participación en las ganancias, esta adquisición solo constituirá una carga para ambos consortes cuando del título se extraiga la existencia de un condominio entre los mismos (*cfr.* arts. 392, 393, 1414 y 1437 CC). Pero aun en ese caso, no la sufragarán como matrimonio, sino como simples comuneros, a pesar de que este concepto resulte igualmente subsumible en el de las cargas del matrimonio en consideración a la libertad de contratación que a este respecto se reconoce expresamente en favor de los consortes (*cfr.* arts. 90.1 d), 392 II, 393, 1315, 1323, 1325, 1413 y 1438 CC).

En este sentido, comoquiera que la superficie cede ante el suelo, no sería extraño que nos sintiésemos tentados a considerar que la *conservación, mantenimiento y reparación* de la vivienda adquirida por un solo consorte se

encuentra igualmente excluida de las cargas matrimoniales en cuanto estas partidas se traducen en una serie de gastos cuya satisfacción corresponde única y exclusivamente al adquirente, de no ser porque el legislador catalán invita a concluir lo contrario (*cfr.* arts. 358, 359, 1413 y 1437 CC y 231-5.1 b) CCCat). Y es que, más allá de esta sede, a propósito del derecho de uso sobre la vivienda, vemos cómo pone a cargo de su beneficiario la satisfacción de los gastos de *conservación, mantenimiento y reparación* de la misma por la sencilla razón de que *se trata de desembolsos vinculados al uso de un bien* [...] *compartido por el matrimonio* y, en consecuencia, *nos hallamos en presencia de cargas, cuya asunción correspondería a ambos* consortes (*cfr.* arts. 233-23.2 CCCat, 396 CC, 3 b) II y 9.1 e) LPH; SAP de Alicante de 2 de abril de 2009 [*JUR* 2009, 372500])[6]. De hecho, si regresamos a nuestra legislación, y profundizamos un poco más, comprobaremos que este es el criterio que subyace tras ella en la medida en que son también *las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda* las que escapan a la responsabilidad del arrendador para ser puestas a cargo del arrendatario, así como *las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas* están a cargo del habitacionista y no del propietario (*cfr*. arts. 21 LAU y 500, 501, 527 y 528 CC). Ello se manifiesta incluso en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando corresponde inventariar el valor de los deterioros producidos en la vivienda usada en su beneficio, como una carga del matrimonio (*cfr*. arts. 1364 y 1398.2 II CC; STS de 28 de marzo de 2011 [*RJ* 2011, 939])[7].

4. Los gastos de menaje

La necesidad que manifiesten los consortes en torno a la vivienda en la que fijen su domicilio como lugar de convivencia se extiende de modo inseparable sobre los *muebles* u *objetos de uso ordinario de ella* que en cada caso hagan sus veces de *ajuar familiar*, aunque el derecho de habitación tan solo comprenda *la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia* y no, en cambio, el mobiliario de la misma (*cfr.* arts. 70, 96.1, 524 II, 527 y 1320 I CC; STS de 23 de marzo de 1925 [*ROJ* 1087, 1925])[8]. Este no se reduce sin embargo a *las ropas y objetos de uso personal* en tanto que tales bienes son siempre privativos mientras los del ajuar familiar pueden no serlo como consecuencia del principio de subrogación real que rige en la sociedad de gananciales (*cfr.* arts. 1346.7 y 1357 II CC). Se compone, en definitiva, de *las ropas, el mobiliario y enseres* o cualesquiera *otras cosas que* [...] *tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones*, exceptuándose así *el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas,*

armas, ropas de vestir, arreos de caballerías o carruajes, granos, caldos y mercancías conforme al significado jurídico atribuido a la palabra *muebles*, en plena armonía además con *las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor* que se hallan expresamente excluidos del mismo (*cfr.* arts. 346 II, 1320 I y 1321 CC). Por consiguiente, constituyendo el ajuar una necesidad accesoria a la de la propia vivienda, como revela el hecho de que de entre sus elementos se distingan los que *continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge* cuando cese la convivencia entre los consortes, y el de que además se reputen inembargables *el mobiliario y el menaje de la casa*, su respectivo coste de adquisición formará parte de las cargas del matrimonio (*cfr.* arts. 103.2 CC y 606.1 LEC)[9].

5. Los gastos de educación

Los cónyuges están obligados a educar y a procurar una formación integral tanto a los descendientes, tutelados y acogidos como a las mascotas que requieran de adiestramiento por una alteración significativa de su conducta, si llegara a darse el caso (*cfr.* arts. 142 II, 154.1, 172 *ter* 4, 173.1, 228.2, 1362.1 y 1484.2 CC y 20.3 d) 3 y 20 *bis* 2 a) LOPJM). Ello tiene su reflejo en la sociedad de gananciales en la medida en que los gastos originados por la *educación de los hijos* son de cargo de la misma como corolario de cuanto se establece entre las relaciones paternofiliales (*cfr.* arts. 142 II, 154.1, 1362.1 y 1368 CC y 134.1 LDCV). Pero son también cargas de los regímenes de participación en las ganancias y de separación de bienes como cargas matrimoniales de conformidad con la dispensa de colación de la que se benefician los gastos de *educación* y de *aprendizaje* en la partición de la herencia (*cfr.* art. 1041 I CC)[10]. Sin embargo, comoquiera que *la educación e instrucción* no forma parte de los alimentos sino mientras los descendientes, tutelados y acogidos son menores de edad o no han culminado su formación por causa que no les sea imputable, una vez alcanzada por ellos la mayoría de edad tan solo continúan siendo cargas matrimoniales en tanto en cuanto sean capaces de mantener un *rendimiento regular* en sus resultados (*cfr.* arts. 142 II CC y 237-1 CCCat)[11]. En cualquier caso, cuando los propios cónyuges reúnan estas mismas condiciones, sus gastos de educación también constituirán cargas para su matrimonio (*cfr.* arts. 46.1, 75 y 142 II CC).

6. Los gastos de asistencia médica

Las cargas matrimoniales comprenden también *los gastos de embarazo y parto* como una de las partidas que integran la *asistencia médica* o *atención*

socio-sanitaria a la que se hace alusión respecto de los alimentos y cuya inclusión en las mismas se halla confirmada a su vez por el derecho que, en caso de fallecer el consorte, como progenitor, y el con fin de favorecer el desarrollo del concebido, se confiere a favor de *la viuda que quede encinta* en orden a ser *alimentada* con cargo al caudal relicto del causante de la sucesión por causa de muerte, al igual que lo hubiera hecho en vida con su respectivo patrimonio (*cfr.* arts. 142 I, 142 III y 964 CC y 20.3 d) 3 LOJPM y 231-5.1 c) CCCat)[12]. Sin embargo, en lo que a ellos se refiere y, obviamente, mientras vivan ambos cónyuges, solo forman parte de las cargas matrimoniales *en cuanto no estén cubiertos de otro modo*, como sucedería a través de las prestaciones derivadas de una mutualidad, de un contrato de trabajo o de la Seguridad Social (*cfr.* art. 142 III CC)[13]. Pero este es un inciso que no aporta mucho a este respecto en tanto que describe una situación en la que no concurre la necesidad que justifica la percepción de alimentos —razón por la que tal vez se acortó el «en cuanto no estén a cargo de la Seguridad Social u otra institución de previsión o asistencia o de un empresario» del proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979—, y que ni siquiera es exclusivo de los gastos de embarazo y parto en la medida en que resulta perfectamente extensible a cualquiera de las partidas que sean subsumibles en la *asistencia médica* o *atención socio-sanitaria* —como son *los gastos de curación de enfermedades* a los que se alude a propósito de la colación—, en vista de que son carga del matrimonio todas *las atenciones de previsión* que satisfagan el contenido de este concepto (*cfr.* arts. 142 I, 142 III, 1041 I, 1362.1 I y 1791 CC)[14]. Por estos motivos, en definitiva, y en atención al silencio expresado a este respecto por el legislador catalán, resulta completamente prescindible que los gastos de embarazo y parto constituyan una partida adicional a la asistencia médica o atención socio-sanitaria que ya forma parte del concepto de alimentos (*cfr.* art. 237-1 CCCat)[15].

7. Los gastos de asistencia veterinaria

La asistencia médica de los miembros de la familia encuentra su equivalente en la *asistencia veterinaria* que requieran los animales que convivan con ella en consideración a la diversa naturaleza jurídica que los mismos presentan tanto en relación con las personas como con respecto al resto de cosas que son susceptibles de apropiación y entre las que se hallan otras formas de vida como son las plantas, al tratarse de *seres sensibles*, *sintientes* o *dotados de sensibilidad* (*cfr.* arts. 333, 333 *bis* 1, 333 *bis* 2 y 334.2 CC y 13 TFUE). Esta cualidad impone la obligación de ejercer las facultades que a sus poseedores les confieran los derechos que en cada caso tengan

sobre ellos, asegurando su *bienestar* conforme a las características de cada especie, incluso cuando no sea meramente doméstica o de compañía sino salvaje o silvestre bajo determinadas circunstancias (*cfr.* arts. 333 *bis* 2 y 465 CC). Por consiguiente, comoquiera que el régimen jurídico de las cosas cuyas reparaciones ordinarias constituyen cargas matrimoniales tan solo les es aplicable en cuanto no resulte incompatible con su singular naturaleza jurídica o con las disposiciones previstas para protegerlos, está igualmente incluida en ellas la atención de las *necesidades* de tales animales mediante la asunción de los *gastos destinados a la curación y al cuidado* de los mismos que devengan indispensables para garantizar su *salud física o psíquica* y, más especialmente, cuando sufran una *lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta* (*arg. ex* arts. 90.1 b) *bis*, 94 *bis*, 333 *bis* 3, 333 *bis* 4, 404 III, 611.3, 1346.1 y 1484.2 CC y 771.2 II y 774.4 LEC).

8. Los gastos de servicio doméstico

La atención de los asuntos domésticos tiene un coste de sustitución que se encuentra necesariamente incluido en las cargas matrimoniales en tanto que el *trabajo para la casa* es una forma de contribuir a su sostenimiento en los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 68, 103.3, 1413, 1438 y 1924.2 D) CC)[16]. Pero, en los demás, cumple exactamente la misma función en la medida en que la satisfacción del trabajo doméstico por cualquiera de los miembros de la familia se traduce en un enriquecimiento negativo para los propios consortes al hacer que de este modo disminuyan las cargas a cuyo levantamiento está sujeta la comunidad de bienes y, más especialmente, cuando la *actividad* invertida por ellos sea equiparable a los elementos que la componen, como ocurre en la sociedad de gananciales (*cfr.* arts. 1318 I, 1359 II, 1362.1 I, 1398.1 y 1438 CC)[17]. De hecho, aun en situaciones excepcionales, como la insolvencia de la comunidad de bienes, el coste del servicio doméstico constituye una carga del matrimonio a cuyo sostenimiento han de contribuir los consortes con su trabajo por aplicación de lo dispuesto para los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 1318 I, 1413 y 1438 CC, 134 LDCV, 1:84.1 y 1:85 BW; SAP de Madrid de 2 de octubre de 2001 [*JUR* 2002, 13989])[18]. Sin embargo, como los descendientes también han de contribuir a su levantamiento, se prevé una obligación paralela a la de los cónyuges a fin de hacerles *participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas* aun cuando se hallen emancipados, siempre y cuando todavía convivan en el domicilio familiar (*cfr.* arts. 155.2 CC, 9 *ter* 2 LOPJM, 66 CDFA, 236-22.1 CCCat y 45 c) LAFCG y §1619 BGB)[19]. Ello no obsta, en cualquier caso, a extenderla a

los tutelados y acogidos por los cónyuges, aunque los mismos carezcan de obligaciones en torno a su levantamiento (*cfr.* art. 9 *ter* 2 LOPJM).

El contenido del servicio doméstico se compone del conjunto de *trabajos familiares* coincidentes con *las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de descendientes y otras personas dependientes* junto con el *cuidado* de las mascotas que convivan con ellos y a los que la legislación laboral conoce como *servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas*, según matiza el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (*cfr.* arts. 68, 90.1 b) *bis*, 94 *bis*, 103.3 II, 333 *bis* 3, 404 III, 914 *bis* III CC, 84.1 LRCSCVM y 1.3 e) ET)[20]. Este regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar comprendiendo en el objeto de la misma tanto *el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar* como *otros trabajos tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos*, además de la mera *dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes* que la práctica de los tribunales ha considerado a estos efectos de conformidad con «el trabajo de ordenación y gestión de la economía doméstica y de la casa» al que originalmente aludió el proyecto de ley de 4 de octubre de 1978 (*cfr.* arts. 2.1 b) ET y 1438 CC; STS de 11 de diciembre de 2019 [*JUR* 2020, 1744])[21]. Pero lo que en modo alguno comprende el servicio doméstico es la colaboración realizada por cualquiera de los cónyuges en las actividades profesionales del consorte por mucho que la jurisprudencia lo equipare al *trabajo para la casa* en lo que a las cargas matrimoniales se refiere (*cfr.* SSTS de 13 de enero de 2022 [*JUR* 2022, 40052], 29 de septiembre de 2020 [*JUR* 2020, 295068] y de 26 de abril de 2017 [*RJ* 2017, 1720]). Y es que esta colaboración, aunque se realice eventualmente por parte del consorte, ahorra un gasto que no es carga del matrimonio sino del cónyuge que ejerza la profesión de que se trate[22].

9. Los gastos de litigación

Las cargas matrimoniales incluyen los gastos necesarios causados en los procesos de cualquier índole que uno de los cónyuges sostenga contra el otro sin mediar mala fe o temeridad, así como contra terceros, si redundan en provecho familiar, como se sigue de que entre ellas se declaren incluidas las *litis expensas* (*cfr.* arts. 103.3 I y 1318 CC)[23]. Estas habrían de consistir tanto en los *gastos*, entendiéndose por tales a los desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de los procesos correspondientes, como en las *costas*, al amparo de la distinción realizada por la ley rituaria (*cfr.* art. 241.1 LEC; STS de 25 de junio de 1946 [*ROJ* 373, 1946])[24]. En este sentido, *serán a cargo del caudal común y, faltando este, se sufragarán a*

costa de los bienes propios del otro cónyuge, como ocurriría en cualquier otro caso *cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes*, ya que en tales circunstancias habrán de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales en proporción a sus respectivos recursos económicos por aplicación de lo previsto para los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias, incluso bajo uno de comunidad de bienes (*cfr.* arts. 1318 III, 1413 y 1438 CC, 134 LDCV y 1:84.1 BW; SAP de Madrid de 2 de octubre de 2001 [*JUR* 2002, 13989])[25]. Para ello, será irrelevante tanto el orden jurisdiccional que conozca de tales procesos como la fase en la que los mismos se hallen, con independencia además de que los cónyuges intervengan en ellos como sujeto activo o pasivo, conforme a lo dicho por la jurisprudencia (SSTS de 8 de febrero de 1983 [*RJ* 1983, 866], de 25 de mayo de 1959 [*ROJ* 1341, 1959], de 9 de abril de 1954 [*ROJ* 1721, 1954], de 3 de julio de 1946 [*ROJ* 30, 1946], de 27 de marzo de 1914 [JC 1914, 136] y de 12 de noviembre de 1910 [JC 1910, 62]). Pero, a pesar de todo, si se quieren poner a cargo del consorte, en defecto de caudal común, será necesario que el interesado no haya logrado obtener el beneficio de justicia gratuita, y no ya por imperativo de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sino más bien de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (*cfr.* arts. 1318 III CC y 3.3 LAJG; STS de 2 de abril de 2012 [*RJ* 2012, 5271]).

10. Los gastos de transporte

Las necesidades que manifieste la familia en cuanto al transporte de sus miembros requieren ser observadas con la misma atención que exigen las relativas a la habitación. Y es que tanto la adquisición de vivienda como la de vehículos automóviles son operaciones de inversión ajenas a las cargas del matrimonio como corolario de que lo invertido en ellas no se vea necesariamente reflejado en la titularidad bajo un régimen de separación de bienes y de que, además, dispongan ambas de una naturaleza duradera capaz de revertir en provecho de los cónyuges en una proporción que no se corresponda con el valor de lo aportado por uno u otro a su sostenimiento tras producirse la extinción del mismo, sin perjuicio de que su respectivo coste sea susceptible de integrar las cargas de la sociedad de gananciales (*cfr.* art. 1362.2 CC). No obstante, si bien la adquisición de vehículos automóviles no es carga del matrimonio, sí lo es la renta del arrendamiento por el que los cónyuges adquieran su uso para la familia en tanto en cuanto no se ejercite la opción de compra que transforme a este contrato en el de *leasing* y, especialmente, considerando que el *combustible* es inembargable, como signo evidente de que el mismo atiende una necesidad familiar (*cfr.* arts. 606.1 LEC y 14 *in fine* RH). Por consiguiente, exceptuando la adquisición de vehículos automóviles como única salvedad, el contrato de

transporte queda comprendido en la potestad doméstica al igual que lo está el de arrendamiento tanto para el desplazamiento de los miembros de la familia como para el de las mascotas que en su caso convivan con ellos en el mismo domicilio (*cfr.* art. 1319 I CC).

11. Los gastos de costumbre

Las cargas matrimoniales absorben además las liberalidades realizadas en base al *uso del lugar* como corolario lógico de que en la partición de la herencia estén exentos de colación *los regalos de costumbre* (*cfr.* arts. 1041 I, 1319 I y 1362.1 I CC)[26]. Esta referencia a la costumbre carece sin embargo de todo valor normativo como fuente del ordenamiento jurídico en tanto que solo alude a la conformidad de tales regalos con respecto a los usos sociales de dondequiera que los cónyuges fijen su domicilio como lugar de residencia, en idéntico sentido a *la costumbre del pueblo* que subyace tras los *usos de la localidad* de los que se hacen depender los gastos funerarios (*cfr.* arts. 70, 902.1, 1894 II y 1924.2 B) CC). Estos regalos, ya obedezcan a aniversarios, a onomásticas o a otras razones —como los *de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos* a los que se hace mención a propósito de la colación—, no son realizados con absoluta libertad en cuanto son los usos los que los imponen en determinadas circunstancias y, por ende, aun siendo gratuitos, no son auténticas liberalidades, sino más bien el cumplimiento de deberes sociales cuya satisfacción económica representa una carga para el matrimonio (*cfr.* art. 1044 CC; SAP de Burgos de 3 de noviembre de 2006 [*JUR* 2007, 15032])[27]. Ello se desprende incluso de la validez de los actos de disposición realizados unilateralmente por cualquiera de los cónyuges sobre los gananciales para efectuar *liberalidades de uso*, como extensión de la potestad doméstica *ordinaria* (*cfr.* arts. 1319 I, 1375, 1378 y 1440 II CC). Por consiguiente, no solo *los regalos de costumbre*, sino todas las *liberalidades de uso*, serán cargas matrimoniales en la medida en la que las mismas redunden en provecho de la familia.

12. Los gastos de servicio funerario

La legislación catalana establece expresamente que *los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma*, siendo esta una auténtica rareza en el sentido de que la muerte impide al difunto incurrir en estado de necesidad (*cfr.* art. 237-1 CCCat)[28]. No obstante, sea como alimentos, sea de modo independiente, su satisfacción habría de pasar prioritariamente por lo dispuesto en la sucesión por causa de muerte en la

medida en que los gastos de *entierro o incineración, y de los demás servicios funerarios* están a cargo de la herencia y, por ende, solo son cargas del matrimonio cuando el caudal relicto no alcance a sufragarlos ni tampoco estén cubiertos de otra forma, como en principio se requiere a tales efectos (*cfr*. arts. 231-5.1 a), 231-6.1, 237-1, 411-1 y 461-19.1 CCCat y §§ 1615(2) y 1610(2) BGB)[29]. Pero esto es lo que se sigue, incluso, de nuestra legislación, en vista de que en ella se establece que los *sufragios* y *funerales* no serán sufragados por los que en vida hubieran tenido la obligación de alimentar al fallecido sino cuando no hubiese dejado el difunto un patrimonio lo bastante significativo para cubrirlos por completo, como una carga de la herencia y, solo en su defecto, del matrimonio (*cfr.* arts. 902.1, 903 I, 1894 II y 1924.2 B) CC)[30]. En todo caso, salvo cuando se costeen en vida mediante un seguro de sepelio como todo gasto de previsión, solo supondrán cargas matrimoniales los funerales de los descendientes, tutelados o acogidos de ambos cónyuges en la medida en que los de los propios consortes apenas serán constitutivos de cargas hereditarias o familiares como consecuencia lógica de que la muerte de cualquiera de ellos implique la disolución del matrimonio (*cfr.* arts. 85, 1362.1 I y 1924.2 B) CC)[31].

13. Los gastos de previsión

En la sociedad de gananciales se establece expresamente que son de su cargo los gastos originados por las *atenciones de previsión* entre las que se hallan los seguros contratados por cualquiera de los cónyuges con el objeto de atender las necesidades de la familia en el ejercicio de la potestad doméstica (*cfr.* arts. 1319 I, 1362.1 I, 1368 y 1440 II CC y 231-5.1 c) CCCat)[32]. Ello hace suponer que están incluidos en tales atenciones tanto los relativos a los bienes de uso familiar como los referentes a la propia persona de los cónyuges o de sus descendientes, tutelados o acogidos, ya sean de daños, de defensa jurídica, de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria o de deceso, sin perjuicio de los que procedan por las mascotas de unos u otros[33]. Pero además forman parte de las mismas los *contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos* como el de alimentos, en vista de que no solo las necesidades presentes sino también las futuras constituyen cargas del matrimonio (*arg. ex* arts. 148 III, 287.9, 1318 II y 1319 I CC). Y al mismo tiempo están comprendidos en ellas los planes de ahorro concertados en favor de los descendientes menores de edad o con discapacitad en la medida en que los de jubilación, de invalidez o de muerte, así como cualesquiera otros en los que un solo cónyuge reúna la condición de beneficiario con respecto a las pensiones, están necesariamente excluidos de las cargas matrimoniales para los regímenes de estricta separación de bienes (*cfr.* art. 1437 CC)[34].

III. DIMENSIÓN CUANTITATIVA

En segundo lugar, desde una perspectiva cuantitativa, comoquiera que el concepto de alimentos constituye la fuente principal de la que se nutren las cargas matrimoniales, es de todo punto lógico que en la mayoría de las ocasiones se reduzcan estas a *las necesidades ordinarias de la familia* fundada sobre el matrimonio (*cfr.* arts. 1319 I y 1440 II CC). Pero la vida en común hace que en algunos casos surja para la misma una serie de partidas que los cónyuges se ven obligados a sufragar conjuntamente por encima de lo ordinario en cuanto exceden de lo *corriente* o dejan de ser *moderadas* (*cfr.* arts. 1263 y 1371 CC). Unas veces, en virtud de convenio, exceptuando las operaciones de inversión conforme a las cuales quedan excluidos de las cargas matrimoniales tanto los costes de adquisición de *objetos artísticos* o *históricos* como *cuadros*, *esculturas*, *porcelanas* o *libros*, y de cualesquiera *otros objetos preciosos* tales como *alhajas* e *inmuebles* (*cfr.* arts. 352, 1321 II, 1346.7 y 1406.1 CC y 54 I LHM), así como los de *establecimientos mercantiles o industriales* y de *valores mobiliarios* (*arg. ex* arts. 166, 247 I, 248, 285 IV, 287.2, 352 y 1389 II CC), y otras veces, simplemente, de conformidad con su naturaleza imprevisible o inevitable (*cfr.* arts. 1041 I y 1386 CC)[35]. Por tanto, en defecto de convenio, y de cualquier circunstancia imprevisible o inevitable, serán *las necesidades ordinarias de la familia* las que compongan las cargas del matrimonio, según se sigue incluso de que sean las unas y no las otras las que se tomen como punto de partida en el régimen económico-matrimonial (*cfr.* arts. 1319, 1362.1 II, 1365.1 y 1440 II CC).

1. Los gastos ordinarios

El contenido de las cargas matrimoniales toma como punto de partida los gastos de sustento, vestido, vivienda, menaje, educación, asistencia médica y veterinaria, servicio funerario y doméstico, litigación, transporte, costumbre y previsión en tanto en cuanto atiendan necesidades *ordinarias* de la familia. Y son ordinarios, aparentemente, todos los exigidos por la *vida corriente*, como se sigue de que el propio menor no emancipado ni habilitado de edad sea capaz para contratar por sí mismo dentro de esta concreta esfera de actuación sin precisar de intervención alguna por parte de sus representantes legales (*cfr.* arts. 1263 y 1319 I CC); pero no así los de *administración ordinaria* que cualquiera de los miembros de la familia lleve a cabo sobre su patrimonio por mucho que constituyan cargas de la sociedad de gananciales como corolario de que todos los frutos devengan gananciales bajo este régimen económico del matrimonio, y ello por tratarse de una singularidad de imposible exportación hacia un régimen de separación de bienes

en sentido estricto (*cfr.* arts. 1347.2, 1362.3, 1365.2, 1381, 1382 y 1394 CC)[36]. Pese a todo, si existe alguna evidencia a este respecto, es la de que el *ajuar familiar* se presume adquirido como ordinario al verse compuesto por cosas de valor no extraordinario, como cabe decir también respecto de los gastos consistentes en *regalos de costumbre* en cuanto están exentos de colación en la partición de la herencia (*cfr.* arts. 1041 I y 1321 CC). Para todo lo demás habrá que valorar la respectiva conformidad o disconformidad del gasto en relación con el *uso del lugar* y con las *circunstancias de la familia* o con la *calidad de la persona* y con los *usos de la localidad* (*cfr.* arts. 1319 I, 1362.1 I, 1894 II y 1924.2 B) CC).

El *uso del lugar*, así como los *de la localidad*, si se prefieren, no son sino el reflejo de la realidad social en la que se desenvuelven los consortes para la atención de las necesidades ordinarias de la familia y, en este sentido, consecuentemente, carece de la fuerza normativa de la que sin embargo dispone la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico, siendo procedente interpretar que en realidad constituyen meros estándares de conducta que indican el comportamiento que a estos efectos ha de respetar el matrimonio al mismo tiempo en que limitan su actuación de acuerdo con lo que allí resulte habitual (*cfr.* art. 1.3 CC)[37]. Estos se traducen, a menudo, en paradigmas tales como el del buen padre de familia, con arreglo a cuya diligencia estará obligado a actuar en el ejercicio de la potestad doméstica en tanto que ha de hacerlo siempre *en interés de la familia*, al igual que lo haría a favor de terceros como gestor de negocios ajenos (*cfr.* arts. 67, 1319 I, 1439, 1719 II y 1889 I CC)[38]. Y es que el de las cargas matrimoniales constituye un concepto mucho más sociológico que jurídico en el que son los *usos sociales* —especialmente visibles en relación con los contratos que a este respecto celebren los descendientes, tutelados o acogidos de los cónyuges mientras no se emancipen ni obtengan el beneficio de la mayor edad— los que definen su contenido, en vez de haberse procedido en vía parlamentaria a realizar una relación de gastos cuya concepción como tales fuera susceptible de experimentar transformaciones con el paso del tiempo en una sociedad tan cambiante como a la que hoy en día asistimos (*cfr.* arts. 1263 y 1319 CC).

Las *circunstancias de la familia* no son más que una referencia elegante al nivel de vida que rehúye cualquier distinción entre clases sociales como la que invita a realizar la *calidad de la persona* a la que sin embargo se remiten los gastos funerarios[39]. Este nivel de vida lo conoceríamos en todo caso a través del equilibrio necesario entre las *necesidades* de la familia y sus respectivos *medios* económicos, como en la obligación legal de alimentos que sus miembros tendrían entre sí en muy diversas situaciones —motivo por el cual cabría servirse de lo que sea *ordinario* o *extraordinario* en esta sede para trasladarlo o excluirlo de las cargas matrimoniales—, según resulta a

su vez de la proporcionalidad a los *recursos* y *posibilidades* económicos de los propios cónyuges y de sus hijos que habría de valorarse a estos mismos efectos bajo los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 145 III, 146, 147, 152, 155.2, 1413 y 1438 CC). Pero este criterio operará también en los regímenes de comunidad de bienes respecto del patrimonio legalmente sujeto al levantamiento de las cargas matrimoniales e, incluso, en defecto del mismo, si es que llegara a quedarse sin activos, ya que en tales circunstancias se apreciaría una identidad de razón suficiente para proceder a la integración analógica mediante la aplicación de lo previsto en los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 4.1, 1413 y 1438 CC, 134 LDCV y 1:84.1 BW; SAP de Madrid de 2 de octubre de 2001 [*JUR* 2002, 13989])[40]. Sin embargo, a pesar de cuanto se ha dicho, y en lo que respecta a los gastos funerarios, cuando con carácter previo al óbito hubiese cesado la convivencia por emancipación o dispensa de edad respecto de los cónyuges que hubieran sido progenitores o cotutores del fallecido no coincidirá la *calidad de la persona* con las *circunstancias de la familia* por haber concluido la unidad entre ellos (*cfr.* arts. 68, 154.1, 169.2, 229 III, 247 III, 1894 II y 1903 III CC).

2. Los gastos extraordinarios

La comunidad de vida inherente al matrimonio conduce muchas veces a asumir ciertos gastos con abstracción de su conformidad o disconformidad respecto del *uso del lugar* y de las *circunstancias de la familia* o de la *calidad de la persona* y de los *usos de la localidad*. Estos no serán ya ordinarios, ni corrientes, ni moderados, sino extraordinarios, y tampoco constituirán cargas matrimoniales salvo cuando no hubieran podido preverse o, aun habiéndose previsto, fueran, sin embargo, inevitables, como los ocasionados por operaciones de cirugía reparadora o tratamientos bucodentales, psicológicos, fisioterapéuticos o rehabilitadores y los de adquisición de medicamentos, prótesis, andadores, corsés, sillas de ruedas o aparatos de óptica o logopedia, como cualesquiera otros relativos a la asistencia médica (*cfr.* ley 80 I FNN)[41]. Muestra de ello es que para sufragar *gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios*, valga el consentimiento de un solo cónyuge, como una excepción al principio de codisposición que amplía el poder unilateral de disposición que indistintamente corresponde a cada consorte en el ejercicio de la potestad doméstica *ordinaria* durante la vigencia de la sociedad de gananciales (*cfr.* arts. 1319 I, 1362.1, 1375, 1386 y 1440 II CC y ley 80 III FNN)[42]. Pero, a mayor abundamiento, si es que tal cosa no supusiera una evidencia lo bastante convincente, resulta además que las cantidades invertidas tanto para la *curación de enfermedades, aunque*

sean extraordinarias, como para *cubrir las necesidades especiales* derivadas de una situación de discapacidad, están exentas de colación en la partición de la herencia (*cfr*. art. 1041 CC)[43]. En todo caso, cuando estos gastos sean satisfechos por un solo cónyuge para evitar en consecuencia *algún perjuicio inminente y manifiesto* a cualquier otro miembro de la familia, surge la obligación de reintegrárselos con cargo a la sociedad de gananciales o en tanto en cuanto excedan de su contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales bajo un régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 67, 68, 110, 111 *in fine*, 154.1, 173.1, 228.1, 1319 III, 1364, 1413, 1438 y 1893 II CC y 20 *bis* 2 a) LOPJM).

Pero estas extraordinarias circunstancias son igualmente susceptibles de producirse en relación con el cuidado de los animales que convivan con la familia cuando la imprevisibilidad o inevitabilidad de las mismas represente una amenaza para su bienestar, conforme a las características de la especie de que se trate (*cfr.* art. 333 *bis* 2 CC). Dicha condición se cumpliría sin lugar a dudas en el caso de la *enfermedad contagiosa* que hiciera perecer total o parcialmente el ganado en el usufructo de rebaño (*cfr.* art. 499 II CC). Esta situación determina la extinción o la modificación cuantitativa del objeto del derecho sin obligación alguna de reemplazar las cabezas perdidas por parte del usufructuario, siempre y cuando no le sea imputable y, por tanto, como si en otras circunstancias tuviese el deber de impedirlo para lograr su conservación (*cfr.* arts. 467, 497, 499, 500, 501, 513.5, 514 y 1105 CC). De ello se sigue que semejante enfermedad constituye también un *acontecimiento no común* cuya imprevisibilidad o inevitabilidad posibilita la inclusión de la asistencia veterinaria que requiera su curación en las cargas matrimoniales aun cuando sea extraordinaria, al igual que sucede para con la asistencia médica de la propia familia (*cfr.* arts. 499 II y 1484 II CC). No obstante, cuando son satisfechos por uno solo de los cónyuges en situación de urgencia, surge asimismo la obligación de reintegrárselos como corresponda de conformidad con su régimen económico-matrimonial (*cfr.* arts. 333 *bis*, 499, 502 II, 1319 III, 1386 y 1893 II CC).

Sin embargo, más allá de lo médico o veterinario, como ejemplo más evidente, existe también la posibilidad de que surjan gastos extraordinarios tanto necesarios como urgentes cuando uno solo de los cónyuges ponga su vivienda a disposición de la familia para así cumplir con su deber respecto del levantamiento de las cargas matrimoniales en lo atinente a los gastos de habitación (*cfr.* arts. 103.5 CC, 231-6.1 CCCat y 187.1 CDFA y ley 80 II FNN)[44]. Porque, si bien son cargas matrimoniales *las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda*, así como *las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas*, nada obsta a calificar también como tales *todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad*

para servir al uso familiar, en cuanto se traducen en gastos extraordinarios que reunirían la condición de imprevisibles o de inevitables (*cfr.* arts. 500, 527 y 528 CC y 21.1 y 21.4 LAU). Ello se extrae además de que el valor de los deterioros producidos en el patrimonio privativo a causa de su uso en beneficio de la sociedad de gananciales sea objeto de inventario como pasivo de la misma, al tiempo de liquidarla, sin distinción entre ordinario y extraordinario, a pesar de que en otras circunstancias fueran de cargo exclusivo del cónyuge propietario por haber sido este el único responsable de su uso (*cfr.* arts. 348 I y 1398.2 II CC). Y es en este provecho común donde reside el fundamento para calificarlo como carga del matrimonio con independencia de toda titularidad (*cfr.* SAP de Alicante de 2 de abril de 2009 [*JUR* 2009, 372500]).

También han de ser imprevisibles o inevitables *los gastos necesarios causados en litigios* que uno de los cónyuges sostenga contra el otro sin mediar mala fe o temeridad por su parte o contra terceros, si es que en este caso redundan en provecho familiar, ya que solo así se entendería que en las cargas matrimoniales estén *incluidas* las *litis expensas*, al tratarse de gastos extraordinarios cuantitativamente hablando (*cfr.* arts. 103.3 I y 1318 III CC)[45]. De hecho, como su imposición sobre el caudal común y, en su defecto, sobre el consorte, no procede sino *cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes* para afrontarlos, su inclusión en las cargas matrimoniales se antoja un tanto confusa y, especialmente, en vista de que la jurisprudencia ha venido desestimando el abono de *litis expensas* en el caso contrario (*cfr.* art. 1318 III CC; SSTS de 28 de abril de 1956 [*ROJ* 277, 1956], de 27 de mayo de 1955 [*ROJ* 21, 1955], de 12 de abril de 1929 [*ROJ* 187, 1929], de 10 de enero de 1925 [*ROJ* 945, 1925] y de 11 de diciembre de 1916 [*ROJ* 1204, 1916]). Y es que ni siquiera resulta lo bastante convincente que *el provecho de la familia* sea capaz de justificar la inclusión de los gastos y costas en las cargas matrimoniales en la medida en que la indeterminación de este concepto jurídico es de tal magnitud que, si no todos, casi todos los procesos, redundarán de algún modo en el mismo (*cfr.* art. 1318 III CC)[46]. Pero conviene recordar en última instancia que tampoco subsisten hoy en día las condiciones que antaño justificaron el abono de las *litis expensas* en atención a las transformaciones que han venido produciéndose con respecto a la igualdad por razón de género (*cfr.* art. 14 CE)[47]. Por todo ello, de no ser por el tenor literal de la ley, a propósito de las crisis matrimoniales, estos gastos no constituirían más que una mera provisión que el cónyuge acreedor hubiese de reintegrar a su consorte cuando viniera a mejor fortuna (*cfr.* arts. 103.3 I y 1158 III CC)[48].

Yendo más allá de la frontera marcada por la imprevisibilidad o inevitabilidad de las partidas de gasto que eventualmente cupiere calificar de extraordinarias será en todo caso indispensable el consenso de los cónyuges

para incluirlas en las cargas matrimoniales. Estos disponen de absoluta libertad para modificar a su voluntad el contenido de las mismas, pero siempre por encima de lo ordinario y nunca por debajo, como resulta de la irrenunciabilidad de los alimentos de que se nutren, y de su deber de actuar en interés de la familia (*cfr.* arts. 67 y 151 I CC)[49]. Para tal fin baste señalar que pueden celebrar entre sí toda clase de *contratos* y que, si en su lugar, optan por las *capitulaciones matrimoniales*, el régimen económico de su matrimonio no será sino estipulado en ellas sin perjuicio de cuanto conviniesen a su vez por razón del mismo, como sería el caso (*cfr.* arts. 6.2, 9.3, 1255, 1315, 1323, 1325, 1413 y 1438 CC). Por tanto, salvo cuando lo hagan en *escritura pública* de capitulaciones matrimoniales, el resto de negocios jurídicos serán válidos *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado* por los cónyuges (*cfr.* arts. 1278, 1280.3 y 1327 CC y 60.2 LRC). Pero, como mínimo, sea esta verbal o escrita, será necesario que tal voluntad se declare expresamente, en vista de que lo contrario les conduciría a asumir todo gasto extraordinario como carga matrimonial sin posibilidad de actuar después el uno contra el otro en vía de regreso (*cfr.* art. 1319 III CC)[50].

Los cónyuges, cumpliendo este requisito, así como las oportunas solemnidades, son libres de ampliar las cargas de su matrimonio para incluir en ellas gastos tales como los que excedan de operaciones de cirugía reparadora por obedecer más bien a fines estéticos[51]. Estos son colacionables a los efectos de la partición de la herencia en la medida en que no tienen por objetivo la *curación de enfermedades* que, sin embargo, se dispensa expresamente de tal cosa por no constituir una auténtica liberalidad (*cfr.* arts. 1041 I y 1386 CC)[52]. Pero, a pesar de ello, cuanto sea o no objeto de colación hoy en día no deja de responder al resultado de la labor realizada por nuestros codificadores civiles en unos tiempos en los que la cirugía estética contemporánea apenas podía formar parte de la ciencia ficción[53]. Y es que a través de las operaciones de cirugía estética se satisface en muchas ocasiones una necesidad para el miembro de la familia que decida someterse a ella en la medida en que una mejora de la imagen es capaz de revertir sensiblemente en su *integridad moral* (*cfr.* art. 15 CE)[54]. Por lo tanto, no siendo imprevisibles o inevitables, no serán cargas matrimoniales por defecto, sin perjuicio de que sus costes se conciban como tales junto con los ocasionados por operaciones de cirugía reparadora en base al convenio que los cónyuges celebren con este propósito.

Las cargas matrimoniales comprenderán asimismo los costes de adquisición de las *ropas y objetos de uso personal* de extraordinario valor cuando así se convenga por parte de los cónyuges con arreglo al interés de la familia (*cfr.* arts. 1346.7 y 1406.1 CC y 606.1 LEC). Para ello será indispensable que no se adquieran en virtud de los *regalos de costumbre* que los miembros de la misma se realicen puntual o periódicamente entre sí con motivo de

aniversarios, onomásticas u otras razones que los hagan ordinarios y, por ende, cargas matrimoniales, no por convenio, sino conforme al mero *uso del lugar* (*cfr.* arts. 1041 I, 1319 I y 1362.1 I CC). Pero el objeto de tales adquisiciones tampoco podrá constituir operaciones de inversión, como ocurriría en relación con las *alhajas u otros objetos preciosos* aun cuando unas y otros resulten *de uso personal* de cualquiera de los miembros de la familia, al estar en todo caso excluidas de las cargas matrimoniales (*arg. ex* arts. 166, 285 IV, 287.2, 352, 1321 II y 1389 II CC)[55]. El hecho de que los mismos sean *de uso personal* únicamente sirve para justificar su atribución preferente en la partición de la comunidad postganancial en tanto que ni siquiera constituyen auténticas cargas matrimoniales, sino solo cargas de la sociedad de gananciales, incluso bajo este régimen económico del matrimonio (*cfr.* arts. 1346.7, 1347.3, 1362.2 y 1406.1 CC).

Los gastos de educación e instrucción de los descendientes, tutelados o acogidos de ambos cónyuges necesitarán también del convenio de los mismos para justificar su inclusión entre las cargas matrimoniales cuando excedan de lo ordinario conforme a las circunstancias de la familia de la que forman parte (*cfr.* art. 1319 I y 1362.1 I CC). En la sucesión por causa de muerte se observa claramente esta distinción en cuanto se excluyen de colación los meros *gastos de educación y aprendizaje* —incluyéndose en ellos todos los costes derivados de la educación infantil, primaria y secundaria, ya sea esta obligatoria o postobligatoria—, pero no los que se hubiesen satisfecho para proporcionar una *carrera profesional o artística* —o como educación superior, si se quiere—, en vista de que estos últimos son colacionables en tanto no dañen la legítima ni sean dispensados en testamento (*cfr.* arts. 807.1, 1036, 1041 I y 1042 CC)[56]. Esto revela que la educación y el aprendizaje son sufragados en virtud de un deber jurídico como es el de subvenir al sostenimiento de las cargas matrimoniales mientras que la carrera solo forma parte de ellas cuando la formación no hubiese concluido por causa no imputable, ya que en otro caso son constitutivas de una liberalidad que tan solo accedería a las mismas mediante el convenio de los cónyuges (*cfr.* arts. 142 II, 143.2, 1041 I, 1042 y 1362.1 CC)[57]. Ello no alcanza, sin embargo, a la carrera profesional o artística de los propios cónyuges, pues tal cosa equivaldría a una operación de inversión con todo lo que ello conlleva en torno a la exclusión de sus costes de entre las cargas matrimoniales con independencia de cualquier convenio que eventualmente celebren al respecto (*cfr.* arts. 46.1, 75, 142 II y 143.1 CC).

También necesitará del correspondiente convenio de los cónyuges la inclusión en las cargas matrimoniales de los gastos de habitación que atiendan a fines recreativos, como hacen los que se deriven en concepto de renta por el arrendamiento celebrado por *temporada, sea esta de verano o cualquier otra*, en vista de lo que ha de reputarse uso distinto del de vivienda conforme a

la legislación arrendaticia y de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (*cfr.* arts. 142 I y 1791 CC, 3.2 LAU y 23.6 LATBUT). Pero esta misma distinción se extiende incluso sobre el arrendamiento que se celebre para proporcionar una *segunda residencia* en la medida en que no constituye un gasto dirigido a la satisfacción de *la necesidad de vivienda permanente* de la familia (*cfr.* arts. 523 II CC y 2.1 LAU)[58]. Sin embargo, su inclusión en las cargas matrimoniales no depende solamente del convenio de los cónyuges sino de que además procedan de arrendamiento y no de adquisición, en cuyo caso estarían igualmente excluidas de las mismas como toda operación de inversión[59]. Pese a todo, si bien es lógico reparar en los inmuebles sobre los que se constituyan las segundas residencias o las residencias de temporada que eventualmente se tomen en arriendo, no es menos apropiado hacerlo en relación con los muebles que, como las embarcaciones, caravanas o autocaravanas, sean capaces de cumplir idéntica finalidad (*cfr.* arts. 335 y 1543 CC).

Igualmente, como objeto de convenio, si se desea incluirlos en las cargas matrimoniales junto con el resto de partidas que en cada caso las integren, cabe reparar además en los gastos de previsión que eventualmente devengan extraordinarios para los cónyuges. Podría creerse que tales desembolsos son los únicos que requieren del convenio de los cónyuges a estos efectos en base a la mera literalidad de la ley, en vista de cuanto se dice de ellos. Y es que en la sociedad de gananciales serán de cargo de la misma *el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia* cuando en su lugar debió emplearse el masculino *acomodados* para condicionar todas y cada una de estas partidas a los usos y a las circunstancias de la familia, no solo *las atenciones de previsión* (*cfr.* art. 1362.1 I CC)[60]. Semejante incongruencia conduciría a concluir que los gastos de sustento y de educación constituyen cargas matrimoniales aun siendo extraordinarios mientras que los de previsión precisan para ello del correspondiente convenio de los cónyuges, una vez superen lo ordinario; pero, si fuéramos más allá de esta sede y, concretamente, a la de la potestad doméstica, seríamos capaces de alcanzar la conclusión contraria a partir de una interpretación sistemática en la medida en que allí se condicionan todas las necesidades de la familia a los usos del lugar y a las circunstancias de la misma, incluidas las atenciones de previsión (*cfr.* arts. 1319 I, 1362.1 I y 1440 II CC)[61]. Por todo ello, en cuanto a los gastos de previsión se refiere, *cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria* necesitarán también del convenio de los cónyuges, como todos los demás en tales circunstancias (*arg. ex* arts. 224, 229 III, 287.9 y 1362.1 I CC).

Por último, serán extraordinarias, conforme al *uso del lugar*, cuantas liberalidades se lleven a cabo sobrepasando lo que se tenga por *corriente*

en una determinada sociedad, así como lo serán también las que siendo acordes a los usos sociales resulten excesivas conforme a las *circunstancias de la familia* (*cfr.* arts. 1041 I, 1263, 1319 I, 1362.1 I y 1378 CC)[62]. Esto es lo que acontece respecto de *los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos* que excedan de *los regalos de costumbre* de los que forman parte —como se extrae de que tales *equipos* siguieran distinta suerte al *equipo ordinario* hasta fechas muy recientes y de su estrecha e histórica vinculación a *la dote*, con todo lo que ello conlleva—, ya que a partir de ese límite dejan de ser meras *liberalidades de uso* para constituir auténticas donaciones colacionables en la partición de la herencia sin posibilidad de calificarlas como cargas del matrimonio (*cfr.* arts. 1035, 1041 I, 1044, 1046, 1319 I, 1362.1 I y 1378 CC)[63]. Ello supone que los gastos de costumbre solo reúnen tal condición mientras guarden conformidad para con el uso del lugar y las circunstancias de la familia o, siendo extraordinarios con arreglo a ambos criterios, sean voluntariamente incluidos en las cargas matrimoniales, aunque lo más coherente sería desde luego que el convenio celebrado estuviese acompañado de una dispensa de colación en cuanto a la partición de la herencia se refiere (*cfr.* art. 1036 CC).

IV. DIMENSIÓN SUBJETIVA

En tercer lugar, desde una perspectiva subjetiva, constituyen cargas matrimoniales las partidas de gasto que ocasionen los miembros de la familia fundada sobre el matrimonio *aunque esta se aumente* a través de la filiación, tutela o acogimiento (*cfr.* art. 524 CC). Pues son *familia*, como mínimo, cada uno de los cónyuges con respecto al otro, siempre y cuando estos no tuvieran descendencia al tiempo de contraer matrimonio y sin perjuicio de la que tengan en un momento posterior (*cfr.* arts. 108, 119 I, 175.4, 1319 I, 1362.1 y 1368 CC). Pero también es posible que los consortes sean nombrados cotutores de menores no emancipados ni habilitados de edad o devengan acogedores de los mismos con independencia de que sus respectivos progenitores o tutores conserven o sean privados de la patria potestad o de la tutela mientras ejerzan el cargo (*cfr.* arts. 172, 172 *bis*, 172 *ter*, 218.1, 218.3 y 219 CC). En consecuencia, más allá de los propios cónyuges, como fundadores de la familia, el convenio que prevea la inclusión de un gasto extraordinario no imprevisible o inevitable en las cargas matrimoniales requerirá la aceptación de los descendientes o tutelados comunes a ambos cuando los mismos resulten igualmente obligados a contribuir a su sostenimiento, y no solo porque la patria potestad y la tutela hayan de ejercerse en su interés y beneficio, sino por aplicación del principio de relatividad (*cfr.* arts. 67, 154 II, 172.1 III, 200 I, 227 I y 1257 CC).

1. Los gastos de los cónyuges

La celebración del matrimonio origina un entramado de derechos y deberes como consecuencia de la adquisición de un nuevo estado civil entre los contrayentes. Desde ese mismo momento quedan ambos obligados a ayudarse y/o socorrerse mutuamente en situaciones tales como las cubiertas por la prestación de alimentos bajo la posibilidad de incurrir incluso en causas de desheredación y de revocación de las donaciones realizadas por razón del matrimonio en caso de incumplimiento, sin perjuicio de la responsabilidad penal que a su vez derive de sus actos u omisiones (*cfr.* arts. 67, 68, 855.1, 855.3 y 1343 III CC). Pero este deber de alimentos se ve absorbido sin embargo por todo cuanto atañe al levantamiento de las cargas matrimoniales constante matrimonio, siendo lógica consecuencia de todo ello que los gastos de los propios cónyuges formen parte inexcusable de su contenido, sea porque así lo exijan el uso del lugar y las circunstancias de la familia, sea en base a su condición de imprevisibles o inevitables o como resultado de un convenio celebrado entre ambos, según el caso (STS de 25 de noviembre de 1985 [*RJ* 1985, 5908] y SAP de Granada de 7 de febrero de 1992 [*AC* 1992, 280])[64]. Y, si resulta que el matrimonio se contrajo con mala fe por parte de uno de los cónyuges, el de buena fe no tiene siquiera obligación de restituirle cuanto hubiera contribuido previamente a estos efectos, como excepción a la retroactividad inherente a la nulidad (*cfr.* art. 79 I CC)[65].

2. Los gastos de los hijos

La inclusión de los gastos de los hijos en las cargas del matrimonio no es sino una consecuencia necesaria de la filiación cuando la misma es matrimonial (*cfr.* art. 108 I CC). Pues es esta la de los *hijos comunes* cuya alimentación, educación, regalos, sufragios y funerales constituyen cargas matrimoniales con ocasión de los alimentos que sus progenitores o adoptantes han de proporcionarles por ministerio de la ley, ya tenga lugar por naturaleza, ya por adopción (*cfr.* arts. 108, 110, 111 *in fine*, 175.4, 902.1, 903 I, 1041, 1362.1 I y 1894 II CC). Y no es, siquiera, una consecuencia de la patria potestad de que los cónyuges sean titulares en cuanto estos tienen idéntica obligación para con ellos cuando son privados de la misma, sin perjuicio de que tenga distinto cauce en función del caso (*cfr.* art. 111 *in fine* CC). Forman parte, así, de las cargas matrimoniales, en base al deber que los mismos tienen de *alimentarlos* cuando los hijos se hallan bajo su patria potestad; pero, una vez emancipados, solo están comprendidos en ellas en concepto de *alimentos* mientras convivan en su domicilio, como

necesariamente hacen los demás conforme a la facultad que asiste a sus progenitores o adoptantes de tenerlos en su compañía (*cfr.* arts. 82.1 II, 93 II, 154.1, 172 *ter* 4, 1894 II y 1924.2 B) CC)[66]. Porque la convivencia constituye, al fin y al cabo, el elemento más importante a tener el cuenta para la concepción de los gastos de los hijos como cargas matrimoniales, con independencia de que la filiación sea o no matrimonial (*cfr.* arts. 108 I, 155.2, 1042 y 1362.1 II CC)[67].

La filiación no matrimonial es susceptible de conversión en matrimonial cuando los progenitores o adoptantes contraen matrimonio entre sí o se lleva a cabo la adopción sucesiva de los hijos naturales o adoptivos de un solo cónyuge por parte de su consorte, si es que estuviera ya determinada con respecto a ambos contrayentes o la adopción finalmente se produce constante matrimonio, una vez contraído (*cfr.* arts. 108, 119 I y 175.4 CC). En caso contrario corresponde necesariamente a los *hijos no comunes* cuya alimentación y educación corre a cargo de la sociedad de gananciales mientras convivan en el domicilio familiar junto con el cónyuge no progenitor ni adoptante, como cargas matrimoniales (*cfr.* arts. 1362.1 II CC y 231-5.2 CCCat). Y podría creerse que los gastos ocasionados por ellos no son tal cosa sino solamente cargas de los regímenes de comunidad de bienes porque los medios conforme a los cuales se fijasen los alimentos debidos a los mismos por el cónyuge progenitor o adoptante devendrían comunes durante su vigencia en una medida muy significativa (*cfr.* arts. 1346-1361 CC)[68]. Pero, si bien es cierto que semejante confusión no tiene lugar fuera de los regímenes de comunidad de bienes por la separación de patrimonios que subyace tras los de separación de bienes o de participación en las ganancias, no lo es menos que los alimentos podrían fijarse en base a *la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal* (*cfr.* arts. 1373 I CC y 1393 *in fine* CC). Y es que tales gastos han de formar parte de las cargas matrimoniales cuando los hijos no comunes *convivan en el hogar familiar* por la sencilla razón de que también contribuyen al levantamiento de las cargas de la familia *mientras conviven con ella,* sin importar el hecho de que los mismos estén emancipados o todavía sujetos a la patria potestad del cónyuge progenitor o adoptante (*cfr.* arts. 155.2 y 1362.1 II CC, 134.1 LDCV y 231-1.2, 231-5.2 y 231-6.2 CCCat)[69].

3. Los gastos de los nietos

Los nietos ocupan el lugar de los hijos cuando los abuelos asumen la tutela de los mismos como consecuencia de la obligación de alimentos que media entre ascendientes y descendientes por razón de parentesco (*cfr.* arts. 103.1 II, 143.2, 213, 218.1 y 218.3 CC). Este hace que, en muchas ocasiones, su deber no solo consista en procurarlos —como en principio corresponde a cuales-

quiera otros tutores por razón del cargo—, sino en prestarlos, aun cuando no se establezca que los abuelos hagan suyos los frutos de los bienes de los nietos a cambio de ello en calidad de frutos por alimentos (*cfr.* arts. 172 *ter* 4, 228.1, 229 III y 1894 I CC). En estas circunstancias, así como en el ejercicio de un derecho de visita, sus gastos constituirán cargas matrimoniales para los abuelos en idénticos términos a los de los hijos con independencia de que los nietos sean o no comunes a ambos e, incluso, tras la mayoría de edad o concesión del beneficio de la mayor edad, a partir de lo cual tan solo lo serán cuando convivan con ellos (*cfr.* arts. 90.1 b), 90.2 III, 94 VI, 160.2, 161 y 1362.1 CC). Por este motivo, están también exentos de colación en la partición de la herencia cuando les suceden, tanto por derecho propio, como por derecho de representación; sin perjuicio de que lo dicho resulte igualmente extensible a otros ascendientes como los bisabuelos, a los que se hace mención en la sucesión intestada (*cfr.* arts. 938 II, 1038 II y 1041 CC)[70].

4. Los gastos de los tutelados

El ejercicio de las funciones tutelares corresponde a un solo tutor salvo cuando los progenitores o adoptantes del tutelado hubiesen designado a más de uno en testamento o en documento público notarial o así lo aconsejen las circunstancias, ya sea porque convenga separar el tutor de la persona del tutor de los bienes, ya porque se crea oportuno nombrar cotutor a su consorte cuando el tutelado sea sobrino suyo, condiciones todas ellas que son susceptibles de concentrarse en un matrimonio (*cfr.* arts. 213, 214, 218 y 219 CC). En tales casos los tutelados son comunes a ambos cónyuges y tanto el uno como el otro asumen el deber de procurarles alimentos junto con una formación integral mediante el ejercicio de las acciones correspondientes contra los auténticos obligados a proporcionárselos, siempre y cuando no sean ellos mismos en base a su relación de parentesco o en concepto de frutos por alimentos (*cfr.* arts. 143.2, 172 *ter* 4, 213.2, 228.1, 228.2, 229 III y 1894 I CC)[71]. Ello supone la inclusión de sus gastos en las cargas matrimoniales al igual que sucede con respecto a los hijos comunes y, más aún, si *habitan en su compañía*, como es de esperar que suceda, en vista de que *se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia* de los tutores mientras dura la tutela (*cfr.* arts. 154.1, 155.2, 213 *in fine* y 1903 III CC).

5. Los gastos de los acogidos

La asunción tanto de la tutela como de la guarda de menores por las administraciones públicas es susceptible de conversión en acogimiento familiar

cuando la familia acogedora resulte adecuada en razón de la vinculación de los mismos para con ella, ya sea su propia familia extensa o una ajena (*cfr.* arts. 172 *ter* 1 y 173 *bis* 1 CC y 20.1 I, 20.2 y 20.3 c) LOPJM). Esta situación lleva aparejada la plena participación de los menores en la vida de familia e impone a los acogedores las obligaciones de velar por su bienestar e interés superior, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral sin perjuicio de la prestación de los apoyos que requieran las necesidades especiales que manifiesten a causa de una discapacidad cuando el acogimiento familiar sea, además, especializado (*cfr.* arts. 173.1 CC y 20.3 d) 3, 20.3 f), 20 *bis* 1 l), 20 *bis* 2 a), 20 *bis* 2 c) y 20 *bis* 2 l) LOPJM). Por lo tanto, si la familia acogedora es un matrimonio, sus gastos de *manutención*, de *educación* y de *atención socio-sanitaria* forman parte de las cargas del mismo de conformidad con el hecho de que los acogedores tengan tantas obligaciones respecto de los acogidos como las que legalmente se establecen para los titulares de la patria potestad (*cfr.* arts. 154, 1041, 1362.1 I, 1894 II y 1924.2 B) CC y 20.3 d) 3, 20.3 f), 20 *bis* 1 l) y 20 *bis* 2 l) LOPJM)[72].

6. Los gastos de las mascotas

Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad que están unidos a la familia con la que conviven en base a vínculos afectivos con independencia de que su naturaleza sea distinta a la de sus miembros, como personas (*cfr.* arts. 333 *bis* 1 CC y 13 TFUE). Pero son a su vez diferentes de las cosas que los mismos posean en virtud de cualquier derecho por lo que las facultades que se tengan sobre ellos han de ser ejercitadas con arreglo a su bienestar, ya sean *domésticos o de compañía*, ya *salvajes o silvestres*, siempre y cuando en este caso conserven la costumbre de retornar a la vivienda familiar o hubieran sido identificados como domésticos o de compañía (*cfr.* arts. 333 *bis* 1, 333 *bis* 2 y 465 CC). Ello se traduce, consecuentemente, en la obligación de atender a sus necesidades, como acontece a propósito de la asunción de los costes de curación y cuidado de los mismos en todo cuanto atañe a su salud física o psíquica mediante la asistencia veterinaria correspondiente y, sobre todo, cuando sufran una lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta que les sea propia, aunque no se tenga titularidad alguna sobre ellos (*arg. ex* arts. 90.1 b) *bis*, 94 *bis*, 333 *bis* 3, 333 *bis* 4, 404 III, 611.3, 1346.1 y 1484.2 CC y 771.2 II y 774.4 LEC). Por lo tanto, si conviven con un matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico, estos gastos constituirán cargas matrimoniales junto a los de los demás miembros de la familia en cuanto sean proporcionados al uso del lugar y a las circunstancias de la misma y aun siendo superiores al valor económico de los animales (*cfr.* arts. 333 *bis* 3, 1319 I y 1362.1 I CC).

V. DIMENSIÓN TEMPORAL

En cuarto lugar, desde una perspectiva temporal, si las cargas son matrimoniales es porque están compuestas por gastos ocasionados durante el matrimonio cuya satisfacción se impone siempre a los cónyuges con independencia de que el resto de la familia subvenga también a su levantamiento mientras conviva con ambos (*cfr.* arts. 1318 I y 1438 CC). Lo importante es, desde luego, esa convivencia, como fuente de las cargas matrimoniales, razón por la que resulta oportuno conocer el destino de las mismas a partir de que se produzca su cese efectivo (*cfr.* arts. 68, 82.1 II, 83 I, 93 II, 102.1, 105, 155.2, 1042 y 1362.1 II CC)[73]. Pero aún faltaría por reparar en los gastos surgidos con anterioridad al matrimonio y que, si bien es cierto que no son cargas matrimoniales propiamente dichas, sin embargo se asumen en contemplación del mismo para cubrir idénticas necesidades familiares (*cfr.* art. 60 I CC). En cualquier caso, no obstante, de lo que no existe incertidumbre alguna es de que las cargas matrimoniales dejan de ser tal cosa una vez disuelto el matrimonio a causa de la nulidad, del divorcio y de la muerte o de la declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, a partir de lo cual muchas de ellas pasan a convertirse en cargas de la familia mientras que otras tan solo lo son para cada uno de sus miembros, no siéndolo siquiera de la sociedad de gananciales en la medida en que se transforman en alimentos (*cfr.* arts. 85, 1392.1, 1392.2 y 1408 CC)[74].

1. Los gastos surgidos en contemplación del matrimonio

La celebración del matrimonio conduce a los futuros contrayentes a asumir ciertos gastos en consideración a la vida en común que ambos proyectan emprender juntos. Estos no constituyen verdaderas cargas matrimoniales porque técnicamente el matrimonio solo produce efectos civiles desde su celebración y no desde la mera promesa de contraerlo, pero tampoco escapan del todo a su régimen jurídico en cuanto forman parte de los *gastos hechos* y de las *obligaciones contraídas* en consecuencia y, a su vez, subyacen tras muchas de las *donaciones por razón de matrimonio* que se realizan, antes de celebrarse, en consideración al mismo, como antaño lo hacían tras la dote (*cfr*. arts. 43 I, 60, 61 I, 1336 y 1357 CC). Sin embargo, en defecto de un patrimonio común especialmente sujeto a su levantamiento, como el de la sociedad de gananciales, y de una obligación de contribuir a ello en proporción a los recursos económicos, como en los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias, se satisfacen con arreglo a lo convenido (*cfr.* arts. 1325 y 1438 CC). De hecho, aunque así es como se sufragan durante la convivencia *more uxorio* que eventualmente preceda

al matrimonio, sería deseable que se siguiera el precedente portugués en cuanto a la ampliación de la potestad doméstica sobre las obligaciones prematrimoniales que se contraigan en este sentido (*cfr.* art. 1691.1 b) CCP).

2. Los gastos surgidos en situación de convivencia

El elemento más importante en torno a la inclusión de los gastos de la familia entre las cargas matrimoniales lo constituye la convivencia de sus miembros en el domicilio que los cónyuges fijen de consuno con ocasión del matrimonio (*cfr.* arts. 40 I, 60 y 70 CC)[75]. Esta circunstancia no se exige, al menos, expresamente, en relación con los alimentos debidos entre los propios consortes ni con los debidos por ambos a los descendientes, tutelados o acogidos comunes, a diferencia de cuanto se requiere para los descendientes no comunes a propósito de las cargas de la sociedad de gananciales, y ello obedece nada menos que a la posición que respectivamente ocupan en el seno de la familia (*cfr.* art. 1362.1 CC). Porque, si los cónyuges están obligados a *vivir juntos* incluso bajo la presunción de que así lo hacen y tienen a su vez la facultad de tener a los demás *en su compañía* mientras estén bajo su guarda, se da por hecho el presupuesto de la convivencia para incluir sus alimentos en las cargas del matrimonio (*cfr.* arts. 68, 69, 154.1, 173.1 y 1903 III CC y 20 *bis* 1 l) y 20 *bis* 2 a) LOPJM). Pero sí que se exige, en cambio, en relación con los de los descendientes comunes y emancipados cuya convivencia hubiese cesado con respecto a ambos cónyuges por la emancipación —según se extrae tanto de la conversión de sus respectivas cargas en alimentos en situación de crisis matrimonial como de que esté exento de colación lo que habrían gastado en el domicilio familiar cuando lo hubieran abandonado para realizar una carrera profesional o artística—, al igual que ocurre para los de los descendientes no comunes con independencia de que estén o no emancipados (*cfr.* arts. 82.1 II, 93 II, 142 II, 149, 1042 y 1362.1 II CC). Y es que la inclusión de sus gastos en las cargas matrimoniales se justifica además en la obligación que todos ellos tienen de contribuir a su levantamiento mientras convivan con la familia de la que forman parte (*cfr.* art. 155.2 CC).

3. Los gastos surgidos durante el proceso matrimonial

El domicilio establecido como sede de la convivencia de la familia lleva aparejada en la mayoría de los casos la competencia del juzgado de primera instancia de dondequiera que el mismo se halle físicamente ubicado para conocer de la demanda de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges (*cfr.* arts. 40 I y 70 CC y 769.1 I, 769.2 y 771.1 II LEC). Dicha demanda, una vez

admitida e, incluso, antes, si así se solicita, cesa la obligación de vivir juntos que a ambos cónyuges concierne por razón del matrimonio contraído en tanto que a partir de este momento pueden *vivir separados* sin que opere presunción de convivencia alguna mientras se lleva a trámite, y ello tal vez conduzca a identificarla equivocadamente con el fin de las cargas matrimoniales (*cfr.* arts. 102.1 y 104 CC y 771.1 I y 771.5 LEC). Sin embargo, aunque cese la convivencia, no hay que olvidar que entre las medidas previas o provisionales de los procesos matrimoniales se encuentra precisamente la de *fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio* sin aludirse, siquiera, a las relativas a los alimentos que se han de establecer después en las definitivas (*cfr.* arts. 90.1 d), 93 y 103.3 CC). Este es un signo evidente de que las cargas matrimoniales siguen siendo cargas matrimoniales y no se han convertido todavía en alimentos, como viene a confirmar incluso que las *litis expensas* tengan tal condición en la medida en que a los titulares de los créditos derivados de actuaciones procesales se les permite reclamarlos del cónyuge que eventualmente haya de satisfacerlos *sin esperar a que el proceso finalice* (*cfr.* arts. 103.3 I CC y 241.2 LEC). Por consiguiente, durante la sustanciación de los procesos matrimoniales, así como en los treinta días siguientes a la adopción de medidas previas a los mismos, existen cargas matrimoniales en tanto en cuanto *la vida en común* permanece inalterada; según se sigue, incluso, de que la propia sociedad de gananciales a cuyo cargo se encuentran continúe vigente hasta que la sentencia de nulidad, separación o divorcio adquiera firmeza (cfr. arts. 83 I, 103.4, 104 II, 1362.1 y 1392 CC y 771.5 y 773.2 LEC; STS de 28 de mayo de 2019 *[RJ* 2019, 2165])[76].

4. Los gastos surgidos tras la separación legal

La crisis del matrimonio sobre el que se funde la familia conlleva la desaparición de las cargas matrimoniales cuando consista en el divorcio o en la nulidad del mismo, como es lógico, naturalmente, en cuanto su existencia depende enteramente de que los cónyuges conserven tal condición con respecto al otro, una circunstancia que sin embargo se mantiene incólume tras la separación legal de los consortes (*cfr.* arts. 83 y 85 CC)[77]. Esta se concibe como una situación transitoria que siempre deja abierta la puerta de la reconciliación para cuando las aguas vuelvan a su cauce —y, en este sentido, comenzó siendo incluso un paso indispensable para el divorcio, una vez reintroducido en nuestro país— de tal modo que solo produce *la suspensión de vida en común* mientras se desarrolla (*cfr.* arts. 83 I y 84 CC). Por este motivo, tal vez cupiera pensar que no hay cargas matrimoniales durante este periodo de tiempo, y no porque cese la potestad doméstica conforme a la que son atendidas, pues solo *cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge* en su ámbito de ejercicio, sino más bien porque la

separación de los cónyuges es el único contexto en que podría tener cabida la obligación de alimentos existente entre los mismos (*cfr.* arts. 83 I y 143.1 CC)[78]. Tanto es así que el contenido del convenio regulador refleja a la perfección la transformación de las cargas matrimoniales en alimentos en la medida en que distingue entre *las cargas del matrimonio* a cuyo levantamiento haya de contribuirse durante el proceso de separación en calidad de medidas provisionales y *los alimentos* en los que las mismas se convierten tras la sentencia, decreto o escritura pública de separación (*cfr.* arts. 90.1 d) y 103.3 CC y 1:92a BW; SSAP de Huelva de 20 de marzo de 1999 [*AC* 1999, 7689] y de Navarra de 13 de junio de 1994 [*AC* 1994, 1028]).

Esta transformación se manifiesta incluso tras disolverse la sociedad de gananciales a causa de la separación legal de los cónyuges en consideración a los *alimentos* que, de la masa común de bienes, se den a los mismos (*cfr.* arts. 1063, 1392.3, 1408 y 1410 CC). Pero residualmente, sin embargo, sigue habiendo cargas matrimoniales más allá de los alimentos que de un modo u otro corresponda satisfacer tras la separación legal de los cónyuges, y no es siquiera en base a la afección real que resulta de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica respecto de los gananciales para el pago de los acreedores, sino que obedece más bien a que los alimentos no agotan el contenido de las cargas matrimoniales y a que los gastos no incluidos en ellos todavía son susceptibles de recibir tal calificación en cuanto aún existe el matrimonio del que dependen (*cfr.* arts. 1319 II, 1365.1 y 1401 CC). En este sentido, no son alimentos, sino auténticas cargas matrimoniales, cuantos constituyan *cargas asociadas al cuidado del animal* doméstico o de compañía, *gastos funerarios* de los descendientes, tutelados o acogidos o simplemente *gastos extraordinarios* —y, por tanto, *no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales* ni en las previas—, pero imprevisibles, inevitables o convenidos (*cfr.* arts. 90.1 b) *bis*, 94 *bis* CC y 776.4 LEC). Por lo tanto, aunque solo sea residualmente, y sin perjuicio de que las mismas recobren todo su esplendor tras la reconciliación de los cónyuges, el cese de la comunidad de vida no basta para acabar con las cargas matrimoniales en muchas ocasiones (*cfr.* arts. 83 y 84 CC)[79].

5. Los gastos surgidos tras la separación de hecho

Las cargas matrimoniales subsisten tras la separación de hecho de los cónyuges en iguales condiciones a las existentes durante la separación legal de los mismos en cuanto lo hacen obedeciendo a idénticas razones (SAP de Málaga de 20 de junio de 2005 [*JUR* 2006, 31182])[80]. Sin embargo, comoquiera que el cese de la convivencia implica la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales hasta el punto de no formar parte de

ella la gran mayoría de las adquisiciones consumadas con posterioridad (SSTS de 6 de junio de 2022 *[RJ* 2022, 3112], de 5 de abril de 2022 *[RJ* 2022, 1962], de 2 de marzo de 2020 *[RJ* 2020, 629], de 27 de septiembre de 2019 *[RJ* 2019, 4033], de 28 de mayo de 2019 *[RJ* 2019, 2165], de 6 de mayo de 2015 *[RJ* 2015, 2602], de 21 de febrero de 2008 *[RJ* 2008, 1701], de 23 de febrero de 2007 *[RJ* 2007, 656], de 4 de diciembre de 2002 *[RJ* 2002, 10423], de 26 de abril de 2000 *[RJ* 2000, 3230], de 11 de octubre de 1999 *[RJ* 1999, 7324], de 24 de abril de 1999 *[RJ* 1999, 2826], de 14 de marzo de 1998 *[RJ* 1998, 1567], de 27 de enero de 1998 *[RJ* 1998, 110], de 23 de diciembre de 1992 *[RJ* 1992, 10653], de 17 de junio de 1988 *[RJ* 1988, 5113] y de 13 de junio de 1986 *[RJ* 1986, 3549]) , así como la inoperancia de la presunción por la que los frutos percibidos y consumidos a propósito de la gestión o administración de los bienes o intereses del consorte se reputan invertidos en el levantamiento de las cargas matrimoniales durante la vigencia de los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias (*cfr.* arts. 1413 y 1439 CC; STS de 8 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 2051]), cabría apostar también por su inexistencia a lo largo de la separación de hecho (*cfr.* art. 143.1 CC)[81]. No obstante, ni la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales alcanza por completo a las cargas, sino solo a las adquisiciones, ni la inoperancia de lo previsto para los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias extingue la obligación de contribuir a su sostenimiento, sino solo la presunción de que los frutos percibidos y consumidos a causa de la gestión o administración de los bienes o intereses del consorte fueron invertidos en ello, contra lo que pudiera creerse (*cfr.* arts. 1365.1, 1368, 1413 y 1439 CC).

Y es que hasta que se acuerden las medidas previas o provisionales de un proceso de nulidad, separación o divorcio, adquiera firmeza la sentencia o decreto de separación legal de los cónyuges o los mismos la consientan en escritura pública, ni siquiera cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica conforme a la que se atienden las cargas matrimoniales (*cfr.* arts. 83, 102 y 104 I CC y 771.1 I LEC)[82]. Pero tal cosa se confirma incluso por el hecho de que *también* respondan los gananciales de las deudas contraídas por un solo cónyuge *en caso de separación de hecho* para satisfacer las necesidades de *sostenimiento*, de *previsión* y de *educación* de los descendientes, tutelados y acogidos que se hallen *a cargo de la sociedad de gananciales*, como un signo de que las cargas matrimoniales todavía subsisten (*cfr.* arts. 1319 II, 1362.1, 1365.1 y 1368 CC). Sin embargo, a pesar de las apariencias, corresponde juzgarlo más bien como una garantía de los acreedores carente de repercusión en este sentido en la medida en que no todas las deudas de la sociedad de gananciales representan necesariamente cargas para la misma (SSTS de 1

de febrero de 2016 [*RJ* 2016, 498], de 3 de noviembre de 2004 [*RJ* 2004, 6868] y de 27 de marzo de 1999 [*RJ* 1999, 1867])[83]. Y a estas cargas, si lo son del matrimonio, y no solo de la sociedad de gananciales, el mero cese de la convivencia las transforma en alimentos al igual que la separación legal de los cónyuges con independencia de que sigan satisfaciéndose a cargo de los gananciales mientras no se liquide este régimen económico-matrimonial (*cfr.* arts. 1362.1 y 1408 CC y §§1357(3) y 1361 BGB).

6. Los gastos surgidos durante la ausencia

La declaración de ausencia compromete la subsistencia de las cargas matrimoniales de igual modo a la separación legal de los consortes cuando la desaparición provoca el cese de la convivencia, no de cualquier miembro de la familia, sino de los propios cónyuges. Por supuesto, si los que desaparecen son sus descendientes, tutelados o acogidos, el contenido de las cargas matrimoniales experimenta una modificación subjetiva en la medida en que se desvanecen todos los gastos asociados a la convivencia entre unos y otros, pero tal cosa no acaba con ellas por completo en tanto que siguen respondiendo a la del matrimonio. Sin embargo, no se da la misma situación cuando el desaparecido lo es en su lugar cualquiera de los cónyuges, en cuyo caso sí que parecen adoptar la forma de alimentos en vista de que su representante legítimo tiene derecho a hacer suyos los productos líquidos en la cuantía señalada por el letrado de la Administración de Justicia *habida consideración al número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos* (*cfr.* art. 186 I CC). Pero ello no obsta a que subsistan como cargas matrimoniales todos los gastos que excedan del contenido de los alimentos, como son las *cargas asociadas al cuidado del animal* doméstico o de compañía, los *gastos funerarios* de los descendientes, tutelados o acogidos o los *gastos extraordinarios* imprevisibles, inevitables o convenidos por los cónyuges, a los cuales ha de atender también el representante legítimo o dativo en cuanto le corresponde *el cumplimiento de sus obligaciones*, incluidas las *pendientes* (*cfr.* arts. 184 I CC y 71.1 y 73 LJV).

Esta representación compete en la mayor parte de los casos al cónyuge no separado de su consorte, a quien a su vez corresponde la obligación de promover e instar la declaración de ausencia del desaparecido, cuando transcurra el plazo que corresponda en función de las circunstancias en que se desarrollen los hechos (*cfr.* arts. 182.1 y 184.1 CC y 68.2 LJV). Este cónyuge, como representante del ausente, contribuirá al sostenimiento de las cargas matrimoniales tanto con el patrimonio de su consorte como con el suyo propio cuando ambos se hallen bajo el régimen de separación de bienes o el de participación en las ganancias, pero estándolo en su lugar

bajo la sociedad de gananciales se sufragarán a costa del común porque la declaración de ausencia no hace que concluya de pleno derecho y, por ende, continuará sujeto a su levantamiento (*cfr.* arts. 1318 I, 1362.1, 1393.1, 1413 y 1438 CC). E, incluso, si el cónyuge presente insta la disolución de la sociedad de gananciales en base a la ausencia de su consorte y, desde entonces, queda obligado a contribuir a tal fin en proporción a los recursos económicos de ambos por la separación de bienes que surge en consecuencia, aún tendría a su disposición los frutos que diera la comunidad postganancial para atender con ellos a sus respectivas necesidades (*cfr.* arts. 189, 1374, 1393.1, 1435.3, 1408 y 1438 CC). Sin embargo, cuando por cualquier causa resulte de aplicación el régimen de participación en las ganancias o el de separación de bienes durante la situación de ausencia de los cónyuges, no tendrá lugar la presunción de que los frutos percibidos y consumidos por el presente como administrador o gestor de los bienes o intereses del ausente se invirtieron en el levantamiento de las cargas matrimoniales (*cfr.* arts. 1413 y 1439 CC; STS de 8 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 2051]).

7. Los gastos surgidos durante la desaparición

La mera desaparición no muestra signos tan evidentes de la transformación que sin embargo experimentan las cargas matrimoniales tras la declaración de ausencia en cuanto a su conversión en alimentos se refiere (*cfr.* arts. 181 I y 186 I CC). Si desaparece uno de los cónyuges, no habiéndose dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes para que el mismo se haga cargo de ellas durante su ausencia, apenas se dice que se procederá a nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio y en los *negocios* que no admitan demora sin perjuicio grave (*cfr.* arts. 181 I y 183 CC). Pero con esta palabra no solo está haciéndose referencia a los negocios jurídicos propiamente dichos sino que alcanza a toda negación del ocio en el sentido romano del término, comprendiendo por lo tanto la satisfacción de las cargas del matrimonio (*cfr.* arts. 181 I y 1386 CC)[84]. Sin embargo, comoquiera que la desaparición comporta forzosamente el cese de la convivencia del cónyuge desaparecido con su familia, corolario lógico es que tales cargas se transformen en alimentos salvo en lo atinente a lo no comprendido en ellos, como es el caso de las *cargas asociadas al cuidado del animal* doméstico o de compañía, los *gastos funerarios* de los descendientes, tutelados o acogidos o los *gastos extraordinarios* imprevisibles, inevitables o convenidos con el cónyuge presente, al igual que en separación de hecho (*cfr.* §§1357(3) y 1361 BGB).

La representación en estos negocios la ostentará el cónyuge presente no separado del desaparecido con preferencia sobre sus propios parientes

o sobre cualquier otra persona solvente y de buenos antecedentes que en su caso pudiera hacerlo (*cfr.* arts. 181 I CC y 69.1 LJV). No obstante, como la existencia del defensor está supeditada a que tales negocios *no admitan demora sin perjuicio grave*, apenas será nombrado en tanto en cuanto no se hubiese dejado apoderado con facultades de administración de los bienes del desaparecido, en vista de que esta circunstancia excluye toda situación de urgencia (*cfr.* arts. 181 I CC y 69.2 LJV). Pero no conviene olvidar a este respecto los efectos que está llamada a producir la demanda de nulidad, separación o divorcio sobre el apoderamiento que se hubiese otorgado en favor del cónyuge con dicho alcance, si *quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro* (*cfr.* arts. 71, 102.2, 1259 y 1323 CC). Y es que esta revocación, si bien se proyecta sobre los casos en los que el desaparecido se halle *legítimamente representado voluntariamente* por haber apoderado a su consorte, carece de sentido que a pesar de ello reconduzca la situación hacia el nombramiento del mismo como defensor suyo aun cuando no esté *separado* todavía (*cfr.* arts. 102.2, 181 y 183 CC). Por tanto, será conveniente realizar una interpretación correctora cuando eso ocurra, así como en el supuesto de que el cónyuge demande o se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio después de haber sido nombrado representante del desaparecido, no voluntariamente, sino por el letrado de la Administración de Justicia (*cfr.* arts. 181 I CC y 69.1 LJV).

VI. DIMENSIÓN NEGATIVA

En último lugar, desde una perspectiva negativa, están excluidas de las cargas matrimoniales todas las partidas de gasto cuya asunción redunde en provecho exclusivo de uno de los cónyuges, aun cuando sean convenidas como tales (*cfr.* art. 231-5.3 CCCat). Podrán formar parte de las *cargas de la familia* o *cargas familiares* a las que sin embargo se alude a propósito de las relaciones paterno-filiales (*cfr.* arts. 155.2 y 165 II CC) o de las *cargas de la sociedad de gananciales* a cuyo levantamiento está sujeto el patrimonio de la misma (*cfr.* arts. 1362-1364, 1366, 1368, 1381, 1398 y 1403 CC y 806 LEC), pero no de las *necesidades ordinarias de la familia* (*cfr.* arts. 1319 I y 1440 II CC) con las que en principio se identifican las *cargas del matrimonio* en defecto de un convenio por el que eventualmente se les incorporen gastos extraordinarios (*cfr.* arts. 90.1 d), 91 I, 103.3, 103.5, 1318 I, 1438 y 1439 CC, 90.1 b) LJV y 774.4 LEC). Y es que esta pluralidad de conceptos constituye una suerte de círculos concéntricos que, ordenados de mayor a menor extensión, van desde las cargas de la familia o cargas familiares hacia las cargas del matrimonio y/o necesidades ordinarias de la familia, abriéndose paso a través de las cargas de la sociedad de gananciales cuando los cónyuges se

hallen bajo la vigencia de este concreto régimen económico-matrimonial (*cfr.* arts. 1315, 1316, 1325 y 1374 CC)[85]. Por consiguiente, una vez determinado que las partidas de gasto cuya satisfacción revierta en provecho exclusivo de uno de los cónyuges están excluidas de entre las cargas matrimoniales, corresponde valorar si a pesar de ello están incluidas en las *cargas de la sociedad de gananciales* o en las *cargas de la familia* o *cargas familiares* en función de las circunstancias de cada matrimonio.

Las *cargas de la sociedad de gananciales* se nutren de los gastos que están a cargo del patrimonio común durante la vigencia de este régimen económico-matrimonial como consecuencia de que ciertas adquisiciones reciban también la condición de gananciales. Esta es precisamente la conclusión que se sigue de que sean de su cargo los gastos originados por *la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge* y, al mismo tiempo, adquieran la condición de gananciales los bienes *obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges* (*cfr.* arts. 1362.4 y 1347.1 CC)[86]. Por esta razón son cargas de la sociedad de gananciales las operaciones de inversión consistentes en la adquisición de *objetos artísticos* o *históricos* como *cuadros, esculturas, porcelanas o libros* u *otros objetos preciosos* como *alhajas* e *inmuebles* (*cfr.* arts. 352, 1321 II, 1346.7 y 1406.1 CC y 54 I LHM), así como de *establecimientos mercantiles o industriales* y de *valores mobiliarios* (*arg. ex* arts. 166, 247 I, 248, 285 IV, 287.2, 352, 1347.5, 1360, 1389 II y 1406 CC), siempre y cuando unos u otros formen parte de la sociedad de gananciales (*cfr.* arts. 1347.3, 1352, 1362.2 y 1381 CC). Sin embargo, no pudiéndose trasladar tal justificación a los regímenes de separación de bienes y de participación en las ganancias, es sencillo concluir que los costes de tales adquisiciones no pueden ser cargas matrimoniales sino tan solo *cargas de la sociedad de gananciales*[87].

El caso más conflictivo es, indudablemente, el de la *vivienda*, cuyos costes de adquisición han generado una abundante jurisprudencia por la que hoy en día están excluidos de las cargas matrimoniales por este motivo y, salvo cuando constituyan cargas de la sociedad de gananciales, no aprovechan su régimen jurídico, sino que se contribuye a su sostenimiento en proporción a las cuotas resultantes de la comunidad de bienes en lugar de hacerse en proporción a los respectivos recursos económicos de los cónyuges (SSTS de 5 de noviembre de 2019 [*RJ* 2019, 4466], de 24 de abril de 2018 [*RJ* 2018, 1599], de 21 de julio de 2016 [*RJ* 2016, 3214], de 20 de marzo de 2013 [*RJ* 2013, 4936], de 26 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 907], de 26 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 186], de 28 de marzo de 2011 [*RJ* 2011, 939], de 5 de noviembre de 2008 [*RJ* 2009, 3] y de 31 de mayo de 2006 [*RJ* 2006, 3502]), si es que ambos adquieren conjuntamente (STS de 17 de febrero de 2014 [*RJ* 2014, 918]), y sin perjuicio de los reintegros que procedan en base a las reglas generales (*cfr.* arts. 393, 1362.2, 1414, 1437 y 1438 CC y 90.2 RH). Pero in-

cluso el arrendamiento que satisfaga la necesidad de vivienda permanente de la familia es susceptible de convertirse en una operación de inversión cuando adopta la forma de *leasing* y se ejercita el derecho de opción a compra por el arrendatario, aunque la renta forme parte de las cargas del matrimonio hasta ese momento (*cfr.* arts. 2.1 LAU y 14 *in fine* RH). De hecho, si vamos un poco más allá, sucederá lo mismo con respecto al arrendamiento cuya duración inicial supere los seis años en vista de que en tales circunstancias constituye un acto que, si bien es de administración, no lo es sino de administración extraordinaria y, en cierta medida, afín al de disposición (*cfr.* arts. 287.2 y 1548 CC; STS de 12 de noviembre de 1987 [*RJ* 1987, 8375]).

Otro caso, más pacífico, aunque potencialmente conflictivo, es el de la adquisición de *vehículos automóviles* cuyo coste tampoco forma parte de las cargas matrimoniales en cuanto también se ha calificado como operación de inversión (STS de 21 de julio de 2016 [*RJ* 2016, 3214]). Y es que esta calificación, si bien resulta evidente cuando tales bienes no se dirigen a atender las necesidades de la familia, sino el capricho de cualquiera de sus miembros —como sucede cuando constituyen *objetos preciosos* por tratarse de artículos de colección—, suscita cierta confusión cuando la puesta a disposición de su uso en beneficio de todos ellos se traduce en una disminución de los gastos comprendidos en las cargas matrimoniales —como son los de transporte escolar de los descendientes, tutelados o acogidos—, contribuyéndose así a su levantamiento (*cfr.* arts. 103.5 CC, 231-6.1 CCCat y 187.1 CDFA y ley 80 II FNN)[88]. Pero lo que tal cosa nos revela es que tan solo es carga del matrimonio el coste del uso, y no el de la adquisición, como lo es el del arrendamiento, y no el de adquisición de la vivienda, en vista de que tanto los vehículos automóviles como la vivienda tienen una naturaleza duradera que hace que la adquisición redunde en provecho exclusivo del adquirente una vez disuelto el matrimonio salvo cuando adquieren la condición de gananciales (*cfr.* art. 1344 CC). Por consiguiente, como su coste de adquisición no forma parte de las cargas matrimoniales, se satisfará a costa de la sociedad de gananciales cuando esté a su cargo o en proporción a la cuota que resulte sobre la comunidad de bienes en cualquier otro caso (*cfr.* arts. 393 y 1362.2 CC)[89].

El objetivo que persigue la exclusión de las operaciones de inversión de entre las cargas matrimoniales no es sino el de impedir que toda la titularidad se concentre en las solas manos del cónyuge que lleve a cabo la adquisición, así como el de evitar que el coste de la misma se reparta entre ellos en una medida distinta a la que realmente les corresponda en proporción a la cuota que ostenten sobre la comunidad de bienes, una vez producida la extinción de un régimen de separación de bienes (*cfr.* arts. 393, 1413, 1414, 1437 y 1438 CC y 90.2 RH). Por este motivo es posible que, no siendo cargas matrimoniales, al menos constituyan cargas de la sociedad de

gananciales cuando la adquisición se haga a su favor, pero tal cosa requiere que la misma consista en un derecho que pueda formar parte de ella (*cfr.* art. 1362.2 CC). Por lo tanto, si bien es cierto que la *carrera profesional o artística* de los cónyuges es objeto de las operaciones de inversión en la medida en que también revierte en provecho exclusivo de su beneficiario tras producirse la extinción de un régimen de separación de bienes, no lo es menos el hecho de que su respectivo coste ni siquiera es susceptible de integrar las cargas de la sociedad de gananciales por la sencilla razón de que el conocimiento adquirido por los cónyuges no es un activo que pueda ser transferido del uno al otro mediante la liquidación y partición de la comunidad postganancial (*cfr.* arts. 142 II, 1041 I, 1042 y 1397 CC). Y es que la sociedad de gananciales tan solo sufraga su *educación y aprendizaje* —incluyéndose en ello la educación infantil, primaria y secundaria, ya sea esta obligatoria o postobligatoria— en calidad de cargas matrimoniales mientras sean menores de edad o no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable, en vista de que en la partición de la herencia solamente están exentos de colación los gastos de *carrera profesional o artística* —o de educación superior, si se quiere— de sus propios descendientes (*cfr.* arts. 142 II, 143.1, 1038, 1041 I y 1042 CC).

Sin embargo, aparte de las operaciones de inversión que circunstancialmente formen parte de las cargas de la sociedad de gananciales, están también a su cargo *las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges* y, entre las cuales, naturalmente, se hallan las satisfechas en concepto de alimentos indebidos cuando hubiesen sido prestadas por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlas del auténtico obligado —como son las proporcionadas a ciertos tutelados en defecto de habilitación para apropiarse de los frutos de sus bienes a modo de contraprestación por la atención de sus necesidades—, pero no, en cambio, las de los meramente prometidos en la medida en que la prohibición de transigir sobre alimentos futuros constituye un obstáculo insalvable para su concepción como cargas de la sociedad de gananciales (*cfr.* arts. 143, 172 *ter* 4, 213, 214, 228.1, 229, 1363, 1814 y 1894 I CC). Por lo tanto, comoquiera que estos alimentos están excluidos de las cargas matrimoniales por la sencilla razón de que no se dirigen a atender necesidades familiares, y tampoco forman parte de las cargas de la familia por no obedecer siquiera a obligación legal alguna, apenas tendrán abierta la puerta de las cargas de la sociedad de gananciales cuando se cumpla la condición de no haberse convenido que hubieran de satisfacerse con cargo al patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges (*cfr.* arts. 1255, 1315, 1323, 1325 y 1363 CC). Y lo mismo sucede, incluso, con *lo perdido y pagado* [...] *en cualquier clase de juego* cuyo importe sea moderado conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la familia, en vista de que este gasto tampoco satisface las necesidades de sus miembros (*cfr.* art. 1371 CC).

Pero no son cargas de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la alimentación y educación de los descendientes de un solo cónyuge cuando no convivan en el domicilio familiar, aunque sean sufragados por ella (*cfr.* art. 1362.1 II CC). En tal caso, si bien comparten su régimen jurídico, solo lo hacen de forma transitoria hasta que se disuelva la sociedad de gananciales y, además, se proceda a liquidarla, si es que ambas cosas no se cumplen simultáneamente en virtud de un convenio regulador por el que la misma quede completamente disuelta y liquidada al mismo tiempo, y ello porque a partir de ese momento son objeto de reintegro a costa del patrimonio privativo del cónyuge que deba soportarlos por razón de parentesco (*cfr.* arts. 90.1 e), 95 I, 1362.1 II, 1364, 1397.3 y 1403 CC)[90]. Esta singularidad nos indica que tales gastos no son cargas de la sociedad de gananciales, sino que más bien se trata de meras cargas familiares para cuya satisfacción se permite emplear los gananciales de un modo provisional en previsión de que la comunidad absorba la mayoría de las ganancias obtenidas por los cónyuges, a lo largo de su vigencia (*cfr.* art. 1361 CC). De hecho, si no se hubieran calificado expresamente como cargas matrimoniales, se seguiría la misma conclusión para las *litis expensas* por su carácter de provisión igualmente sujeta a reintegro desde el momento en que su beneficiario venga a mejor fortuna (*cfr.* arts. 103.3 I y 1318 III CC)[91].

Las *cargas familiares* constituyen la categoría de mayor amplitud para la economía del matrimonio en la medida en que abarcan una heterogeneidad de gastos que van desde las necesidades ordinarias de la familia y/o cargas matrimoniales hasta las propias cargas de la sociedad de gananciales e, incluso, más allá de ellas, en relación con los que no forman parte ni de unas ni de otras pero que sin embargo están a cargo de uno o ambos cónyuges por el lugar que los mismos ocupan en la familia[92]. Y es que la familia no acaba con la familia nuclear, compuesta por el matrimonio y los descendientes, tutelados y acogidos que vivan en su compañía, sino que avanza hacia la familia extensa a través de las obligaciones que los cónyuges han de soportar en calidad de cargas familiares[93]. Por eso se hacen cargo, si bien, individualmente, y no como cargas del matrimonio, de los alimentos debidos por cada uno de ellos tanto a sus respectivos tutelados o acogidos como a los demás familiares que solo estén unidos al otro mediante vínculos de afinidad, como son los hermanos y los ascendientes (*cfr.* arts. 143, 172 *ter* 4, 173.1 y 229 CC y 20.3 d) 3, 20 *bis* 2 a) y 20 *bis* 2 l) LOPJM). Pero estos alimentos suscitan sin embargo un importante halo de incertidumbre en cuanto a su inclusión entre las cargas matrimoniales como consecuencia de la obligación que asumen los cónyuges de *compartir* [...] *el cuidado y atención de ascendientes* [...] *y otras personas dependientes a su cargo* y, sobre todo, una vez comparado con la legislación catalana, en la cual se indica expresamente que también *son gastos familiares los* [...]

originados por los demás parientes que convivan en el mismo domicilio (*cfr.* arts. 68 CC y 231-5.2 CCCat).

Sin embargo, conviene no precipitarse, ni dejarse guiar por las apariencias, en vista de que en ella *se reconocen como miembros de la familia* [...] *los hijos de cada uno de los progenitores que convivan* en el domicilio familiar sin que al mismo tiempo se prevea un reconocimiento equivalente en beneficio de *los demás parientes* que también lo hagan bajo cualquier circunstancia, como los hermanos y los ascendientes (*cfr.* art. 231-1.2 CCCat). De hecho, su concepción como fuente de gastos familiares ni siquiera se halla adecuadamente correspondida por la obligación de contribuir a su levantamiento, cuyo cumplimiento solo es exigible, *si procede*, en la medida de sus posibilidades, y *de acuerdo con los gastos que generan* a la economía doméstica, en vez de serlo en base a la totalidad de los gastos a los que dé lugar el conjunto de miembros de la familia (*cfr.* art. 231-6.3 CCCat). Ello denota cierto individualismo, contrario a la naturaleza de las cargas matrimoniales y, por ende, a calificar como tales los gastos de *cuidado y atención de ascendientes* [...] *y otras personas dependientes* de los cónyuges, aunque constituyan cargas familiares (*cfr.* art. 68 CC)[94]. Y es que, en definitiva, ni los ascendientes ni las demás personas dependientes de los cónyuges tienen obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales sino tan solo parcialmente por los alimentos que, en su caso, satisfagan a aquel del que dependan, a no ser que la asuman voluntariamente mediante donación, contrato o legado de alimentos con respecto a ambos conjuntamente (*cfr.* arts. 68, 143, 887.4, 879, 1791-1797 y 1894 I CC).

A estas cargas familiares se les suman a su vez los gastos funerarios en tanto en cuanto obedezcan al fallecimiento de los descendientes, tutelados o acogidos de un solo cónyuge o del propio consorte en la medida en que su satisfacción compete a los que en vida hubieran tenido obligación de alimentarles, si es que realmente la hubieran tenido por ministerio de la ley o en virtud de habilitación a modo de frutos por alimentos, y siempre y cuando el difunto no hubiese dejado un patrimonio lo bastante significativo para darles cobertura junto a las demás cargas de la herencia (*cfr.* arts. 110, 111 *in fine*, 143, 154.1, 172 *ter* 4, 173.1, 228.1, 229, 902.1, 903 I, 1894 II y 1924.2 B) CC y 20.3 d) 3, 20 *bis* 2 a) y 20 *bis* 2 l) LOPJM). Y lo son particularmente los de los descendientes no comunes a ambos cónyuges aunque se hallaran conviviendo en el domicilio familiar al tiempo de su fallecimiento, no ya porque sus gastos no constituyesen cargas del matrimonio en base a un derecho de alimentos para con cada uno de ellos, como el que sin embargo tienen con los descendientes comunes, sino porque la muerte interrumpe la convivencia que hasta ese momento justifica su inclusión en las cargas matrimoniales (*cfr.* arts. 143, 1362.1, 1894 II y 1924.2 B) CC). Pero la misma calificación tendrán también los del propio consorte por la

sencilla razón de que su muerte pone fin al matrimonio y, por ende, a las cargas matrimoniales, a pesar de que los cónyuges hubieran tenido obligación de darse alimentos en vida (*cfr.* arts. 85, 143.1 y 1894 II CC). Por consiguiente, el seguro por el que se costeen los gastos funerarios de todos ellos tampoco forma parte de las cargas matrimoniales salvo cuando se trate de los del consorte, constituyendo meras cargas familiares para todos los demás casos (*cfr.* arts. 67, 68 y 143.1 CC).

También son cargas familiares las cantidades a cuya satisfacción queden obligados los cónyuges en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que sus descendientes, tutelados o acogidos causen a terceros durante el matrimonio (*cfr.* arts. 1903 CC, 61.3 LORPM y 20.3 d) 2 LOPJM). Sin embargo, si observamos el conjunto de obligaciones de las que responde solidariamente la sociedad de gananciales, nos encontramos con que lo hace respecto de las contraídas por ambos cónyuges e, incluso, con que de las extracontractuales que hubieran sido contraídas por cualquiera de ellos unilateralmente, no solo responde, sino que se hace cargo, siempre y cuando no procedan en virtud de dolo o de culpa grave y además sean consecuencia de su actuación en beneficio de la misma (*cfr.* arts. 1366, 1367, 1369, 1373 y 1903 CC). Y es que esta condición es susceptible de conducirnos a calificar de beneficiosa para la sociedad de gananciales a cualquier actuación relativa a las cargas matrimoniales y, de algún modo, a justificar en ello la responsabilidad y cargo de las obligaciones extracontractuales, como son las de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los descendientes, tutelados o acogidos de los cónyuges durante el matrimonio (*cfr.* arts. 1362.1, 1365.1 y 1366 CC)[95]. Pero, cualquiera que sea la causa por la que hoy en día sean de cargo de la sociedad de gananciales, de lo que no hay duda es de que no lo son en concepto de cargas matrimoniales porque no están dirigidas a satisfacer necesidades familiares de ningún tipo (*cfr.* arts. 1319 I, 1902 y 1903 CC). De hecho, si así se calificaran, obviando esta circunstancia, carecería de sentido que los propios descendientes o tutelados asumiesen una responsabilidad que no les corresponde a través de la obligación de contribuir a su levantamiento (*cfr.* arts. 155.2, 229 y 1903 CC)[96]. Por tanto, no siendo cargas matrimoniales, solo cabe que lo sean de la familia, en base a los deberes que los cónyuges ostentan con respecto a los descendientes, tutelados o acogidos como corolario de la posición que ocupan en el seno de la misma (*cfr.* arts. 110, 111 *in fine*, 154.1, 173.1, 228.1 y 1903 CC y 20 *bis* 2 a) LOPJM).

Para finalizar, yendo aún más allá de las partidas que eventualmente queden comprendidas en las cargas de la sociedad de gananciales o en las cargas de la familia, existen otros gastos que tampoco son auténticas cargas matrimoniales a pesar de que sus singulares características nos inciten a incluirlos en ellas cuando se satisfagan por los cónyuges. Y, en este sentido,

no lo son los costes de adquisición de *los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio* —o de *los instrumentos, herramientas y demás bienes muebles necesarios para la industria*—, como se sigue de que lo invertido en ello a costa de la sociedad de gananciales sea objeto de reintegro (*cfr.* arts. 495 II y 1346 *in fine* CC y 606.2 LEC). Lo mismo ocurre con la renta del arrendamiento de vivienda que celebre un solo cónyuge sin el correspondiente asentimiento del consorte, y no tanto porque el domicilio familiar deban fijarlo ambos de consuno con arreglo a sus respectivos derechos y deberes, sino más bien porque en tales circunstancias no se satisfacen necesidades familiares en la medida en que el interés individual prima sobre el de la propia familia (*cfr.* arts. 67, 70 y 1319 I CC)[97]. Por este motivo tampoco son cargas matrimoniales los costes derivados de las atenciones de previsión consistentes en seguros de responsabilidad civil o en planes de jubilación, de invalidez, de muerte o de cualquier otro tipo en los que un único cónyuge reúna la condición de beneficiario con respecto a las pensiones devengadas, ya que en modo alguno son contratos *análogos* a los de seguro de vida y de renta vitalicia (*cfr.* art. 287.9 CC)[98]. Por último, a pesar de que la jurisprudencia lo haya equiparado al trabajo doméstico, no forma parte de las mismas el coste de la colaboración prestada por los cónyuges en las actividades profesionales del otro por tratarse de un gasto que el consorte ha de soportar en exclusiva del mismo modo en que lo haría a través de la contratación de un tercero como trabajador por cuenta ajena (*cfr.* SSTS de 13 de enero de 2022 [*JUR* 2022, 40052], 29 de septiembre de 2020 [*JUR* 2020, 295068] y de 26 de abril de 2017 [*RJ* 2017, 1720])[99].

VII. CONCLUSIONES

I. Las cargas matrimoniales representan la mínima expresión del régimen económico del matrimonio en la medida en que están compuestas por el conjunto de gastos surgidos a raíz de la comunidad de vida y, salvo cuando cese, de la propia convivencia, sin importar la comunidad o separación que en cada caso exista sobre los bienes de los cónyuges. Pese a todo, salvando una escueta referencia al sostenimiento de la familia y a la alimentación y educación de los descendientes, no asisten muchas más certezas al intérprete que trate de definir lo que nos es presentado como un auténtico concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, aunque lo parezca a primera vista, no es una percepción lo bastante exacta, según se observa a medida en que se profundiza en el régimen económico del matrimonio. Pero más allá del mismo existen otras tantas manifestaciones de las cargas matrimoniales que se hallan esparcidas a través de sedes tan diversas entre sí que incluso llegan a transgredir el campo de lo estrictamente familiar para adentrarse

en sectores mucho menos previsibles. Por ello, el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los descendientes apenas representa un mero punto de partida, siendo conveniente explorar múltiples instituciones jurídicas para aproximarnos a las cargas matrimoniales desde cinco perspectivas:

II. En primer lugar, desde una perspectiva *cualitativa*, constituyen cargas matrimoniales las partidas que integran el concepto de alimentos al que necesariamente evoca la referencia al sostenimiento de la familia y a la alimentación y educación de los descendientes, como son los gastos de sustento, vestido, vivienda, menaje, educación y asistencia médica; pero también los de asistencia veterinaria que impone la curación y el cuidado de las mascotas junto con los de servicio funerario que se sigan de la muerte de descendientes, tutelados y acogidos comunes a ambos cónyuges en cuanto no queden completamente satisfechos a costa de la herencia. De igual modo están incluidos en las cargas matrimoniales los gastos del servicio doméstico, y no solo porque este realice funciones propiamente alimenticias, sino porque así resulta de que el trabajo para la casa sea concebido como una forma de contribuir a su sostenimiento. Y lo están a su vez los gastos de litigación que un cónyuge sea vea obligado a proporcionar al otro en concepto de *litis expensas* junto con los de transporte, en base a la inembargabilidad del combustible, y los de costumbre que redunden en provecho de la familia, como corolario de que las liberalidades de uso estén exentas de colación en la partición de la herencia. Por consiguiente, son también cargas matrimoniales las atenciones mediante las cuales queden anticipadamente satisfechas las partidas comprendidas en ellas, como gastos de previsión.

III. En segundo lugar, desde una perspectiva *cuantitativa*, son cargas matrimoniales las partidas de la vida corriente que resulten moderadas o estén dirigidas a atender las necesidades de la familia, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. Estas son los gastos ordinarios con los que se identifican las cargas matrimoniales mientras no sobrevengan situaciones imprevisibles o inevitables en base a las cuales proceda incluir en ellas otras partidas que, como los de asistencia médica o veterinaria, reparación o litigación, sean tanto o más necesarias para la familia a pesar de traducirse en gastos extraordinarios. Pero, si bien estas partidas son irrenunciables, como lo son los alimentos en los que consisten, el convenio de los cónyuges es capaz de ampliarlas en tanto en cuanto lo haga en interés de la familia. Por este motivo no pueden formar parte de ellas las operaciones de inversión consistentes en la adquisición de objetos artísticos o históricos como cuadros, esculturas, porcelanas o libros u otros objetos preciosos como alhajas e inmuebles, así como de establecimientos mercantiles o industriales y de valores mobiliarios, aunque hayan de satisfacerse a cargo de ambos cónyuges con arreglo a lo convenido por ellos. Pese a todo, el convenio por el que se amplíen las cargas matrimoniales estará sujeto a

libertad de forma siempre y cuando tal voluntad se manifieste de forma expresa y no tácitamente.

IV. En tercer lugar, desde una perspectiva *subjetiva*, constituyen cargas matrimoniales las partidas ocasionadas por los propios cónyuges en cuanto obedecen a su matrimonio. Pero lo son incluso los gastos de los descendientes, y no solo los de los hijos, sino también los de los nietos o cualesquiera otros descendientes a los que ambos tengan en su compañía por razón de tutela o de visita con independencia de que sean o no comunes a los mismos, ya que todos ellos están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales. Por este motivo forman parte de ellas los gastos de los tutelados cuando los cónyuges se hallen habilitados para hacer suyos los frutos de sus bienes a cambio de prestarles alimentos, en lugar de solo procurárselos, como en principio les corresponde en el ejercicio de la tutela. Y también los de los acogidos están comprendidos en las cargas matrimoniales en la medida en que los cónyuges asuman la obligación de alimentarles mediante el acogimiento familiar. Sin embargo, al tratarse de seres sensibles, sintientes o dotados de sensibilidad, sus respectivas mascotas sumarán a las cargas matrimoniales una serie de gastos originados en concepto de asistencia veterinaria o educación junto con los de previsión que las mismas requieran.

V. En cuarto lugar, desde una perspectiva *temporal*, son cargas matrimoniales las partidas que se originen durante la convivencia de todos los miembros de la familia en un mismo domicilio e, incluso, a lo largo del proceso matrimonial que pretenda ponerle fin o mientras estén vigentes las medidas previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, pero tal cosa no implica que el mero cese de la convivencia acabe necesariamente con ellas en tanto que la separación legal o de hecho tan solo las transforma parcialmente en alimentos. Y es que, si bien es cierto que las cargas matrimoniales se componen en su mayor parte de las partidas que integran el concepto de alimentos, no lo es menos que algunas de ellas exceden del mismo en un sentido cualitativo y/o cuantitativo, coexistiendo como tales junto a la obligación de alimentos que ocupe el lugar de las demás durante el cese de la convivencia. Pero esta transformación no solo se produce con ocasión de la separación legal o de hecho, sino que obedece a su vez a la declaración de ausencia o a la mera desaparición, en vista de que tanto la una como la otra hacen cesar también la convivencia para con el desaparecido. No obstante, aunque las cargas son del matrimonio, y desaparecen con su disolución, aún sería deseable que la potestad doméstica se extendiera con idéntica eficacia sobre las obligaciones contraídas por los contrayentes en contemplación del que proyectasen celebrar en un futuro.

VI. En último lugar, desde una perspectiva *negativa*, no son cargas matrimoniales las partidas que reviertan en provecho exclusivo de un solo cónyuge aun cuando constituyan cargas de la sociedad de gananciales o

meras cargas de la familia o cargas familiares. Unas tan solo son tales en virtud de las singularidades de la sociedad de gananciales, como ocurre con las operaciones de inversión que sean de su cargo junto con lo donado en concepto de alimentos indebidos o con lo perdido y pagado en cualquier clase de juego cuyo importe sea moderado conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la familia; y otras en función de la posición que ocupe cada uno de sus miembros en el seno de la misma, como sucede a propósito de los alimentos debidos a ascendientes y otras personas dependientes que estén a cargo de los cónyuges, de los gastos funerarios de descendientes, tutelados y acogidos no comunes a ambos y de las cantidades que deban satisfacerse en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados a terceros por parte de descendientes, tutelados o acogidos. Sin embargo, existen también otras partidas que resultan igualmente excluibles de las cargas matrimoniales, como son ciertos gastos de adquisición, de arrendamiento y de previsión o el coste de la colaboración prestada en la actividad profesional del cónyuge, no siendo siquiera cargas de la sociedad de gananciales ni tampoco cargas de la familia o cargas familiares.

VII. Las cargas matrimoniales son concebidas como un concepto jurídico indeterminado en atención a la constante relación de dependencia en la que se hallan respecto de los usos sociales imperantes en cada momento dentro de una sociedad en continua transformación. Pero tal indeterminación, no es absoluta y, si bien comporta un desafío para el intérprete, se concreta a través de múltiples sedes con las que están conectadas las cargas matrimoniales. Estas citan ciertas partidas que, como el sustento, vestido, vivienda, educación, asistencia médica o veterinaria, servicio doméstico o funerario, transporte, costumbre y previsión, denotan la ambigüedad que requieren para adaptarse a los nuevos tiempos de un modo eficiente. Y ello tiene la ventaja de hacer reposar sobre los jueces y tribunales cualquier decisión acerca de lo que deban ser cargas matrimoniales sin necesidad de recurrir constantemente a procesos legislativos que demoren su actualización de forma significativa en vía parlamentaria. Sin embargo, comoquiera que las cargas matrimoniales están suficientemente delimitadas con arreglo a los criterios que actualmente se establecen a lo largo de distintas sedes, ni siquiera existe el riesgo de provocar inseguridad jurídica por no proceder a su legislación y apostar en su lugar por la continuidad de las mismas en calidad de concepto jurídico indeterminado.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 6 de junio de 2022 *[RJ* 2022, 3112]
- STS de 5 de abril de 2022 *[RJ* 2022, 1962]

- STS de 13 de enero de 2022 *[JUR* 2022, 40052]
- STS de 29 de septiembre de 2020 *[JUR* 2020, 295068]
- STS de 2 de marzo de 2020 *[RJ* 2020, 629]
- STS de 11 de diciembre de 2019 *[JUR* 2020, 1744]
- STS de 5 de noviembre de 2019 *[RJ* 2019, 4466]
- STS de 27 de septiembre de 2019 *[RJ* 2019, 4033]
- STS de 28 de mayo de 2019 *[RJ* 2019, 2165]
- STS de 24 de abril de 2018 *[RJ* 2018, 1599]
- STS de 26 de abril de 2017 [*RJ* 2017, 1720]
- STS de 21 de julio de 2016 [*RJ* 2016, 3214]
- STS de 1 de febrero de 2016 [*RJ* 2016, 498]
- STS de 6 de mayo de 2015 *[RJ* 2015, 2602]
- STS de 17 de febrero de 2014 *[RJ* 2014, 918]
- STS de 20 de marzo de 2013 *[RJ* 2013, 4936]
- STS de 26 de noviembre de 2012 *[RJ* 2013, 907]
- STS de 26 de noviembre de 2012 *[RJ* 2013, 186]
- STS de 2 de abril de 2012 *[RJ* 2012, 5271]
- STS de 28 de marzo de 2011 *[RJ* 2011, 939]
- STS de 5 de noviembre de 2008 *[RJ* 2009, 3]
- STS de 21 de febrero de 2008 *[RJ* 2008, 1701]
- STS de 23 de febrero de 2007 *[RJ* 2007, 656]
- STS de 31 de mayo de 2006 *[RJ* 2006, 3502]
- STS de 3 de noviembre de 2004 *[RJ* 2004, 6868]
- STS de 4 de diciembre de 2002 *[RJ* 2002, 10423]
- STS de 26 de abril de 2000 *[RJ* 2000, 3230]
- STS de 11 de octubre de 1999 *[RJ* 1999, 7324]
- STS de 24 de abril de 1999 *[RJ* 1999, 2826]
- STS de 27 de marzo de 1999 [*RJ* 1999, 1867]
- STS de 14 de marzo de 1998 [*RJ* 1998, 1567]
- STS de 27 de enero de 1998 [*RJ* 1998, 110]
- STS de 8 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 2051]
- STS de 23 de diciembre de 1992 [*RJ* 1992, 10653]
- STS de 17 de junio de 1988 [*RJ* 1988, 5113]
- STS de 12 de noviembre de 1987 [*RJ* 1987, 8375]
- STS de 25 de noviembre de 1985 [*RJ* 1985, 5908]
- STS de 13 de junio de 1986 [*RJ* 1986, 3549]
- STS de 8 de febrero de 1983 [*RJ* 1983, 866]
- STS de 25 de mayo de 1959 [*ROJ* 1341, 1959]
- STS de 28 de abril de 1956 [*ROJ* 277, 1956]
- STS de 27 de mayo de 1955 [*ROJ* 21, 1955]
- STS de 9 de abril de 1954 [*ROJ* 1721, 1954]
- STS de 3 de julio de 1946 [*ROJ* 30, 1946]

- STS de 25 de junio de 1946 [*ROJ* 373, 1946]
- STS de 12 de abril de 1929 [*ROJ* 187, 1929]
- STS de 23 de marzo de 1925 [*ROJ* 1087, 1925]
- STS de 10 de enero de 1925 [*ROJ* 945, 1925]
- STS de 11 de diciembre de 1916 [*ROJ* 1204, 1916]
- STS de 27 de marzo de 1914 [JC 1914, 136]
- STS de 12 de noviembre de 1910 [JC 1910, 62]
- SAP de Alicante de 2 de abril de 2009 [*JUR* 2009, 372500]
- SAP de Burgos de 3 noviembre de 2006 [*JUR* 2007, 15032]
- SAP de Málaga de 20 de junio de 2005 [*JUR* 2006, 31182]
- SAP de Madrid de 2 de octubre de 2001 [*JUR* 2002, 13989]
- SAP de Huelva de 20 de marzo de 1999 [*AC* 1999, 7689]
- SAP de Navarra de 13 de junio de 1994 [*AC* 1994, 1028]
- SAP de Granada de 7 de febrero de 1992 [*AC* 1992, 280]

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2016). *Derecho civil* (12.ª ed., t. III). Madrid: Edisofer.

— (2015). *Curso de Derecho civil* (11.ª ed., t. V). Madrid: Edisofer.

— (2013). *Curso de Derecho civil* (12.ª ed., t. IV). Madrid: Edisofer.

ÁLVAREZ LATA, N. (2015). Derecho de familia. En: J. M. Busto Lago (dir.), *Curso de Derecho civil de Galicia*. Barcelona: Atelier, 145-191.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (2021). Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, 1825-1835.

— (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona: Aranzadi, Pamplona.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2010). Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 1567-1580.

— (2006). Les régimes matrimoniaux en Droit espagnol: entre Code Civil et Droits régionaux. En: A. Bonomi y M. Steiner (eds.), *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé*. Ginebra: Droz, 147-176.

ASUA GONZÁLEZ, C.I. (2017). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. IV). Cizur Menor: Aranzadi, 43-127.

BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2005). Disposiciones generales. En: J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, 41-107.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. (1982). Comentarios a los artículos 142 a 153 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (2.ª ed., t. III, v. II). Madrid: Edersa, 1-54.

BENAVENTE MOREDA, P. (2003). Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial. En: AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (t. III). Madrid: Civitas, 4427-4443.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, 139-153.

BLASCO GASCÓ, F. DE P. y CLEMENTE MEORO, M.E. (2017). El régimen económico matrimonial valenciano. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. VII), Cizur Menor: Aranzadi, 1324-1391.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2013). La configuració de la compensació económica per raó de treball en el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. En: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del Dret català de la persona i de la familia: materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*. Gerona: Documenta Universitaria, 375-401.

BUSTOS MORENO, Y.B. (2001). *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid: Dykinson.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2012). La separación de bienes. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas, 1205-1233.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). Comentarios a los artículos 181 a 197 del Código Civil. En: J.C. Paz-Ares Rodríguez y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil* (2.ª ed., t. I). Madrid: Ministerio de Justicia, 599-624.

CANO TELLO, C.A. (1981). El sujeto pasivo de los gastos funerarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 542, 67-72.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1960). *Derecho civil español, común y foral* (8.ª ed., t. V, v. I). Madrid: Reus.

CASTILLA BAREA, M. (2017). La separación. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. II), Cizur Menor: Aranzadi, 133-243.

CAVANILLAS MÚGICA, S. (2000). El régimen económico matrimonial. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Martínez-Simancas Sánchez (dirs.), *Derechos civiles de España* (v. VIII). Cizur Menor: Aranzadi, 4841-4873.

CLEMENTE MEORO, M.E. (2012). El régimen económico matrimonial. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas, 539-589.

CUADRADO IGLESIAS, M. (1993). La gestión en el Código Civil. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, 377-492.

CUENA CASAS, M. (2013). Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil* (t. VII). Valencia: Tirant lo Blanch, 10088-10164.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2016). Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja. En: M. A. Parra Lucán (dir.), *La autonomía privada en el Derecho civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 173-244.

— (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J.J. Rams Albesa (coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*. Madrid: Dykinson, 117-272.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1984). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. I). Madrid: Tecnos, 1975-1976.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1955). *Derecho civil de España* (3.ª ed., t. I). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentarios a los artículos 1344 a 1410 del Código Civil. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (2.ª ed., t. XVIII, v. II). Madrid: Edersa.

— (1985). Comentarios a los artículos 1411 a 1444 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (t. XVIII, v. III), Madrid: Edersa.

— (1982). Comentarios a los artículos 1315 a 1343 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (t. XVIII, v. I), Madrid: Edersa.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. y HERRERO GARCÍA, M.J. (1994). Comentarios a los artículos 102 y 103 del Código Civil. En: J.L. Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (2.ª ed.). Madrid: Civitas, 1219-1321.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2020). Gastos ordinarios y extraordinarios. *Familia y sucesiones ICAV*, núm. 15, 16-23.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1984). Comentarios a los artículos 142 a 148 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. II). Madrid: Tecnos, 1027-1039.

— (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid: Tecnos.

DÍAZ ALABART, S. (2015). Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares. *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 35-68.

— (2006). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad). *Aranzadi Civil: Revista quincenal*, núm. 3, 15-50.

— (1992). El pseudo status familiae en el Código Civil: una nueva relación familiar. *Revista de Derecho Privado*, 839-856.

— (1987). La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela. *Anuario de Derecho Civil*, 795-894.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984). Comentarios a los artículos 1315 a 1324 y 1375 a 1410 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. II). Madrid: Tecnos, 1492-1514 y 1760-1807.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho civil* (12.ª ed., v. IV, t. I). Madrid: Tecnos.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (1982). El interés de la familia. *Documentación Jurídica*, núms. 33-36, 3-21.

EGEA FERNÁNDEZ, J. (2000). Comentarios a los artículos 4 y 5 del Código de Familia. En: J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), A. Lamarca Marqués

y C. Ruisánchez Capelastegui (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Madrid: Tecnos, 93-114.

GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (2.ª ed., t. II). Madrid: Edersa.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (t. II). Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

GARCÍA RUBIO, M.P. (1995). *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid: Civitas.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C. (1986). Comentarios a los artículos 259 a 270 del Código Civil. En: M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos, 447-537.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1971). *Lecciones de Derecho civil: familia*. Granada.

HERRERO GARCÍA, M.J. (1993). Comentario a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil. En: J. C. Paz-Ares Rodríguez y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil* (2.ª ed., t. II). Madrid: Ministerio de Justicia, 571-602.

HUALDE MANSO, M.T. (2017). La familia en el Derecho civil de Navarra. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. VII). Cizur Menor: Aranzadi, 637-827.

— (2010). Los regímenes económicos matrimoniales y familiares en el Derecho civil de Navarra. En: F. Lledó Yagüe y M. P. Ferrer Vanrell (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*. Madrid: Dykinson, 806-835.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1979). El régimen económico del matrimonio. En: AA.VV., *La reforma del Derecho de familia del Código Civil Español* (fasc. I). Madrid: Instituto Nacional de Prospectiva, 15-97.

— (1977). *El nuevo Derecho civil de la mujer casada* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.

— (1963). *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*. Barcelona: Bosch.

— (1961). *Derecho de sucesiones: parte general*. Barcelona: Bosch.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. J. (2010). *Elementos de Derecho civil* (4.ª ed., t. IV). Madrid: Dykinson.

LÓPEZ PELÁEZ, P. (2020). *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARCO MOLINA, J. (2017). Las disposiciones preliminares al régimen económico matrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. VII). Cizur Menor: Aranzadi, 130-138.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2014). Estudio jurídico civil de la explotación agraria de titularidad compartida y de la compensación por colaboración efectiva en la explotación agraria desde la perspectiva del régimen económico matrimonial. *Anuario de Derecho Civil*, 517-597.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (1995). *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Madrid: Civitas.

MASOT MIQUEL, M. (2000). Comentarios a los artículos 3 a 13 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (2.ª ed., t. XXXI, v. I). Madrid: Edersa, 60-333.

— (1980). Comentarios a los artículos 3 a 5 de la Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (1.ª ed., t. XXXI, v. I). Madrid: Edersa, 63-145.

MIRAMBELL ABANCÓ, A. (1995). Comentario al artículo 8 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. En: A.M. Casanovas Mussons, J. Egea Fernández, M. C. Gete-Alonso y Calera y A. Mirambell Abancó (coords.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*. Barcelona: Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, 39-50.

MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. I). Madrid: Tecnos, 1914-1963.

MORALES MORENO, A.M. (1995). Cargas del matrimonio. En: A. Montoya Melgar (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica* (v. I). Madrid: Civitas, 935-937.

— (1984). Comentarios a los artículos 1411 a 1434 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. II). Madrid: Tecnos, 1808-1913.

— (1977). Comentario al artículo 66 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil: el nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975* (v. II). Madrid: Tecnos, 983-997.

MORO ALMARAZ, M.J. (1986). Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español. *Revista de Derecho Privado*, 1020-1041.

PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, M.E. (1979). *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña* (t. II). Barcelona: Bosch.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. III). Cizur Menor: Aranzadi, 667-1526.

— (2003). Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales. En: AAVV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (t. III). Madrid: Civitas, 4887-4900.

— (2001). *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*. Madrid: Dykinson.

— (1987). *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Madrid: Tecnos.

RAMS ALBESA, J.J. (2000). Comentarios a los artículos 95 a 106 del Código Civil. En: J. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil* (t. II, v. I). Barcelona: Bosch, 1007-1053.

— (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos.

REBOLLEDO VARELA, A.L. (2013). Comentarios a los artículos 1344 a 1410 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil* (t. VII). Valencia: Tirant lo Blanch, 9497-9970.

— (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*. Madrid: Montecorvo.

RIBERA BLANES, B. (2009). El trabajo doméstico en la ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. M.L. Atienza Navarro, R. Evangelio

Llorca, M.D. Mas Badía y M.P. Montes Rodríguez (coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*. Valencia: Universidad de Valencia, 803-816.

RIBOT IGUALADA, J. (2000). Comentarios a los artículos 259 a 260 del Código de Familia. En: J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), A. Lamarca Marqués y C. Ruisánchez Capelastegui (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Madrid: Tecnos, 1049-1056.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. (2000). Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil. En: M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil* (t. II). Granada: Comares, 2343-2587.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). Comentarios a los artículos 102 a 106 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. I). Madrid: Tecnos, 650-750.

ROCA TRÍAS, M.E. (2005). Els efectes personals i patrimonials del matrimoni. En: L. Puig Ferriol y M. E. Roca Trías, *Institucions del Dret civil de Catalunya* (6.ª ed., v. II). Valencia: Tirant lo Blanch, 355-386.

— (1989). El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad. En: Instituto de Ciencias para la Familia, *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio: bases conceptuales y criterios judiciales* (2.ª ed.). Pamplona: Universidad de Navarra, 175-263.

— (1984). Comentarios a los artículos 90 a 101 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. I). Madrid: Tecnos, 540-649.

RUDA GONZÁLEZ, A. (2014). Comentarios a los artículos 237-1 a 237-8 del Código Civil de Cataluña. En: J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), E. Farnós Amorós (coord.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya: Família y relacions convivencials d'ajuda mútua*. Barcelona: Atelier, 974-1010.

RUEDA PÉREZ, M.A. y RUEDA PÉREZ, J.M. (1982). Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981. *Revista de Derecho Privado*, 556-593.

SARMIENTO RAMOS, J. (1993). Comentarios a los artículos 1035 a 1050 del Código Civil. En: J. C. Paz-Ares Rodríguez y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil* (2.ª ed., t. I). Madrid: Ministerio de Justicia, 2435-2469.

SERRANO ALONSO, E. (1986). El trabajo en el hogar como contribución a las cargas del matrimonio. En: AA.VV., *Liber amicorum: Profesor don Ignacio de la Concha*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 463-470.

TORRALBA SORIANO, V. (1984). Comentarios a los artículos 1344 a 1374 del Código Civil. En: AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (v. II). Madrid: Tecnos, 1582-1759.

TORRES LANA, J.A. (1991). Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil. En: J.L. Albácar López y J. Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia* (t. IV). Madrid: Trivium, 845-1083.

VALLADARES RASCÓN, E. (2021). Comentarios a los artículos 1035 a 1050 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, 1321-1336.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (1982). *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 209-250.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2017). La patria potestad. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia* (2.ª ed., v. VI). Cizur Menor: Aranzadi, 51-199.

NOTAS

[1] En esta dirección, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 50).

[2] *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 50).

[3] Así lo consideran: CUADRADO IGLESIAS (1993, 421); REBOLLEDO VARELA (2013, 9525).

[4] *Vid.* DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1999, 142); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1802); RAGEL SÁNCHEZ (2017, 877-878); REBOLLEDO VARELA (2013, 9525 y 9527); TORRALBA SORIANO (1984, 1599-1600).

[5] Del mismo modo, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1830); CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4855); CUENA CASAS (2013, 10112); MORALES MORENO (1995, 936); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 233; 1987, 66).

[6] Así lo estima: RAGEL SÁNCHEZ (2001, 233).

[7] *Vid.* CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4855); CUADRADO IGLESIAS (1993, 421); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 233).

[8] *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA (2016, 344).

[9] *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 170).

[10] *Vid.* MORALES MORENO (1977, 993-994); REBOLLEDO VARELA (1983, 379).

[11] Sobre estos extremos, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA (1984, 1032); RUDA GONZÁLEZ (2014, 981).

[12] En esta dirección, *vid.* LACRUZ BERDEJO (1961, 275-276).

[13] *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA (1984, 1033-1034); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 46).

[14] BOCGCD, serie A, núm. 71-I, 14 de septiembre de 1979, 338.

[15] Así lo indican: BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1982, 29); DELGADO ECHEVERRÍA (1984, 1034); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 46); GARCÍA RUBIO (1995, 220); RIBOT IGUALADA (2000, 1051).

[16] En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (1996, 156); CUENA CASAS (2013, 10118); GULLÓN BALLESTEROS (1971, 100); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 239; 1987, 56).

[17] Así lo indican: ARROYO AMAYUELAS (2010, 1573); LACRUZ BERDEJO (1979, 21); SERRANO ALONSO (1986, 465). Respecto de la equiparación de la inversión de fondos comunes con la actividad de cualquiera de los cónyuges en la sociedad de gananciales, *vid.* BENAVENTE MOREDA (2003, 4434).

[18] *Vid.* BARCELÓ DOMÉNECH (2005, 60-61); CLEMENTE MEORO (2012, 549); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1501); HERRERO GARCÍA (1993, 580); LACRUZ BERDEJO *et al.* (2010, 36); MORO ALMARAZ (1986, 1032); RIVERA FERNÁNDEZ (2000, 2356).

[19] En idéntica dirección, *vid.* DÍAZ ALABART (2015, 47; 1992, 853); RAGEL SÁNCHEZ (2003, 4896); YZQUIERDO TOLSADA (2017, 71-72).

[20] Sugiere también la observación de este reglamento: VERDERA IZQUIERDO (2013, 221).

[21] BOCG, núm. 155, 4 de octubre de 1978, 3379. En este sentido, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA (2013, 188).

[22] *Vid.* BOSCH CAPDEVILA (2013, 385); MARTÍN MELÉNDEZ (2014, 583).

[23] En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1830); CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4856); CLEMENTE MEORO (2012, 550); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1982, 110); DELGADO ECHEVERRÍA (1974, 354); GARCÍA RUBIO (1995, 34); PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (1979, 131); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 236); REBOLLEDO VARELA (1983, 381-382); RIVERO HERNÁNDEZ (1984, 710 y 714).

[24] *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS (1960, 199).

[25] Así lo creen: BARCELÓ DOMÉNECH (2005, 60-61); CLEMENTE MEORO (2012, 549); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1501); HERRERO GARCÍA (1993, 580); LACRUZ BERDEJO *et al.* (2010, 36); MORO ALMARAZ (1986, 1032); RIVERA FERNÁNDEZ (2000, 2359).

[26] *Vid.* MORALES MORENO (1977, 993).

[27] *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1765); MORALES MORENO (1984, 1866).

[28] *Vid.* ÁLVAREZ LATA (2015, 155); RUDA GONZÁLEZ (2014, 983).

[29] *Vid.* RUDA GONZÁLEZ (2014, 983).

[30] *Vid.* CANO TELLO (1981, 71).

[31] *Vid.* BUSTOS MORENO (2001, 200-201).

[32] *Vid.* ÁLVAREZ OLALLA (2021b, 1829); BLASCO GASCÓ y CLEMENTE MEORO (2017, 1342-1343); BUSTOS MORENO (2001, 202); EGEA FERNÁNDEZ (2000, 104).

[33] *Vid.* BLASCO GASCÓ y CLEMENTE MEORO (2017, 1342-1343); BUSTOS MORENO (2001, 202); EGEA FERNÁNDEZ (2000, 104).

[34] *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ (2000, 104).

[35] En el mismo sentido, respecto de las operaciones de inversión, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1829); CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4854); CUENA CASAS (2013, 10112); MARCO MOLINA (2017, 136-137); MASOT MIQUEL (1980, 94-95); RAGEL SÁNCHEZ (1987, 116); ROCA TRÍAS (2005, 363).

[36] Por todos, *vid.* REBOLLEDO (2013, 9649).

[37] En este sentido, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO (1955, 435-436).

[38] *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO (1955, 436). Equiparando la actuación en interés de la familia a la del buen padre de familia, *vid.* DORAL GARCÍA DE PAZOS (1982, 6). En dirección similar, a propósito de la gestión realizada por uno de los cónyuges sobre los bienes o intereses del otro bajo la vigencia del régimen de separación de bienes, se pronuncia: ALBALADEJO GARCÍA (2013, 189).

[39] *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1982, 29); DELGADO ECHEVERRÍA (1984, 1028-1030).

[40] Así lo creen: BARCELÓ DOMÉNECH (2005, 60-61); CLEMENTE MEORO (2012, 549); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1501); HERRERO GARCÍA (1993, 580); LACRUZ BERDEJO *et al.* (2010, 36); MORO ALMARAZ (1986, 1032); RIVERA FERNÁNDEZ (2000, 2356).

[41] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS (2006, 149); CUENA CASAS (2013, 10110); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1985, 401); GARCÍA RUBIO (1995, 36); HERRERO GARCÍA (1993, 580-581); LACRUZ BERDEJO (1963, 254); MASOT MIQUEL (2000, 129); MORALES MORENO (1977, 993); RAMS ALBESA (1992, 338); REBOLLEDO VARELA (1983, 390); CLEMENTE MEORO (2012, 547).

[42] En este sentido, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1774-1775).

[43] Asimila ambas partidas de gastos: DÍAZ ALABART (2006, 50).

[44] Reconocen esta forma de contribución: ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1830); ASUA GONZÁLEZ (2017, 96); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2016, 197); EGEA FERNÁNDEZ (2000, 109); MORALES MORENO (1984, 1819 y 1898); RIBERA BLANES (2009, 804).

[45] Del mismo modo, *vid.* RAMS ALBESA (2000, 1046-1048).

[46] *Vid.* REBOLLEDO VARELA (1983, 383-384).

[47] *Vid.* LACRUZ BERDEJO (1963, 172-174).

[48] *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ (2000, 105); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 236).

[49] Así lo consideran: BARCELÓ DOMÉNECH (2005, 70-71); CLEMENTE MEORO (2012, 553-554); CUENA CASAS (2013, 10110); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2009, 245); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1999, 314 y 318; 1985, 396); GARCÍA RUBIO (1995, 36); HERRERO GARCÍA (1993, 585); LACRUZ BERDEJO (1977, 86); MONTÉS PENADÉS (1984, 1935-1936); MORALES MORENO (1977, 993); RAGEL SÁNCHEZ (2017, 1258; 1987, 59); RAMS ALBESA (1992, 338); REBOLLEDO VARELA (1983, 396).

[50] En este sentido, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2006, 153).

[51] *Vid.* DE VERDA Y BEAMONTE (2020, 20); VALLADARES RASCÓN (2021, 1329).

[52] *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA (2015, 192); LACRUZ BERDEJO (1961, 579).

[53] *Vid.* SARMIENTO RAMOS (1993, 2453).

[54] *Vid.* VALLADARES RASCÓN (2021, 1329).

[55] Equiparan los objetos artísticos e históricos a los preciosos: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 277).

[56] *Vid.* MORALES MORENO (1977, 993-994); REBOLLEDO VARELA (1983, 379).

[57] *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA (1984, 1032); MORALES MORENO (1977, 993-994); RIBOT IGUALADA (2000, 1052); RUDA GONZÁLEZ (2014, 980).

[58] En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (1996, 157).

[59] *Vid.* CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4855); CUENA CASAS (2013, 10112); MORALES MORENO (1995, 936); RAGEL SÁNCHEZ (2001, 233; 1987, 66).

[60] *Vid.* RUEDA PÉREZ y RUEDA PÉREZ (1982, 559).

[61] En el mismo sentido, *vid.* BUSTOS MORENO (2001, 233); REBOLLEDO VARELA (2013, 9646).

[62] Así lo indican: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1765); MORALES MORENO (1984, 1866); PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (1979, 348-349); REBOLLEDO VARELA (2013, 9743).

[63] *Vid.* GARCÍA GOYENA (1852, 251).

[64] *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1982, 8-10); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 50).

[65] *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ (2001, 141).

[66] En este sentido, *vid.* CLEMENTE MEORO (2012, 547-548); DÍAZ ALABART (1992, 851); GARCÍA RUBIO (1995, 25); MORALES MORENO (1995, 935).

[67] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS (2006, 149).

[68] Así lo indica: CUENA CASAS (2013, 10111). Excluyen los gastos de los hijos no comunes de entre las cargas matrimoniales para los regímenes de separación de bienes: ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1830; 1996, 58); CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4856); CUENA CASAS (2013, 10111); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2009, 251); MORO ALMARAZ (1986, 1038); PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (1979, 427).

[69] En la misma dirección, *vid.* ARROYO AMAYUELAS (2010, 1572); CABANILLAS SÁNCHEZ (2012, 1224); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1985, 373); DÍAZ ALABART (2015, 47); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 133).

[70] En este sentido, *vid.* DÍAZ ALABART (2006, 49).

[71] *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA (1986, 510-511).
[72] *Vid.* LÓPEZ PELÁEZ (2020, 80).
[73] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS (2006, 149).
[74] En este sentido, *vid.* ROCA TRÍAS (1989, 184).
[75] *Vid.* ARROYO AMAYUELAS (2006, 149).
[76] Así lo sostienen: DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA (1994, 1295); GARCÍA CANTERO (1982, 462); ROCA TRÍAS (1989, 193).
[77] Así lo indica: ROCA TRÍAS (1989, 184).
[78] *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1982, 10).
[79] En esta dirección se pronuncia: ROCA TRÍAS (1989, 184; 1984, 601).
[80] Afirman también su subsistencia: MASOT MIQUEL (2000, 122); MIRAMBELL ABANCÓ (1995, 46); MORALES MORENO (1995, 937); ROCA TRÍAS (1989, 184); VALPUESTA FERNÁNDEZ (1982, 252-253).
[81] En este sentido, *vid.* HUALDE MANSO (2017, 792; 2010, 835).
[82] Así lo sostiene: CASTILLA BAREA (2017, 160).
[83] En la misma dirección, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 172); MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (1995, 58-59); REBOLLEDO VARELA (2013, 9687); TORRES LANA (1991, 954-955).
[84] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ (1993, 601).
[85] *Vid.* MONTÉS PENADÉS (1984, 1935-1936).
[86] *Vid.* TORRALBA SORIANO (1984, 1668-1669).
[87] En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1829); CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4854); CUENA CASAS (2013, 10112); MARCO MOLINA (2017, 136-137); MASOT MIQUEL (1980, 94-95); RAGEL SÁNCHEZ (1987, 116); ROCA TRÍAS (2005, 363).
[88] Admiten esta forma de contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales: ÁLVAREZ OLALLA (2021, 1830); ASUA GONZÁLEZ (2017, 96); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2016, 197); EGEA FERNÁNDEZ (2000, 109); MORALES MORENO (1984, 1819 y 1898); RIBERA BLANES (2009, 804).
[89] En este sentido, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ (1987, 116).
[90] *Vid.* LÓPEZ PELÁEZ (2020, 89).
[91] *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ (2000, 105); RAGEL SÁNCHEZ (1987, 236).
[92] En la misma dirección, *vid.* CUENA CASAS (2013, 10111); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1999, 318); MORO ALMARAZ (1986, 1024).
[93] Señalan que las cargas matrimoniales se circunscriben a la familia nuclear: BARCELÓ DOMÉNECH (2005, 60); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1500); GARCÍA RUBIO (1995, 38-39); MONTÉS PENADÉS (1984, 1935); TORRES LANA (1991, 862 y 1073).
[94] En este sentido, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA (2000, 4856); CLEMENTE MEORO (2012, 548); DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2009, 242 y 251); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1984, 1500); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2018, 133); GARCÍA RUBIO (1995, 40); MONTÉS PENADÉS (1984, 1935).
[95] Así lo hacen: DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1984, 1975); DÍAZ ALABART (1987, 883).
[96] *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ (2000, 96-97).
[97] De modo similar, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA (1996, 156-157).
[98] *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ (2000, 104).
[99] En este sentido, *vid.* BOSCH CAPDEVILA (2013, 385); MARTÍN MELÉNDEZ (2014, 583).

(Trabajo recibido el 31 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2022)

Reformas y tendencias del Derecho de consumo: producción sostenible y lucha contra la obsolescencia*

Reforms and trends in Consumer Law: sustainable production and the fight against obsolescence

por
JAVIER AVILÉS GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN: Quiérase o no, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS), constituyen la hoja de ruta avanzada en Europa para la sostenibilidad. La Unión Europea dirige las líneas maestras de su implementación, y el transcurso del tiempo evidencia el peligro de incurrir en una retórica huera sobre las exigencias inevitables de esta «sostenibilidad». En consecuencia, parece muy necesario un mayor esfuerzo para explicar con rigor sus objetivos y los previsibles cambios en la profusa reglamentación, normativa y trabajos preparatorios que inciden sobre la vida útil de los bienes o productos de consumo, que exigen medidas claras y precisas en la

* El estudio forma parte de un *Proyecto de Investigación* financiado dentro del Plan Nacional I+D+i cuyo objetivo es analizar las adaptaciones, transformaciones y orientaciones futuras del *Derecho Privado y de Consumo* dentro de las líneas de trabajo desarrolladas por el Grupo de Investigación «*Garantías, jurisprudencia y reformas del Derecho privado europeo*» (*GAJUDE*), cuyo IP es el autor único de este estudio.

lucha contra la obsolescencia técnica o programada. Dentro de la copiosa y dispersa legislación nacional y europea vigentes, un análisis jurídico transversal del ciclo de vida útil mínima de los bienes de consumo, nos permite identificar los problemas y vislumbrar soluciones en las disfuncionalidades de la cadena de distribución entre productores, empresarios y consumidores, en el contexto de esa materia gris que denominamos «Derecho de Consumo» indefectiblemente unida al Derecho civil, elemento vertebrador indispensable. No cabe duda que el principio de sostenibilidad de los bienes de consumo debe conjugarse necesariamente con la protección de los derechos de los consumidores, en medio de una economía circular y colaborativa más competitiva que facilite la lucha contra la obsolescencia.

ABSTRACT: Like it or not, the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) constitute the advanced roadmap in Europe for sustainability. The European Union directs its implementation, and the passage of time shows the danger of incurring in empty rhetoric about the inevitable demands of this «sustainability». Consequently, a greater effort seems to be very necessary to rigorously explain its objectives and the foreseeable changes in the profuse regulations and standards that affect the useful life of consumer goods or products, which require clear and precise measures in the fight against technical or planned obsolescence. Within the copious and scattered national and European legislation in force, a transversal legal analysis of the minimum useful life cycle of consumer goods allows, us to identify problems and glimpse solutions in the distribution chain between producers, businessmen and consumers, in the context of that gray matter that we call «Consumer Law» inevitably linked to Civil Law, an essential backbone element. There is no doubt that the principle of sustainability of consumer goods must necessarily be combined with the protection of consumer rights, in the midst of a more competitive circular economy that facilitates the fight against obsolescence.

PALABRAS CLAVE: Derecho de consumo. Sostenibilidad. Obsolescencia. Bienes de consumo. Durabilidad-reparabilidad. Garantías. Piezas de recambio. Servicios postventa. Ecodiseño de productos. Mercado único europeo.

KEY WORDS: Consumer law. Sustainability. Obsolescence. Consumer goods. Durability-reparability. Guarantees. Interchange parts. Repair services. Product eco-design. Single european market.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PUNTO DE PARTIDA INDISPENSABLE PARA UNA PRODUCCIÓN Y CONSUMO RES-

PONSABLES: EL CORRECTO ECODISEÑO LEGAL DE LOS BIENES O PRODUCTOS DE CONSUMO: 1. El nuevo concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo en el contexto de una economía circular: *A) La estrecha conexión del derecho a reparar con el ecodiseño de bienes o productos sostenibles. B) Ecodiseño, lucha contra la obsolescencia y protección del consumidor: reformas y propuestas legislativas en marcha.* 2. Protección de los consumidores e información sobre la vida útil y disponibilidad de piezas de recambio y servicios de reparación. 3. La imprescindible determinación legislativa del contexto y alcance jurídico del concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo: distinción de la dualidad de planos (conformidad y reparabilidad).—III. LA RELEVANCIA DE UNA APLICACIÓN UNIFORME E INTEGRAL DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE BIENES DE CONSUMO SOSTENIBLES EN LOS ESTADOS MIEMBROS: 1. El supuesto particular del derecho a la reparación de bienes de consumo y libre acceso a las piezas de recambio. 2. La verificación de una legislación en España inarmónica con la normativa europea de mercado único. —IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Con la creciente preocupación por los problemas ambientales y el cambio climático, la Unión Europea (UE) y cada uno de los Estados miembros han asumido como propio el compromiso global de la *Agenda 2030* de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. Dentro de esta *Agenda 2030* el Objetivo 12, sobre una *«Producción y consumo responsables»,* puede calificarse de primordial, por cuanto que su finalidad consiste en *«garantizar modalidades de producción y consumo sostenibles»* (ODS 12). Esto presupone que toda una serie de metas y acciones legales transversales y complejas deberán ser asumidas por gobiernos, empresas y consumidores en la prosecución de un objetivo tan amplio y exigente[1].

El contexto en que nació el ODS 12 de las Naciones Unidas fue la constatación de que el consumo y la producción, fuerzas impulsoras de la economía mundial, vienen condicionadas por el *uso* del medio ambiente y sus recursos naturales, circunstancia que, indefectiblemente, seguirá teniendo efectos destructivos e irreversibles sobre el planeta. Se ha señalado con acierto que un consumo y producción sostenibles consisten en hacer más y mejor con menos. Este ODS 12 busca desvincular el crecimiento económico de la degradación medioambiental, aumentar la eficiencia de recursos y promover estilos de vida más sostenibles, teniendo en cuenta que estos objetivos van inevitablemente unidos al uso y adquisición de bienes dentro de

la sociedad global de consumo. Partimos de que multitud de aspectos legales del Derecho de Consumo europeo se verán irreversiblemente afectados por un adecuado uso y reciclaje de los bienes de consumo, por lo que se hace preciso comprender mejor los complejos efectos ambientales y sociales de los productos y servicios asociados a los parámetros de la nueva economía circular y colaborativa, para poder así legislar mejor en esta materia, profundizando en los ciclos de vida útil de las distintas categorías de bienes de consumo y la forma en que se verán afectados con el transcurso del tiempo.

Este estudio aborda algunos de los principales problemas legales a los que actualmente se enfrenta el Derecho de Consumo privado en esta materia, que inciden en la producción de los bienes de consumo y en una más adecuada prestación de servicios en la sociedad del siglo XXI, problemas inherentes a una mejor protección del consumidor a escala global, en el contexto de lo que se viene denominando *taxonomía verde europea*. Se analiza aquí particularmente lo que subyace en los actuales cambios legales en curso, como es, por ejemplo, lo que ocurre a la hora de comprar y elegir tales o cuales bienes en lugar de otros, en tanto esto permita o no al consumidor optar por soluciones sostenibles en el último eslabón de la cadena de distribución. Vemos relevante, como apéndice crítico final de este estudio, mostrar cómo la tarea de los poderes públicos nacionales no puede ser pasiva en este contexto europeo de reformas en marcha, sino que exige un esfuerzo adicional para adaptarse coherentemente con cada una de las propuestas y medidas legislativas europeas inspiradas en el ámbito de la sostenibilidad y de la economía circular europeas, y, en nuestro caso, muy específicamente, con muchas de las directrices vinculantes que va marcando toda la normativa europea en transformación en esta materia[2].

El ODS 12 de Naciones Unidas constituye, pues, la guía actual para la mejora de los derechos de los consumidores en el contexto de la normativa europea, al igual que ocurre con las instituciones que velan porque la protección del consumidor y usuario sea más eficaz y sostenible. Parejamente, de manera muy positiva, comprobamos que todo esto marcha inexcusablemente unido, desde el punto de vista económico, al incremento de la cadena de valor (producción, distribución y consumo) para todas las empresas fabricantes o productoras de cualesquiera categorías de bienes de consumo[3].

Desde la perspectiva supranacional del ODS 12 de la *Agenda 2030*, la Unión Europea (UE) y cada uno de sus Estados miembros vienen dedicando desde el año 2015 cada vez más recursos a mejorar la legislación europea de protección del consumidor. Entre los hitos cronológicos más relevantes a tener muy en cuenta y que prefiguran lo que normativamente está por llegar en esta materia, en el mismo año 2015 la propia Comisión Europea (CE) publicó su primer *Plan de Acción para la economía circular*, donde se subrayaba el papel crucial desempeñado por los actores económicos adop-

tando como eje vertebrador de la economía el impulso y fomento de un consumo responsable y sostenible[4].

Posteriormente, tras ese primer Plan de Acción se invitó al Parlamento Europeo, junto con todos los gobiernos y partes interesadas, a trabajar hacia ese amplio objetivo común. En julio del año 2017, el Parlamento Europeo redactó la importante «*Resolución sobre una vida útil más larga de los productos y sus beneficios específicos para consumidores y empresas*», recomendando importantes cambios tanto en la normativa de la Unión Europea como en las legislaciones nacionales[5]. En mayo del año 2018, el Parlamento Europeo aprobó otra resolución específica relacionada con la implementación progresiva de la trascendental Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico de productos[6]. Pero no fue hasta marzo del año 2019 cuando la Comisión Europea publicó su «*Informe sobre la implementación del Plan de Acción de economía circular*», afirmando, tal vez un tanto pretenciosamente, que la mayoría de las iniciativas previstas muy pronto verían la luz[7]. En diciembre del año 2019, la Comisión Europea publicó su *Pacto Verde Europeo*, que justifica cómo la actual transformación normativa supone realmente una oportunidad única e insoslayable para los Estados miembros en esta materia[8]. Y fue finalmente en marzo del año 2020, por cerrar esta sucesión de hitos relevantes, cuando la Comisión Europea publicó su «*Nuevo Plan de acción de economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*», donde se determinan claramente los objetivos que deben desbrozarse e implementarse legislativamente en esta materia en estos próximos años hasta 2030[9]. Finalmente, ha sido en este año 2022 cuando la Comisión Europea ha presentado tres importantes propuestas normativas incardinadas en el Pacto Verde Europeo y el Nuevo Plan de acción[10].

II. EL PUNTO DE PARTIDA INDISPENSABLE PARA UNA PRODUCCIÓN Y CONSUMO RESPONSABLES: EL CORRECTO ECODISEÑO LEGAL DE LOS BIENES O PRODUCTOS DE CONSUMO

Ante los problemas y soluciones que ahora se están dilucidando en la Unión Europea partimos de la premisa contrastada de que más del 80% del impacto ambiental de un bien o producto puesto en el mercado se determina *ex ante*, es decir, en la etapa decisiva de ecodiseño industrial, lo que inevitablemente juega un papel primordial con el impulso de la nueva economía circular[11]. Debe tenerse muy presente que mientras el 55% de emisiones de gases de efecto invernadero se asocia a la producción de energía, el 45% restante lo es a la producción de bienes y servicios. Al diseñar cualquier bien o producto, se están tomando decisiones sobre el tipo y cantidad de materiales que pasan a integrarse en la cadena de suministro, muy señala-

damente aquellas que inciden en su perdurabilidad, facilidad de reparación y mantenimiento, así como en la eventual reciclabilidad de cada uno de sus componentes[12]. En otras palabras, parece una realidad incontestable el hecho de que «una vez que un producto se comercializa, es relativamente muy poco lo que puede hacerse para mejorar sus características medioambientales»[13].

No olvidemos, además, que el reciente concepto legal básico de «durabilidad», reforzado merced a la nueva normativa europea sobre compraventa de bienes y suministro de contenidos y servicios digitales, afecta cada vez en mayor grado a la efectiva protección de los derechos del consumidor, donde el principio de sostenibilidad marcha indefectiblemente de la mano de la protección real y efectiva del consumidor en materia de producción sostenible[14]. Valga apostillar que, recientemente, el legislador europeo se ha decantado por utilizar preferiblemente el vocablo «bien» para referirse a cualesquiera bienes tangibles de consumo (con o sin elementos digitales), aun cuando el término «producto» continúa siendo igualmente utilizado para referirse a la legislación específica atinente a los productos de consumo. Nosotros utilizaremos ambos sintagmas de manera análoga e indistinta, prevalentemente el de «bien» por ser actualmente el predominante en la normativa de la Unión Europea.

Aunque en el marco europeo algún legislador nacional parezca olvidarlo, ha sido esencialmente la Directiva 2009/125/CE, sobre requisitos de diseño ecológico, la que continúa permitiendo establecer toda una serie de requisitos legales obligatorios de diseño para la puesta en el mercado de amplias categorías o tipos de bienes específicos, por el momento relacionados preferentemente con el uso de la energía[15]. Pero, aun cuando el enfoque legal principal, hasta ahora, en materia de sostenibilidad ha sido establecer mejoras en la eficiencia energética de ciertos bienes, conviene subrayar que el actual proyecto normativo de la Unión Europea en esta materia proyecta ampliar todos estos requisitos legales de diseño ecológico a una muy amplia gama o categoría de bienes no relacionados con la energía, ampliando con ello exponencialmente el espectro de perdurabilidad, reparabilidad y reciclabilidad de toda la cadena de valor empresarial (producción, distribución y consumo)[16].

En este ámbito de la sostenibilidad del producto vinculado al concepto esencial de «durabilidad» (perdurabilidad si se quiere), si bien la Unión Europea viene trasladando desde hace años en su normativa los requisitos mínimos de diseño ecológico sobre la perdurabilidad de algunos bienes, no ha sido hasta ahora cuando este objetivo se va amplificando a otras nuevas categorías o tipos de bienes afectados por la obsolescencia, como es el amplio sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), ordenadores y servidores informáticos, etc.[17]. Junto al conocido objetivo normativo en la Unión Europea de mejora de la perdurabilidad de los bienes de consumo, se le une ahora la exigencia de incorporar una serie de

requisitos informativos sobre determinadas cualidades específicas de tales bienes de consumo, y que van desde disponer con facilidad de instrucciones precisas sobre cómo deben ser las operaciones de desmontaje de cada aparato, hasta el hecho de proporcionar todas las herramientas necesarias a quienes se ocupan del mantenimiento, reparación, reutilización, reciclaje y actualización de los servidores y productos de almacenamiento de datos, cuestiones todas ellas que inciden particularmente en la problemática de la obsolescencia y los derechos del consumidor[18].

Sea como fuere, una fecha clave en este tránsito normativo ha sido la de 1 de marzo de 2021 cuando, para todo el ámbito de la Unión Europea, han entrado en vigor una serie de requisitos legales de diseño ecológico sobre bienes o aparatos de uso ordinario y generalizado, particularmente relevantes por cuanto que, por vez primera, tales requisitos se acompañan de la obligación para fabricantes, importadores y distribuidores de proporcionar, en un plazo fijado de antemano y con la mayor facilidad posible, las piezas de recambio que se precisen, al igual que con la información al consumidor sobre aquellos aspectos esenciales sobre la vida útil de los bienes o productos de consumo. Especialmente importante va a resultar, pues, en el ámbito de la Unión Europea, el nuevo plazo exigido de disponibilidad para que las piezas de recambio de los productos estén a disposición del consumidor, al vincularse este plazo con la vida *útil* estimada para cada tipo o categoría de aparatos sobre los que el legislador europeo ha optado ahora por uniformar esos plazos, medida reciente de control de sostenibilidad en un mercado único en fase de cambio y transformación (aparatos de refrigeración, pantallas electrónicas, lavavajillas, lavadoras y lavadoras-secadoras eléctricas y aparatos de refrigeración con función de venta directa)[19].

Como decimos, junto a la ampliación en los trabajos de la Unión Europea de los muy relevantes requisitos de diseño ecológico, dentro de la iniciativa legislativa en marcha de 30 de marzo de 2022 (ver nota 10), se van incorporando sucesivamente nuevas propuestas de mejora de los requisitos legales de acceso a la información del consumidor para la reparación y mantenimiento efectivo de los bienes de consumo dentro de plazos razonables, lo que será necesario implementar en años sucesivos en la legislación específica de cada Estado miembro.

Al final de este estudio abordamos el estado de esta cuestión en nuestro país, por su particular incidencia en la normativa recientemente modificada del Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 127 *bis* TRLGDCU, piezas de recambio), donde se evidencia la importancia del esfuerzo armonizador por parte de cada Estado miembro para no desviarse de las directrices generales de la Unión Europea en esta materia, que traen causa de la Directiva marco 2009/125/CE de diseño ecológico, y que, en trance de actualización y reforma, continua constituyendo el

eje angular para la ampliación e implementación efectiva de nuevos requisitos de diseño ecológico para la puesta en el mercado de bienes o productos de consumo. Esto reforzará a todas luces el principio de sostenibilidad, uno de cuyos efectos más visibles será la comprobación de una lucha más fácil y efectiva contra la obsolescencia de los bienes de consumo, sea esta programada o técnica[20]. Sin entrar en tecnicismos nos acogemos básicamente aquí a la distinción pacífica entre la denominada *obsolescencia planificada* que prevé una duración aminorada de la vida útil del bien, de aquella otra obsolescencia cuyo sesgo principal afecta a la funcionalidad *operativa o técnica* del mismo (incluimos aquí la obsolescencia *indirecta* —vinculada a la inexistencia de piezas o de mano de obra especializada— y la obsolescencia *por incompatibilidad*, tan relevante en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación merced al fenómeno de la digitalización de los productos y las actualizaciones informáticas)[21].

Parece que el logro del Objetivo ODS 12 de Naciones Unidas dependerá, en última instancia, de la fabricación de bienes más sostenibles, conformes y seguros, en el contexto de un mercado único que precisa, sin demoras, de la adopción de requisitos de diseño ecológico para los distintos bienes de consumo, con la incorporación de nuevos requisitos legales de durabilidad y de reparación que incluyan una atención especial de aquellos bienes con elementos digitales (actualizaciones de programas informáticos, disponibilidad actualizaciones, interdicción de prácticas obsolescentes), y cuya implementación precisará del desarrollo en el TRLGDCU de un nuevo derecho a la información específica al consumidor sobre todos estos nuevos elementos y características[22].

En esta línea, desde la perspectiva del Derecho de Consumo, la legislación europea específica sobre piezas y componentes de vehículos de motor, aunque ha tenido como objetivo esencial fomentar sustantivamente la competencia, a nuestro juicio proporciona algunas de las claves jurídicas que permitirán optimizar, a nivel interno, tanto el mejor acceso a la información indispensable para la reparación y mantenimiento de vehículos para los agentes del sector de reparación y los consumidores, como las herramientas necesarias (incluido el *software* y actualizaciones informáticas*)* que precisen los operadores independientes de los servicios postventa, o, en su caso, para la reutilización y recuperación total o parcial de su vida útil, lo que análogamente podrá trasladarse al tratamiento normativo de otros muchos bienes de consumo[23].

Pues bien, a fecha de hoy, existe un consenso generalizado en la Unión Europea sobre la iniciativa de adoptar nuevos requisitos de diseño ecológico más perfeccionados para una gama mucho más amplia que la de los productos relacionados con la energía, por lo que a corto plazo pasará a extenderse a sectores o categorías distintos. Si bien desde la aparición de la Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico su alcance se viene pro-

yectando progresivamente a muchos productos relacionados con la energía (excluidos los medios de transporte)[24], por el momento no se ha roto la barrera para la inclusión de ningún otro producto que no utilice energía, en el entendido de que esa Directiva 2009/125/CE solamente regula los requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía. Esto deberá cambiar a corto plazo para evitar distorsiones de la competencia causadas por la eventual adopción de tales normas de diseño ecológico a nivel nacional[25]. En esta línea, conviene subrayar que la propia Unión Europea acaba de aprobar en marzo de 2022 una Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo consiste en trasladar muchos de los actuales requisitos de la Directiva 2009/125/CE al ámbito de otros muchos tipos o categorías de bienes de consumo afectados por su serio impacto medioambiental, con especial atención a los sectores de la moda o textil y al de la comercialización de los productos de construcción, lo que indudablemente llegará en estos próximos años con la acción armonizada de todos los Estados miembros de la Unión Europea[26].

En definitiva, lo que la Unión Europea propone en el contexto del Objetivo ODS 12 es una profunda y extensa implementación de la Directiva 2009/125/CE sobre diseño ecológico, incluida su metodología y criterios específicos de medición y cálculos, para lo que será imprescindible tener en cuenta los nuevos derechos del consumidor tras incorporar los requisitos legales de ecodiseño previstos dentro del *Nuevo Plan de acción de economía circular* de la Unión Europea de 2020, prefigurados en este momento en la reciente *Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño* de 30 de marzo de 2022. En este sentido, por ejemplo, ese Nuevo Plan propugna acertadamente que, a partir de ahora, el marco legislativo de diseño ecológico de los bienes no debe desarrollarse de forma separada de la legislación específica de protección de consumidores, asumiendo la idea de que una correcta legislación de ecodiseño de productos sostenibles debe tener siempre en cuenta la mejor y más eficiente protección del consumidor medio. En suma, la legislación de protección del consumidor de la Unión Europea deberá marchar estrecha y coherentemente unida con la idea de sostenibilidad de cualesquiera bienes o productos de consumo. Así, por ejemplo, basta comprobar cómo en el seno de la Unión Europea, a pesar de su lentitud, acaban por abrirse paso iniciativas legislativas, como es, por ejemplo, la que afecta a la venta de cargadores comunes para teléfonos móviles y dispositivos similares, inserta en la denominada «Iniciativa sobre la Electrónica Circular» de la Unión Europea[27].

En último lugar, a efectos de alcanzar de la mejor manera posible las metas de sostenibilidad en conexión con el Derecho de Consumo parece congruente que, contemporáneamente, se proponga un mayor desarrollo

de las normas específicas vigentes sobre perdurabilidad y eficiencia de los recursos productivos (normas de medición, normas de prueba y métodos de verificación de productos), máxime cuando es sabido que algunas de estas normas en muchos Estados miembros limitan las posibilidades de utilizar materiales secundarios[28].

1. El nuevo concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo en el contexto de una economía circular

A) La estrecha conexión del derecho a reparar con el ecodiseño de bienes o productos sostenibles

El mercado único proporciona la masa crítica suficiente que permite a la Unión Europea sentar las pautas en materia de sostenibilidad de los bienes de consumo e influir en el ecodiseño de nuevos bienes y en la gestión de toda la cadena de valor empresarial de producción, distribución y consumo[29]. La Directiva 2009/125/CE, de 21 de octubre, fue transpuesta en España el 18 de febrero de 2011. Han pasado 11 años desde entonces, y el hecho más relevante en este momento es que la propia Unión Europea desde el año 2020 lleva preparando una importante iniciativa legislativa sobre productos sostenibles, cuyo objetivo principal consiste en ampliar todo lo posible el alcance de la Directiva marco 2009/125/CE, materializada con la reciente Propuesta de Reglamento de 30 de marzo de 2022, que va mucho más allá del ámbito de la sostenibilidad de los bienes de consumo relacionados estrictamente con la energía, partiendo del presupuesto de que el próximo marco legal de los requisitos de diseño ecológico se ampliará en el ámbito de la Unión Europea a «la gama más amplia posible de productos (que) propicie la circularidad»[30].

Conviene subrayar que la Directiva 2009/125/CE, 21 de octubre de 2009, cuya transposición pasó un tanto desapercibida en nuestro país, paradójicamente, constituye el punto de partida del marco normativo en transformación que regulará toda una serie de nuevos requisitos de diseño ecológico aplicables a muchas categorías o tipos de bienes de consumo, y que, tras un lapso de más de diez años, sustancialmente a través de una serie de reglamentos de ejecución comunitarios de 1 de octubre de 2019 (en vigor desde 1 de marzo de 2021), por el momento, han implementado en la Unión Europea nuevos requisitos legales para la utilización eficiente y más sostenible posible de una serie de tipos o categorías de productos. Pues bien, estos reglamentos Unión Europea de 2019 suponen la concreción última de este nuevo «derecho a la reparación» de una serie específica de bienes de consumo, cuyo fundamento legal último reside en la delimitación de una serie de

parámetros de diseño ecológico relacionados con la perdurabilidad de una amplia gama de bienes o productos energéticos (determinados electrodomésticos fundamentalmente)[31]. En efecto, el limitado conjunto de bienes ahora afectados (electrodomésticos), amparados por la Directiva 2009/125/CE de ecodiseño, a corto plazo quedará sustancialmente modificado y ampliado merced al proyecto de reglamento en curso, donde se incluirán otras muchas categorías de bienes perdurables distintas de las energéticas, tal y como se avanzaba en el Nuevo Plan de acción para la economía circular de 2020, respaldado por la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020, y ahora plasmada en la reciente Propuesta de Reglamento de 30 de marzo de 2022[32].

Conviene subrayar que en los últimos tiempos va adquiriendo mayor relevancia la denominada «servitización», mecanismo por el que los fabricantes y distribuidores no solamente ofrecen la venta de un bien, sino también un servicio aparejado al uso del mismo bien, como es el que comporta sustancialmente su mantenimiento y reparación. Esto propicia el consumo colaborativo de productos y servicios, con el objetivo de obtener un menor impacto ambiental que los modelos comerciales tradicionales. Este modelo asociado a nuevas prácticas comerciales se publicitan como más ecosostenible, pues ciertamente contribuye a una mayor durabilidad y reparabilidad de los bienes de consumo comercializados prolongando la vida útil de los mismos[33].

Tras el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la relevante Directiva 2009/125/CE, una de las novedades más reseñables en este momento es que la voluntad del legislador comunitario, en esta nueva etapa, afronta decididamente la prosecución de un mercado único más sostenible y acorde con los derechos del consumidor, instigado por la estrategia común del *Pacto Verde Europeo* y el *Nuevo Plan de acción para la economía circular 2020*. El objetivo es implementar una economía circular y colaborativa que incida en la perdurabilidad de una ingente cantidad de bienes o productos, con una estrategia que se traslada también a los productos con elementos digitales al servicio de un mercado único sostenible, lo que concuerda con el objetivo de alcanzar, entre otros, el denominado «pasaporte digital del producto»[34]. Como parece obvio, todo encaja con el Objetivo ODS 12 de Naciones Unidas. Y como parte de esta ambiciosa iniciativa legislativa europea, reactivada este 30 de marzo de 2022, es la propia Unión Europea quien propone decididamente normativizar principios y adoptar medidas específicas de sostenibilidad para «mejorar la durabilidad y la reparabilidad» de la más amplia categoría de bienes o productos de consumo que sea posible en favor del consumidor, contrarrestando la obsolescencia técnica o programada, tanto de los bienes corporales (con o sin elementos digitales) como en el contexto de componentes electrónicos, actualizaciones y programas informáticos[35].

Parte del problema a corregir en las legislaciones nacionales reside en que la legislación sobre requisitos de ecodiseño sostenible de productos está aún pendiente de proyectarse como legislación específica protectora de los derechos del consumidor. A nuestro juicio, la legislación reglamentaria europea sobre requisitos de ecodiseño de productos debe compatibilizarse con la normativa de consumo, sin que sea necesaria una reglamentación específica que explicite, paso a paso, su incidencia en los concretos derechos de usuarios y consumidores. Como puede comprobarse dentro de la estrategia común de sostenibilidad, tales directrices normativas europeas, aun cuando no lo expliciten formalmente, protegen realmente al consumidor. Por ejemplo en todo lo relativo a las medidas contra la obsolescencia y la estrategia de reparación de productos[36]. Con todo, como se advirtiera hace tiempo en el seno de la Unión Europea a propósito de los servicios postventa, si cualquier legislación nacional a la hora de proporcionar un adecuado servicio postventa para sus bienes impusiera obligaciones estrictas a los proveedores, incluida la obligación específica de almacenar durante un plazo las piezas de recambio necesarias para el mantenimiento y reparación de ciertos bienes, se «correrá el riesgo de ser ineficaz o incluso provocar distorsiones de la competencia o barreras al comercio»[37]. Consumo y competencia en una economía sostenible y colaborativa van de la mano[38].

B) Ecodiseño, lucha contra la obsolescencia y medidas de protección del consumidor: reformas y propuestas legislativas en marcha

Junto a la importancia de la disponibilidad de las piezas de recambio, cuestión directamente vinculada al problema de la perdurabilidad y reparabilidad de los bienes de consumo, cabe enumerar una serie de medidas incluidas dentro del *Nuevo Plan de acción Unión Europea* y de la *Nueva Agenda del Consumidor*, ambas de 2020, y que serán fáciles de llevar a término a propósito de esta necesaria complementariedad que debe darse entre el ecodiseño de los productos de consumo y la protección más efectiva de los derechos del consumidor[39].

En primer lugar, desde hace años es evidente que cada vez son más frecuentes los «reclamos ecológicos» o «ambientales» en la publicidad y presentación comercial de muchos bienes o productos de consumo (declaraciones medioambientales de «blanqueo ecológico»). Estas prácticas comerciales de «lavado verde» pueden definirse como aquellas que pretenden comercializar un producto como amigable con el medio ambiente, cuando realmente no cumplen con los estándares ambientales básicos, en buena medida porque algunos de estos son aún difíciles de reconocer con criterios objetivos, y otros muchos, precisamente en este momento, están en vías de regulación

específica. Este tipo de prácticas comerciales están muy extendidas a nivel internacional, siendo fácil comprobar cómo existen multitud de reclamos publicitarios, primordialmente de carácter comparativo, que sugieren que un bien o servicio tiene un impacto positivo, nulo o hasta menos dañino para el medio ambiente con respecto a otros bienes o servicios de la competencia. Estos anuncios publicitarios abarcan aspectos muy diversos del producto, y que van desde su proceso de producción, composición y ecodiseño, hasta el consumo de energía y contaminación, de perdurabilidad, reparabilidad, reciclabilidad, etc.[40].

Pues bien, entendemos que siempre que una declaración ecológica publicitaria de un bien no sea cierta o no pueda verificarse conforme a parámetros objetivos (acordes con parámetros y requisitos de ecodiseño reglados), debería poder combatirse con mucha más facilidad de lo que actualmente acontece. La información clara, específica e inequívoca debería guiar esta información que se presume por ley siempre veraz. Debería ser suficiente —que actualmente no lo es—, con invocar la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, concretamente sus artículos 6 y 7 sobre prácticas comerciales engañosas, o su artículo 12, donde se prevé la vía jurisdiccional o administrativa para combatir tales prácticas en cada Estado miembro, pero es fácil comprobar que no es así. En consecuencia, parece que estos preceptos deberían actualizarse pasando a regular específicamente algunas de estas prácticas desleales ligadas a la obsolescencia técnica o programada de muchos bienes de consumo. Es más, la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, ha dejado abierta la posibilidad de que los consumidores perjudicados por cualesquiera prácticas —incluidas esas prácticas obsolescentes engañosas— tengan acceso a «medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor», medidas entre las que se incluye novedosamente «la reducción del precio» satisfecho o «la resolución del contrato» afectado por una de esas prácticas (art. 11 *bis* Directiva 2005/29/CE, actualizada por esta Directiva 2019/2161/UE).

Así todo, debe advertirse que, muy llamativamente, el reciente Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de esa Directiva 2019/2161/UE, no haya tenido en cuenta ese nuevo artículo 11 *bis* incorporado en ese año de 2019 a la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales. No obstante, al margen de esta nueva laguna, la Directiva 2005/29/CE precisa de una actualización que permita combatir aún con más facilidad y operatividad la obsolescencia de muchos bienes de consumo, incluidos los digitales y electrónicos. Y, aun cuando ya se recogen como «desleales» algunas de estas prácticas comerciales dentro de la lista negra del Anexo I de la propia Directiva 2005/29/CE (apartados 20 y 26), parece necesario ampliarlas y tipificarlas con mayor precisión

técnica para así alcanzar una mayor sostenibilidad de los productos, al objeto de superar de una vez por todas el carácter «complementario» de la importante Directiva 2005/29/CE en esta materia, esto es, tal y como aparece ahora supeditada a una eventual interacción de esta con otros muchos actos legislativos de la Unión Europea[41].

Este problema que motiva la motiva la consideración como «complementariedad» legislativa de otros textos normativos, derivada de la lógica interacción entre distintos actos legislativos de la Unión Europea en materia de sostenibilidad general de los productos de consumo, parece repetirse y agrandarse más de lo imprescindible, como vemos que también ocurre con la Directiva 2019/771/UE de compraventas de consumo, a propósito de la confusión de planos derivada de la reciente idea de «durabilidad» de estos bienes de consumo, al superponer y mezclar indebidamente el plano singular de la compraventa de estos con el plano, distinto y mucho más amplio, de la legislación general de productos de la Unión Europea, que regula los variopintos aspectos de la sostenibilidad ligados a los requisitos de perdurabilidad de los productos de consumo, tal y como vemos en el apartado II.3 de este estudio.

De igual modo, a propósito de la prohibición de las omisiones engañosas del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE, en lo que respecta al suministro obligatorio de información en la fase de comercialización de los bienes, *de lege ferenda,* cabría tipificar explícitamente aquellas omisiones informativas al consumidor sobre perdurabilidad, reparabilidad, etc., de los bienes de consumo, en la medida en que puedan calificarse como «información material»[42]. Particular relevancia en este punto adquiere el propio artículo 7.4.a) de la Directiva 2005/29/CE, que exige proporcionar información sobre «las principales características del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto específico» de que se trate, lo que debería cubrir muchos tipos de información sobre nuevas características de estos productos, lo que redundaría en muchos aspectos de la sostenibilidad de muchos bienes de consumo (impacto ambiental, durabilidad, reparabilidad, etc.). Por su parte, asimismo, conviene recordar que el artículo 7.5 Directiva 2005/29/CE establece que el incumplimiento de los requisitos de información establecidos por la legislación de la Unión Europea, en relación con la publicidad y las comunicaciones comerciales sobre los bienes, constituye una omisión «sustancial» de información al consumidor, con lo que esto comporta[43].

Con todo, parece plausible la inclusión en la lista negra del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE de una más extensa y detallada descripción de estas nuevas prácticas de «lavado verde», lo que vendría a facilitar sin duda la lucha contra la obsolescencia prematura (técnica o programada), permitiendo que empresas y fabricantes puedan acreditar de manera fehaciente la veracidad de afirmaciones ecológicas infundadas sobre sus bienes de consumo («blanqueo ecológico»), utilizando para esto los métodos de las

denominadas huellas ambientales de los productos y las organizaciones. En este sentido, acertadamente, el *Nuevo Plan de acción de 2020* propone efectuar comprobaciones sobre la integración de estos métodos dentro de la regulación de la etiqueta ecológica de la Unión Europea (Reglamento 66/2010, 25 noviembre, etiqueta ecológica de la Unión Europea), incluyendo de forma mucho más clara los conceptos de perdurabilidad y reciclabilidad entre los criterios reguladores de la actual etiqueta ecológica.

De ser así, los métodos de excelencia en la evaluación del ciclo de vida de los productos sostenibles garantizarían una forma más efectiva de medir el «desempeño ambiental», y, en consecuencia, se permitiría más fácilmente a fabricantes, importadores y distribuidores hacer declaraciones ambientales más confiables, reproducibles y comparables[44]. Especial mención respecto al etiquetado merece el llamado «índice de reparabilidad» de los bienes de consumo, mecanismo ya puesto en marcha en algún país (Francia), articulado en torno a una puntuación numérica sobre distintos parámetros sostenibles, entre los que destacan el tiempo estimado de vida del bien (reflejado también en la documentación técnica de mantenimiento), y el plazo de disponibilidad de las piezas de recambio específicas para su reparación.

Con todo, en orden a una legislación de consumo que busque la sostenibilidad de los bienes, dentro de la actual lista negra de prácticas desleales del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE parece aconsejable incluir los casos más flagrantes de obsolescencia prematura (técnica o programada), como puede ser la omisión de información al consumidor sobre el efecto negativo que puedan tener determinados programas y actualizaciones digitales (de seguridad o de conformidad de los bienes con elementos digitales), o sobre la duración y rendimiento de dispositivos digitales de todo tipo, para lo que parece imprescindible proponer una definición jurídica precisa sobre la «obsolescencia prematura», que distinguiera la «técnica» de la «programada», diferenciando asimismo la que pueda recaer sobre bienes corporales o tangibles (con o sin elementos digitales) de aquella que afecte a actualizaciones digitales de programas informáticos o *software*[45]. En este sentido, estas prácticas debieran definirse claramente con arreglo a una definición común y objetiva que tuviera en cuenta la evaluación de todas las partes interesadas, como son los centros de investigación o las organizaciones de consumidores, empresariales o asociaciones de carácter medioambiental[46]. Y, por otro lado, deberían ser perseguibles como prácticas obsolescentes aquellas que potencialmente reduzcan la vida útil del bien de consumo, para lo que será preciso adoptar medidas legales efectivas contra el aumento artificial de la tasa de sustitución de los bienes y contra eventuales limitaciones de su reparabilidad, incluyéndose aquí obviamente aquella que afecta a los programas informáticos[47].

Por otra parte, teniendo en cuenta los nuevos requisitos obligatorios de información precontractual incluidos en la Directiva 2019/2161/UE, cabría

apuntar que la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, a propósito de la obligación específica de información sobre «las características principales de los bienes o servicios», cabría ampliarla de manera más visible y fácilmente comprensible a toda aquella información que recaiga sobre la vida útil y reparabilidad de cada bien o servicio (disponibilidad de piezas de recambio y acceso a la información sobre servicios de reparación), lo cual podrá ser así en tanto se tenga en cuenta la «medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios» de que se trate [arts. 5.1.a) y 6.1.a) Directiva 2011/83/UE][48]. En este aspecto, la reciente Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, ha sido un tanto pacata, por cuanto que se ocupa solamente de estos requisitos informativos en lo tocante a la ampliación del ámbito de aplicación del principio de conformidad contractual a los contenidos y servicios digitales, aun cuando esto tangencial e indirectamente puede afectar a la información al consumidor sobre la «funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad» de los bienes con elementos digitales (nueva redacción del artículo 5 Directiva 2019/2161/UE).

Al margen de esto, parece claro que tras la venta de un bien de consumo es el vendedor quien debe responsabilizarse de la información al consumidor acerca del periodo de tiempo durante el cual se compromete a proporcionar los programas informáticos necesarios o las actualizaciones del *software* suministrados con cada bien o producto[49].

En suma, dado que el artículo 5 Directiva 2011/83/UE se basa en una armonización mínima, los Estados miembros podrán mantener o, en su caso, adoptar nuevos requisitos adicionales de información al consumidor en el ámbito nacional, siempre que lo permita la legislación de la Unión Europea y que no exista distorsión de la competencia. En este sentido, la vigente lista de información precontractual obligatoria de sus artículos 5 y 6 cabría ampliarla con una exigencia específica que viniera a recaer sobre los requisitos específicos de perdurabilidad y reparabilidad de los bienes de consumo comercializados. Como alternativa a esta inclusión de información sobre aspectos de la legislación de protección de los derechos del consumidor de la Unión Europea, hay quienes piensan que estos nuevos requisitos de información sobre perdurabilidad y reparabilidad de los productos podría desarrollarse dentro del marco del Reglamento 2017/1369, de 4 de julio, sobre etiquetado energético, lo que nos parece *a priori* un tanto forzado[50].

2. Protección de los consumidores e información sobre la vida útil y disponibilidad de piezas de recambio y servicios de reparación

El Nuevo Plan de acción 2020 en Europa, pieza clave de la política legislativa en marcha de bienes o productos sostenibles, busca incorporar

progresivamente la participación activa del consumidor en la transición firme hacia una economía circular, para lo que se propone una amplia revisión de la legislación de protección de los consumidores de la Unión Europea en esta materia, garantizando con ello una información más fiable sobre los bienes a la venta en el momento de su adquisición[51]. Se parte de la idea de que esta nueva *información* específica al consumidor precisará de la «inclusión de datos sobre la vida útil del producto y sobre la disponibilidad de servicios de reparación, piezas de recambio y manuales de reparación». Esto es lo que se percibe que se va plasmando en la normativa europea, si bien por el momento parcialmente. Una herramienta para este objetivo de información sobre la vida útil lo constituye actualmente el denominado «índice de reparabilidad de los aparatos eléctricos y electrónicos», en vigor en Francia desde el pasado 1 de enero de 2021, aún pendiente de regulación en otros países como el nuestro[52].

Con todo, se evidencia a escala europea la introducción paulatina de nuevos mecanismos de información al consumidor sobre la perdurabilidad y reparabilidad de los bienes o productos de consumo[53]. Así, por ejemplo, por lo que se refiere a la opción de implantar el citado etiquetado obligatorio específico sobre la vida útil del producto («*índice de reparabilidad del bien*»), se viene trabajando sobre distintos presupuestos contrastados. Así lo evidenció en el ámbito de la Unión Europea un primer estudio de 2016, demostrando la neta influencia del etiquetado de *vida útil* en las costumbres de una gran mayoría de consumidores, explicando cómo este etiquetado influye en las decisiones de compra sobre aquellos bienes que acrediten una vida útil mínima más larga[54]. Presupuesto de este nuevo «índice de reparabilidad», aceptado por los trabajos preparatorios en curso en el seno de la Unión Europea, subyace una antigua propuesta que buscaba imponer un deber a cargo de los vendedores para que los bienes que estos ofrecieran con una garantía comercial (voluntaria) se indicará en todo caso la vida útil del mismo[55].

En esta línea, un segundo estudio del año 2018 sobre la participación de los consumidores en la economía circular en el ámbito de la Unión Europea, justificaba que el suministro de información sobre la perdurabilidad y capacidad de reparación de productos permite explicar el cambio de muchas decisiones de compra del consumidor hacia opciones más sostenibles[56]. Todo esto evidencia que la información sobre la perdurabilidad y la capacidad de reparación de los bienes es susceptible de optimizarse mucho más, por cuanto que todo indica que los consumidores desearían recibir esa mejor información al respecto. En particular, este estudio europeo de 2018 explica con claridad que cuando se proporciona una información específica sobre perdurabilidad o reparabilidad, los consumidores tienen hasta casi tres veces más probabilidades de elegir productos que

ofrezcan una mayor «durabilidad», y más del doble de probabilidades de elegir productos con las calificaciones más altas de «reparabilidad». Estas averiguaciones, bien contrastadas, confirman la óptima disposición de los consumidores a pagar más por una correcta información sobre la perdurabilidad y capacidad de reparación en casi todas las categorías de bienes ofertados en el mercado[57].

En este contexto, se hace necesario subrayar que es la propia Unión Europea quien se ha propuesto como objetivo avanzar en este nuevo «derecho a la reparación», incorporando derechos sustantivos de carácter horizontal para una mejor protección de los derechos de los consumidores, como son los que afectan a «la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a los servicios de reparación y, en el caso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y la electrónica, a la disponibilidad de programas y servicios de actualización» para cualesquiera equipos electrónicos y aplicaciones. Esta disponibilidad comporta la más adecuada y correcta información acerca de los servicios donde estén disponibles las piezas de recambio, o, en su caso, las actualizaciones digitales de *software*, lo que mejorará la situación actual. A su vez, conllevará la posibilidad de informarse con facilidad sobre el precio medio de las piezas de recambio, los plazos aproximados de entrega y reparación, o la obtención de información adicional sobre los servicios de reparación y mantenimiento, al margen de que esta conste o no con la entrega de la propia documentación del producto.

Esta estrategia común europea de reparación implica, asimismo, avanzar en el acceso gratuito a toda la información necesaria sobre su reparación y mantenimiento, tanto para profesionales como para consumidores, en particular aquella que recaiga sobre herramientas de diagnóstico, programas informáticos o las actualizaciones digitales necesarias para realizar reparaciones y mantenimiento de los bienes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2016/943/UE, 8 de junio de 2016, de secretos comerciales[58].

Por otra parte, este nuevo «derecho a la reparación» aparece lógicamente vinculado con el papel que viene desempeñando (en nuestro país desde la Ley 23/2003, de 10 de julio), la garantía legal de conformidad en la venta de bienes de consumo, proponiéndose ahora ofertar bienes de consumo más *circulares*, lo que se estima deberá ser tenido necesariamente en cuenta en los próximos cambios legislativos previstos como ocurrirá, por ejemplo, con la proyectada revisión de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE sobre contratos de compraventa de bienes y de suministros de contenidos y servicios digitales, programada por ley para antes del 12 de junio de 2024 (art. 25)[59].

3. La imprescindible determinación legislativa del contexto y alcance jurídico del concepto de «durabilidad» de los bienes de consumo: distinción de la dualidad de planos (conformidad y reparabilidad)

Desde el punto de vista de una correcta y lógica técnica legislativa sobre los productos de consumo es importante que el nuevo concepto de «durabilidad» se circunscriba, estrictamente, al ámbito específico y finalidad propia de la norma que lo tome en consideración en cada caso. No parece congruente ni razonablemente apropiado utilizar la idea de «durabilidad» entendida como mera cualidad de un bien determinado (a propósito del juego específico del principio de conformidad contractual), para, sin más, proyectarla al ámbito de la sostenibilidad de los bienes de consumo en general, con la clara intención de referirse aquí a la regulación de la vida útil de todos estos bienes o productos («producción sostenible»). No obstante, esta superposición y confusión de planos se ha producido en nuestro país con ocasión de la reciente transposición de la Directiva 2019/771/UE sobre las ventas de bienes de consumo (Título VIII del Real Decreto Ley 7/2021, 27 de abril).

Es acertado que el concepto de «durabilidad» sea tenido en consideración como una de las cualidades del bien, como vemos que ocurre a propósito del nuevo plazo de conformidad contractual para las ventas de bienes de consumo (ahora tres años en España), pero esto es algo bien distinto de la idea de «durabilidad» entendida como mecanismo de prolongación general de la vida útil de los bienes de consumo, como vemos que ocurre con ocasión de la necesaria disponibilidad e información sobre piezas de recambio y mantenimiento dentro de los servicios postventa de los bienes de consumo, tal y como, por ejemplo, arguyen las directrices marcadas por el Pacto Verde Europeo 2019, el Nuevo Plan de acción 2020 en el contexto de la economía circular o la Nueva Agenda del Consumidor[60].

En consecuencia, debe advertirse que el plazo de manifestación de una falta de conformidad en los contratos de compraventas de bienes de consumo por ausencia de alguno de los requisitos exigidos en su normativa, por un lado (actuales arts. 115 *bis* y 115 *ter* TRLGDCU), y el plazo estimado de duración (perdurabilidad) que permita mantener los bienes en condiciones normales de utilización por el consumidor medio, por otro lado (unido a la disponibilidad de piezas de recambio y al mantenimiento de la «vida útil del bien»[61]), constituyen dos planos jurídicos separados y superpuestos entre sí, a saber, el plano de la conformidad contractual del bien frente al plano de la vida útil de los bienes unido a su eventual «durabilidad y «reparabilidad» en general. Ambos planos van unidos en la realidad aun cuando funcionalmente, *de facto*, se superponen entre sí[62]. Esta separación

de ámbitos (general o particular) en torno al basal criterio de «durabilidad» de los productos se evidencia, por ejemplo, en la misma Directiva 2019/771/UE sobre compraventas de bienes de consumo, donde se reafirma el carácter «complementario» de la misma respecto a «los objetivos perseguidos por la legislación específica de la Unión sobre productos», que constituye «el medio más apropiado para introducir requisitos de durabilidad y otros requisitos relativos a los productos en relación con tipos o grupos específicos de productos, utilizando criterios adaptados a esta finalidad». Sin embargo, en el caso particular de la Directiva 2019/771/UE, el concepto de durabilidad solamente «debe referirse a la (mera) capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización»[63]. Nada más. El legislador nacional no ha separado ambas esferas regulatorias. Pues bien, el resultado de esta confusión en el ámbito normativo es dañina e indeseable.

En efecto, el laxo concepto de «perdurabilidad» de los bienes de consumo utilizado recientemente por el legislador comunitario ha tenido una desacertada traslación en nuestro país al mezclarse y confundirse ambos planos sin causa justificada, incurriendo con ello en una neta distorsión legal acerca del sentido y aplicación de nuestra normativa en este punto (art. 127 *bis* TRLGDCU) con respecto a lo ya dispuesto reglamentariamente por la vigente normativa de la Unión Europea, a propósito de algo tan importante como son los plazos mínimos obligatorios de disponibilidad de piezas de recambio de cientos o miles de productos por cuenta de los fabricantes, importadores y distribuidores, lo que incide en el adecuado funcionamiento de los servicios postventa de los bienes de consumo dentro del mercado único europeo.

Aprovechando esta novedosa idea de la «durabilidad» de los bienes de consumo, estrictamente prevista en la Directiva 2019/771/UE como un requisito más dentro de los distintos requisitos para la conformidad objetiva del bien, el legislador nacional lo ha trasladado erróneamente, sin justificación o motivación alguna, a otro plano general bien distinto, cual es el de la reparabilidad anexa a la secuenciación de la vida útil mínima y el mantenimiento adecuado de los bienes de consumo a través de los servicios postventa. Este plano es muy diferente del estrictamente previsto por la Directiva 2019/771/UE, que menciona la «durabilidad» con la exclusiva finalidad del cumplimiento del principio de conformidad contractual del bien en las compraventas de consumo, garantía legal limitada en nuestro país a los tres años sobre los bienes de consumo nuevos (art. 120.1 TRLGDCU). En consecuencia, el concepto de «durabilidad» del bien ahora recogido en la nueva redacción del artículo 127 *bis* TRLGDCU, a propósito de la disponibilidad decenal obligatoria de cualesquiera piezas de recambio de productos por cuenta de fabricantes o distribuidores, al margen de soslayar

la normativa europea vigente desde 1 de marzo de 2021, a nuestro juicio, no se corresponde con el concepto de «durabilidad» utilizado por la Directiva 2019/771/UE, por cuanto que este se ciñe rigurosamente a un requisito o cualidad más, entre otros muchos posibles, al fin de evaluar exclusivamente la puesta en conformidad contractual de un bien de consumo tras su venta al consumidor («durabilidad del bien» del artículo 115 *ter* 1, d) TRLGDCU, reformado según artículo 7.1.d) Directiva 2019/771/UE).

Cuestión distinta a la planteada hasta aquí es reconocer las relaciones e implicaciones de futura política legislativa, derivadas del periodo de garantía legal de los bienes de consumo (principio de conformidad contractual limitado ahora a los tres años), sobre la vida útil mínima de estos. No en vano hay quienes consideran factible, en este momento, acometer una iniciativa legislativa integradora que permita cohonestar «una etiqueta voluntaria que incluya, en particular, la durabilidad del producto, el diseño ecológico y la capacidad de modulación de conformidad con el progreso técnico y la posibilidad de reparación», junto con el análisis o «estudio complementario de impacto de la armonización de la vida útil del bien con la duración establecida para la actual garantía legal». Y es que desde hace un tiempo, en esta materia, se viene recomendando «la adopción de iniciativas legislativas y medidas orientadas a mejorar la confianza de los consumidores, teniendo en cuenta la legislación general relativa al diseño ecológico junto con el Derecho contractual sobre los productos relacionados con la energía para desarrollar un planteamiento de conjunto en materia de reglamentación del producto»[64]. De esta manera, los principales requisitos normativos de diseño ecológico, perdurabilidad y reparabilidad, parece que podrían vincularse en el futuro con el periodo de garantía legal fijado para los bienes o productos de consumo, si bien respetando siempre la dualidad de planos que hemos comentado[65]. En consecuencia, no compartimos la opinión de quienes piensan, colocándose en el extremo contrario, que la introducción de este criterio de conformidad objetiva de durabilidad en la legislación de compraventas de consumo «no supone ningún avance real en términos de sostenibilidad»[66].

En este contexto de conexión de ambos modelos de garantías (legales y comerciales) con la perdurabilidad general de los bienes de consumo, hay quienes sugieren la conveniencia de facilitar una definición más precisa de los bienes de segunda mano para evitar una aplicación demasiado amplia a tan solo un año, como ahora sucede. Igualmente cabe proponer la posibilidad de regular la transferibilidad de la garantía legal que recae sobre estos mismos bienes, cuestión que adquiere cada vez mayor relevancia por la importancia que sigue ganando la compraventa de estos bienes en ciertas plataformas *on line*[67]. Por otra parte, con afán de mejorar la perdurabilidad mínima, se insinúa que un sistema más amplio y flexible de responsabilidad directa del

productor por disconformidad del bien, distinto del actualmente vigente en algunos Estados miembros como España (art. 125 TRLGDCU), podría incitar a los productores a distribuir productos más duraderos y sostenibles[68]. Esto comportaría imponer a los fabricantes e importadores la obligación de proporcionar una información sobre la vida útil esperada del producto en venta, con una declaración de garantía al consumidor informando sobre si la vida útil esperada del bien está adecuadamente cubierta por la garantía comercial ahí descrita[69].

Por el momento, la actual jerarquía obligatoria de remedios por falta de conformidad de los bienes (reparación y sustitución del bien) permite incentivar el consumo sostenible y contribuir a una mayor durabilidad de los productos[70]. Ahora bien, aun cuando la reparación constituye un remedio acertado, se echa de ver una mayor incentivación en este punto por parte de la normativa europea en ciernes. Y es que parece que la libertad de elección entre reparación o sustitución no se concilia adecuadamente con los objetivos de sostenibilidad de los recursos, por lo que, normativamente, sería deseable establecer la facultad de que el consumidor pueda ejercer preferentemente la elección en favor de la reparación del bien. Asimismo, se ha venido proponiendo que la sustitución de un bien pueda hacerse también con *bienes reacondicionados*, aun cuando esta práctica es polémica desde la perspectiva de los derechos del consumidor tal y como tradicionalmente aparecen configurados en la Unión Europea. Así, por ejemplo, la compañía *Apple* ha tenido diversos litigios en Estados Unidos y Países Bajos, precisamente por tratar de sustituir dispositivos electrónicos por otros reacondicionados[71].

En cuanto al propósito de alcanzar una mayor sostenibilidad dentro de la actual jerarquía legal de remedios por falta de conformidad del bien o producto vendido (reparación y sustitución del bien), hay razones suficientes en los textos preparatorios en favor de que en un futuro próximo se priorice el mecanismo de reparación sobre el de sustitución de un bien disconforme. Esta propuesta para que la reparación se constituya como remedio principal en la Unión Europea, en lugar de la sustitución, ha sido formalmente acogida por el PE[72]. Es decir, en caso de falta de conformidad contractual se propone idear un sistema regulatorio que permita estimular en adelante la elección de la reparación por parte del consumidor, tratando así de prolongar el periodo de garantía legal después de la reparación[73].

En otro orden de cosas, también se abre la posibilidad de modificar la legislación de protección del consumidor de la Unión Europea para que el comercio electrónico tenga una impronta más sostenible. Esto comportará la tarea de estudiar las posibilidades de estimular opciones de entrega más razonables, como sería, por ejemplo, establecer una diferenciación obligatoria de precios entre distintas opciones de entrega (sostenibles y no sostenibles), o una modulación del régimen actual del derecho de desistimiento. Esto

comportará analizar, dentro del comercio electrónico, las posibilidades de limitar o incluso prohibir las devoluciones gratuitas, alentando a los consumidores a reconsiderar sus compras con mayor atención, estimulando el uso de tecnologías que aseguren adquisiciones más adecuadas con la idea de sostenibilidad[74].

Así todo, entre las medidas comentadas sobre perdurabilidad en el marco legal de sostenibilidad de los productos, deberían prevalecer todas aquellas que busquen incentivar la prolongación de la vida útil de los productos del sector específico de la electrónica y las Tecnologías de la Información y la Comunicación, tan importante en la era de la digitalización actual. Uno de los objetivos prioritarios en esta fase actual de cambio, donde tantas veces se esconden prácticas de obsolescencia de todo tipo (programada o técnica), sería garantizar que cualesquiera dispositivos electrónicos en adelante estén diseñados con criterios de mayor eficiencia energética, durabilidad, reparabilidad, mantenimiento, reutilización y reciclado, todo ello de conformidad con la pionera Directiva 2009/125/CE de requisitos de diseño ecológico, actualmente en proceso de cambio y expansión normativa.

La electrónica y las Tecnologías de la Información y la Comunicación constituyen, sin duda, un sector prioritario en la legislación comunitaria para la implantación de este nuevo «derecho a la reparación», donde posiblemente deberían atribuirse consecuencias más onerosas para todas aquellas infracciones normativas sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos sobre actualizaciones de *software* que fueren desfasadas u obsoletas, ya se trate de actualizaciones de seguridad o de programas que limiten o ralenticen su rendimiento, durabilidad o reparabilidad, funciones todas ellas tan estrechamente unidas a la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad de los distintos componentes de fabricación[75].

Valga apuntar, finalmente, que la revisión prevista para antes del 12 de junio de 2024 de un nuevo plazo de garantía legal, ampliada en nuestro país a los tres años, habrá de tenerse en cuenta la vida útil mínima del producto de que se trate. En este contexto, tras la propuesta de la Unión Europea de una ampliación generalizada en cada país de los plazos de garantía legal de los bienes de consumo por encima de los dos años con el objetivo de alcanzar una mayor sostenibilidad, se vienen proponiendo otros mecanismos reguladores adicionales más perfeccionados en este punto, como sería alcanzar esa ampliación de plazos de garantía legal si bien graduándose por plazos diferentes en función de cada categoría o tipo de bienes o productos de que se trate. Asimismo, también se propone prever un nuevo periodo de garantía tras la reparación o sustitución del bien disconforme, situaciones estas dos últimas ya previstas, por otra parte, en algunos países de la Unión Europea y que podrían madurarse en el contexto de esa prevista revisión legislativa de la Directiva 2019/771/UE (art. 25 Directiva 2019/771/UE)[76].

Por lo que respecta a una segura controversia sobre la ampliación del periodo de inversión de la carga de la prueba por falta de conformidad (ampliada a dos años en España desde 1 de enero de 2022, artículo 121 TRLGDCU), a nuestro juicio cabe apostar por que cualquier modificación futura calibre adecuadamente los posibles efectos de esta solución sobre los precios finales de los bienes de consumo, para lo que habrá de tenerse en cuenta tanto la vida útil esperada, como los sistemas alternativos que ofrecen las garantías comerciales y los servicios de reparación independientes disponibles. Cuestión aparte bien distinta es la que recae sobre la recurrente cuestión sobre la viabilidad de reforzar la posición de los vendedores con respecto a los fabricantes, pues lo deseable es que esa revisión prevista por ley para antes de 12 de junio de 2024 aproveche para introducir un mecanismo de responsabilidad conjunta fabricante-vendedor en el marco del sistema de garantía legal vigente (art. 117 TRLGDCU), lo cual es cuestión polémica y controvertida y cuyo alcance sobrepasa los objetivos de este estudio[77].

III. LA RELEVANCIA DE UNA APLICACIÓN UNIFORME E INTEGRAL DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE BIENES DE CONSUMO SOSTENIBLES EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Desde el 1 de marzo de 2021 distintos medios de comunicación se hicieron eco de que el denominado nuevo «*derecho a reparar*», en manos del consumidor, pasaba a obligar a todas las empresas de bienes de consumo (fabricantes, importadores y distribuidores o representantes autorizados), a que sus electrodomésticos pudieran ser reparados durante al menos 10 años desde la fecha en la que el bien dejase de fabricarse[78]. En fin, fue un amplio sector de la opinión pública quien, erróneamente, atribuyó como causa de este cambio a la reforma operada mediante una «ley». Sin embargo, en realidad, lo que esta deficiente información únicamente hizo fue constatar la entrada en vigor, con fecha de 1 de marzo de 2021, de una serie de reglamentos comunitarios, de fecha de 1 de octubre de 2019, que vinieron a implementar preceptivamente nuevos requisitos legales en la utilización eficiente y sostenible de recursos para una amplia categoría de bienes de consumo, y, más concretamente, vinieron a establecer a escala europea nuevos plazos obligatorios de disponibilidad de piezas de reparación para una amplia serie de electrodomésticos convencionales a cargo de fabricantes, importadores y distribuidores («derecho de reparación»)[79]. Al mismo tiempo, de forma igualmente inexacta, tales medios daban por hecho que, a partir de entonces, entraba en vigor un nuevo plazo obligatorio único de disponibilidad de 10 años para todas las piezas de recambio, a contar desde la fecha en que estas dejasen de fabricarse, cuestión que no se corresponde

objetivamente con la realidad. El problema es que esta confusión ha trascendido más allá de los medios.

En efecto, con fecha posterior a esa entrada en vigor de 1 de marzo de 2021 de los reglamentos comunitarios mencionados, los redactores del título VIII del Real Decreto Ley 7/2021, de 28 de abril, que transpuso en nuestro país las Directivas de suministro de contenidos o servicios digitales y los contratos de compraventa de bienes (Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, 20 de mayo de 2019), aprovecharon la ocasión para introducir una reforma de los servicios postventa del TRLGDCU, materia particularmente relevante, máxime cuando se optó por cambiar el plazo crucial de disponibilidad obligatoria de las piezas de recambio para todos los bienes de consumo a cargo de fabricantes, importadores o representantes autorizados. Esto, a simple vista, pudiera parecer algo de escasa trascendencia, pero realmente no es así.

Esta reforma multiplicó por dos ese plazo mínimo obligatorio de disponibilidad de piezas establecido hasta entonces en España, pasando de 5 a 10 años, y esto para cualesquiera bienes de consumo a contar desde la fecha en que el bien deje de fabricarse, con efectos de 1 de enero de 2022. El problema se agrava cuando se observa que este cambio en nuestro país se realiza, además, sin efectuarse distinción alguna entre las distintas categorías o tipos de bienes o aparatos sobre los que recae esta obligación decenal mínima de disponibilidad sobre las piezas de recambio, a cargo de fabricantes, importadores, distribuidores o representantes autorizados (art. 127 *bis* TRLGDCU). Es decir, el Real Decreto Ley 7/2021 parece haber ido más allá del objetivo previsto con la transposición de ambas Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, y, por encima de todo, no ha tenido en cuenta en absoluto la normativa europea vigente, que, además, no se ciñe a los 10 años de disponibilidad de las piezas de recambio para *todos* los bienes de consumo como hizo nuestro legislador, sino que, con fecha de entrada en vigor del 1 de marzo de 2021, estableció tres plazos distintos de 7, 8 y 10 años de disponibilidad mínima obligatoria para las distintas piezas de recambio (según categorías) frente a ese plazo único de 10 años de nuestro actual artículo 127 *bis* TRLGDCU, como veremos.

1. El supuesto particular del derecho a la reparación de bienes de consumo con libre acceso a las piezas de recambio

Pues bien, este cambio legislativo en nuestro país, merced al título VIII del Real Decreto Ley 7/2021, ha tratado de justificarse por la propia exposición de motivos en razón de una implementación parcial de un nuevo «derecho a la reparación», caracterizado por la imposición de un plazo

único de 10 años, sin excepción de ningún tipo. El presupuesto habilitante de esta decisión se pretende sustentar tanto en una resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020[80], como un informe sobre «*Estrategia Española de Economía Circular 2030*»[81]. No obstante, a nuestro juicio, desde una consideración de estricta técnica legislativa, esta reforma del plazo mínimo de disponibilidad de las piezas de recambio no trae causa ni del contenido material de ambas Directivas objeto de transposición (Directivas 2109/770/UE y 2019/771/UE), ni de la resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020[82], ni tan siquiera de un informe estratégico nacional traído a colación para este fin[83]. A nuestro entender, esta inexplicable modificación normativa no ha supuesto más que una decisión precipitada e intempestiva, posiblemente motivada por intentar llevar a término una actualización parcial de nuestra normativa estatal de los servicios postventa de bienes de consumo, a rebufo de una lectura poco reflexiva y atenta de las distintas iniciativas y proyectos europeos en curso, tantas veces mencionadas en este estudio. Además, sin justificación alguna, no se tuvo en cuenta que, este plazo obligatorio de disponibilidad de las piezas de repuesto, ya estaba en vigor en toda Europa desde el 1 de marzo de 2021, si acaso parcialmente, en tanto que no afecta por ahora a todos los bienes de consumo. En resumen, por tratarse de una materia regulada por varios Reglamentos de ejecución, estos deberían haberse tomado necesariamente por el legislador como referencia obligatoria para modificar el plazo legal anterior de los 5 años para pasar a los 10 años actuales. Se trata de una normativa europea vinculante para España desde su entrada en vigor y se obvia en su integridad.

En suma, esta pretendida actualización normativa operada en el nuevo artículo 127 *bis* TRLGDCU no ha tenido en cuenta los distintos Reglamentos de ejecución europeos redactados al amparo de la Directiva 2009/125/CE de requisitos de diseño ecológico[84]. Nos encontramos así con la ampliación generalizada, como un plazo obligatorio mínimo de disponibilidad por 10 años, sobre *cualesquiera* piezas de recambio a cargo de los fabricantes, importadores o distribuidores, plazo que no concuerda con los tres plazos distintos establecidos por la Unión Europea desde su entrada en vigor el 1 de marzo de 2021.

2. La verificación de una legislación en España inarmónica con la normativa europea de mercado único

En efecto, la reforma del título VIII del Real Decreto Ley 7/2021 incurre en una neta desarmonía con lo regulado por la normativa europea. Así, yendo a los pormenores, comprobamos que esta divergencia con la misma normativa europea sobre disponibilidad de piezas de recambio una

vez que dejen de fabricarse los bienes de consumo, se hace por tres plazos diferentes, en razón de la naturaleza o categoría específica de bienes de que se trate. Pues bien, al menos por el momento, la normativa europea establece distintos plazos de 7, 8 y 10 años de disponibilidad mínima obligatoria frente al plazo único de 10 años ahora previsto en nuestro artículo 127 *bis* TRLGDCU, plazo este que, al menos teóricamente, parece obligatorio en nuestro país para todos los bienes de consumo a partir del 1 de enero de 2022, si bien se constata su total desarmonía con los plazos establecidos en la normativa europea vigente[85].

Ha sido una oportunidad perdida por parte de España para que, aprovechando la reforma por Real Decreto Ley 7/2021 en esta materia de los servicios postventa y piezas de recambio, nuestra normativa se hubiera puesto al día trasladando fielmente, al menos una parte de la nueva normativa europea sobre esta materia, al margen de que sirva recordar que, con fecha de 30 de marzo de 2022, se ha puesto en marcha la iniciativa europea definitiva para completar el nuevo marco jurídico sobre requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo fundamental, tantas veces reseñado en este estudio, será ampliar en todo lo posible el alcance de la Directiva de ecodiseño 2009/125/CE a toda la gama más amplia posible de productos que propicien la circularidad[86].

Téngase en cuenta que esta normativa europea puntualiza detalladamente toda una serie de circunstancias muy novedosas para las reparaciones de los bienes de consumo, particularmente aquellas relacionadas con los deberes de información y con la facilidad y rapidez de aquellas reparaciones. A nuestro juicio, habida cuenta del acervo previo de la Unión Europea, tal cometido hubiera justificado sobradamente la tarea de redactar un nuevo capítulo VI específico dentro del título IV del libro II del TRLGDCU sobre los «servicios postventa y piezas de recambio», lógicamente a continuación de los capítulos que actualmente regulan la garantía legal y comercial de los bienes de consumo en el mismo TRLGDCU. Se ha desaprovechado la ocasión.

Es particularmente llamativo que el legislador nacional no haya tenido en cuenta la regulación comunitaria para tan amplia gama de bienes o aparatos electrodomésticos, obviando los distintos plazos de disponibilidad establecidos en la normativa Unión Europea para la existencia de piezas de recambio, plazos establecidos de conformidad con las directrices de sostenibilidad de la Directiva 2009/125/CE sobre requisitos legales de ecodiseño[87]. No debe olvidarse que estas directrices comunitarias, tantas veces apuntadas en este estudio —no tenidas en cuenta por nuestro legislador—, tienen su fundamento en rigurosos informes y estudios «directamente relacionados con la energía y que representan un volumen notable de ventas y de comercio en la Unión», tras llegar a la conclusión de que «todos (los bienes o aparatos electrodomésticos seleccionados) tienen un impacto medioambiental muy

importante y que, por su ecodiseño, revelan un gran potencial de mejora con relación a dicho impacto sostenible, sin que ello conlleve costes excesivos»[88].

En efecto, la incongruente regulación del nuevo artículo 127 *bis* TRLGDCU no ha tenido en cuenta los estudios previos de diseño ecológico para una serie de productos, con selección de aquellos bienes o aparatos que se consideraron «prioritarios» para, luego, de forma diferenciada, adoptarse las medidas adecuadas «para cada grupo o categoría de bienes»[89]. Todo esto justifica la existencia no de un Reglamento unitario sino de distintos Reglamentos para cada tipo o categoría de bienes, cada uno con sus particularidades y plazos (7, 8 y 10 años), en donde se han tenido en cuenta tanto «los aspectos técnicos, medioambientales y económicos» de cada categoría de bienes, «así como el comportamiento de los usuarios en la práctica», lo que ha exigido —y no es baladí— que cada categoría sea «objeto de un Reglamento independiente sobre diseño ecológico»[90].

Es fácil aventurar que la nueva regulación en España, con la reciente reforma del artículo 127 *bis* TRLGDCU («*en todo caso*» afirma), será causa inevitable de un choque normativo y competencial, al menos con aquellos Estados miembros de la Unión Europea que sigan la normativa europea en vigor en esta materia desde el pasado 1 de marzo de 2021, con la entrada en vigor de esta normativa.

Sirva constatar que con la reforma realizada en esta materia mediante Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, se ha desaprovechado la ocasión en nuestro país para dejar apuntados, o tan siquiera insinuados, algunos de los nuevos contenidos reguladores de esta detallada normativa europea que afecta directamente al mercado único, al margen de que con fecha de 30 de marzo de 2022 se acaba de poner en marcha la iniciativa tan esperada para regular el nuevo marco jurídico sobre requisitos de diseño ecológico, cuyo objetivo fundamental será ampliar, de una vez por todas, el alcance de la Directiva de ecodiseño 2009/125/CE a la gama más amplia posible de productos que propicien la circularidad[91].

IV. CONCLUSIONES

I. Con el Real Decreto Ley 7/2021 (Título VIII), 27 de abril, se ha perdido la ocasión para afrontar, en materia de servicios postventa y piezas de recambio, la cuestión medular ligada al nuevo concepto de «durabilidad» [perdurabilidad] de los bienes en el contexto de la nueva economía circular, al no tener en cuenta la legislación comunitaria vigente desde el 1 de marzo de 2021 y los muy avanzados trabajos y proyectos legislativos en curso del Parlamento y la Comisión Europea. El llamado nuevo «derecho a la reparación» de los bienes de consumo, inserto en la redacción del ar-

tículo 127 *bis* TRLGDCU (en vigor desde 1 de enero de 2022), debería haber separado y tenido en cuenta dos tipos de requisitos esenciales que incidirán en la normativización futura contra la obsolescencia de los bienes de consumo: 1.º) Los nuevos requisitos de ecodiseño que forman parte de la eficiencia de los recursos productivos (incluidos los anejos a la disponibilidad y acceso a las piezas de recambio), lo que comportaría distinguir como hace la Unión Europea entre diferentes categorías o tipos de bienes de consumo, tal y como vemos que, reiteradamente, recoge la normativa europea en esta materia desde el 1 de octubre de 2019, y 2.º) Los requisitos específicos de información en materia de perdurabilidad y reparabilidad al consumidor y profesional dentro de cada categoría o gama de bienes de consumo tipificadas, inspirándose en las reglas básicas recogidas en los reglamentos comunitarios vigentes, al margen de los trabajos y proyectos preparatorios legislativos en curso[92].

II. Un correcto enfoque técnico-legal del nuevo «derecho a la reparación» de los bienes de consumo en nuestro país, de neta incidencia en la obsolescencia programada, exige que el legislador interno distinga y separe con claridad —como no ha hecho el título VIII del Real Decreto Ley 7/2021—, por un lado, el concepto de «durabilidad» como uno de los nuevos requisitos objetivos de conformidad del bien con el contrato de compraventa —recogido en las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019—, y, por otro, el concepto de esa perdurabilidad como medida general de política legislativa de respeto al ciclo de vida útil mínima de los bienes de consumo, noción esta incardinada dentro del Plan de Acción específico europeo para la economía circular (2020), la Nueva Agenda del Consumidor y los ODS 12 de la *Agenda 2030*, estrechamente ligados a la idea de sostenibilidad proyectada con la última Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico de 30 de marzo de 2022.

III. El nuevo «derecho a la reparación» de bienes o productos de consumo exige la adopción de medidas legislativas específicas de lucha contra la obsolescencia prematura (técnica o programada), objetivo que previsiblemente desencadenará problemas interpretativos en el mercado de intercambio transfronterizo de bienes de consumo, en razón de la indeterminada generalización llevada a cabo en nuestro país —sin matices—, al establecer un plazo mínimo obligatorio de disposición sobre las piezas de recambio de 10 años a cargo de fabricantes, importadores o distribuidores, en vigor desde el 1 de enero de 2022, en neta desarmonía con otros Estados miembros de la Unión Europea.

En esta línea de sostenibilidad, dentro de la actual lista negra de prácticas desleales del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE parece aconsejable incluir los casos más flagrantes de obsolescencia prematura (técnica o programada), como es la omisión de información sobre el efecto negativo que

puedan tener las actualizaciones digitales en el rendimiento de dispositivos de todo tipo, para lo que parece imprescindible incorporar una definición jurídica precisa sobre la «obsolescencia prematura», separando la «técnica» de la «programada», lo que afectará tanto a los bienes de consumo tangibles (con o sin elementos digitales) como a cualesquiera actualizaciones de programas informáticos o de *software*. Por su parte, a propósito de los requisitos obligatorios de información precontractual, cabría que la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, dentro de la obligación prevista de proporcionar una información visible y comprensible de «las características principales de los bienes o servicios», incorporase obligatoriamente toda aquella información sobre la vida útil mínima de los bienes, que indefectiblemente va unida a la reparabilidad de los bienes de consumo (disponibilidad piezas de recambio; acceso a la información sobre servicios de reparación, etc.).

IV. Una producción responsable en interés de los derechos de los consumidores exige una regulación pormenorizada de los servicios postventa dentro del TRLGDCU. Estos servicios están directa e indefectiblemente relacionados con las piezas de recambio, y debieran gozar de instrumentos idóneos asociados a la implementación pendiente de los imperativos de la economía circular y de la lucha contra la obsolescencia de bienes energéticos o electrónicos en el seno de la Unión Europea. Este objetivo programático pudiera encontrar su justo encaje jurídico en España dentro de un nuevo capítulo VI del título IV del libro II sobre «Contratos y garantías» del TRLGDCU, que incorporase los contenidos básicos de los «servicios postventa y piezas de recambio», materia con perfiles propios dentro de la actual normativa de garantías legales y comerciales de los bienes de consumo. Los capítulos I a V del libro II TRLGDCU («Contratos y garantías») se mantendrían reservados exclusivamente a los aspectos vinculados a la garantía legal de conformidad de la compraventa de bienes de consumo (ampliada por Real Decreto Ley 7/2021 al servicio de suministro de contenidos y servicios digitales), mientras que el nuevo capítulo VI del libro II TRLGDCU pasaría a ocuparse de los aspectos arriba apuntados que afectan a la perdurabilidad de los bienes, como premisa general del funcionamiento de los servicios técnicos dentro del ciclo natural de vida útil mínima de los bienes de consumo, objetivo específico con características propias dentro del Plan de Acción europeo para la economía circular (2020) y los ODS 12 de la Agenda 2030, en fase de fijación normativa con la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico de 30 de marzo de 2022[93].

Ese nuevo capítulo VI del libro II del TRLGDCU sobre «servicios postventa y piezas de recambio» vendría a ser el emplazamiento normativo apropiado para incorporar, conforme a la normativa europea en trans-

formación, por un lado, los nuevos requisitos sobre utilización eficiente y sostenible de los bienes (plazos sobre disponibilidad de piezas de recambio acordes con la legislación europea; condiciones de acceso a información sobre reparación y mantenimiento por profesionales y consumidores; plazos de entrega de piezas; etc.); y, por otro lado, los requisitos de información sobre aspectos detallados en los trabajos y proyectos Unión Europea sobre las condiciones y características de una reparación sostenible y accesible tanto para profesionales como para consumidores («índice de reparabilidad» de los bienes o productos de consumo pendiente de regulación en nuestro país; requisitos de acceso a información, manuales y folletos de instrucciones para instaladores y usuarios finales y páginas *web* de libre acceso por cuenta de fabricantes e importadores; etc.).

Junto con este proyecto de reforma integradora dentro de nuestro TRLGDCU, en apoyo de una producción más responsable y sostenible en materia de reparaciones, piezas de recambio y servicios postventa, abogamos también porque la arcaica y dispersa normativa de nuestro país relativa a determinados servicios de reparación también se incluyera coherentemente en el capítulo VI del libro II del TRLGDCU sobre «servicios postventa y piezas de recambio», materia que, como se recordará, recoge las reparaciones en los servicios de talleres de vehículos de motor, actualmente regulados por Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (arts. 3 y 4 sustantivamente), y por el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, de regulación de la prestación de servicios en los talleres de vehículos automóviles de sus equipos y componentes (art. 9 sustantivamente, sobre las piezas de recambio). El objetivo sería actualizar y armonizar toda esta normativa que afecta a la perdurabilidad de bienes de consumo tan importantes en nuestra economía, a los que, además, acompañan garantías específicas que suelen ir asociadas a la prestación de servicios de mantenimiento y reparación relacionados con la vida útil, cuestión generadora de muchos problemas interpretativos (art. 6 RD 58/1988 y art. 16 RD 1457/1986).

En este orden de cosas, cabe advertir que aun cuando determinados bienes y componentes del sector del vehículo del motor (y ahora eléctrico), puedan parecer productos diferenciados respecto de otras categorías (aunque solo fuera por lo tocante a un sector segmentado en torno a piezas de recambio muy específicas), de *lege ferenda,* podría pensarse que sería también la ocasión para integrar toda esta actividad dispersa dentro de la nueva normativa en curso de productos sostenibles de consumo en la Unión Europea y España, teniendo en cuenta también las razones competenciales de una economía circular. Para este cometido, que pudiera antojarse problemático, tal vez bastaría con que el legislador comunitario propusiera

abiertamente la tarea de armonizar más exhaustivamente toda esta materia de los vehículos de motor o eléctricos, aunque solo fuera por tratarse de una materia tan dispersa y disgregada y que, muy frecuentemente, aparece supeditada a la prestación servicios técnicos especializados, con exigua competencia en ocasiones[94].

V. A nuestro juicio, una armonización normativa en materia tan transversal, a la luz de las recientes directrices europeas, deberá pasar por acomodar urgentemente nuestra normativa a los plazos vigentes establecidos en los cinco Reglamentos comunitarios de 5 de diciembre de 2019 (en vigor desde 1 de marzo de 2021), lo que exigiría realizar una separación entre las distintas categorías o tipos de bienes dentro del TRLGDCU (incluidas las novedades relativas, reglas básicas de medición y cálculos de carácter general), de conformidad con los parámetros señalados en la normativa y trabajos preparatorios de la Unión Europea. Esto obligará a reconocer aquí, igual que en el resto de Estados miembros, la existencia inequívoca de diferentes plazos mínimos obligatorios de disponibilidad para las piezas de recambio según las distintas categorías de productos (7, 8 y 10 años), con especial referencia y detalle para las piezas de recambio electrónicas y eléctricas merced a la creciente digitalización de los bienes de consumo.

De esta manera, debería facilitarse el derecho a un mejor acceso a todas aquellas actualizaciones de *software* y *firmware* que precise la puesta al día y mantenimiento de cualesquiera bienes de consumo ofertados con elementos digitales, materia recientemente modificada en nuestro país por el título VIII del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril. En suma, por la relevancia que tiene una aplicación uniforme de la normativa sobre bienes de consumo dentro del mercado único europeo, parece imprescindible acometer de inmediato una nueva redacción del TRLGDCU (art. 127 *bis* TRLGDCU), que impone a fabricantes, importadores y distribuidores de nuestro país, de manera desacorde con la normativa europea, un plazo único obligatorio de 10 años respecto a la disponibilidad de piezas de recambio de los bienes. Parece urgente la tarea de armonizar los diferentes plazos según las distintas categorías de productos, tal y como recogen los reglamentos de ejecución comunitarios de 1 de octubre de 2019, en vigor desde 1 de marzo de 2021.

Esta tarea necesaria de tipificación y agrupación de distintas categorías de bienes, productos o componentes en razón de su sostenibilidad, pudo y debió acometerse en nuestro país hace tiempo. La última ocasión ha sido el Real Decreto Ley 7/2021, que optó sin explicación alguna por la supresión de la arcaica definición de los «productos de naturaleza duradera», ciertamente vinculada a una garantía inexistente desde hace muchos años (art. 126 TRLGDCU derogado). No obstante, esto no es óbice para retomar la inclusión de una nueva definición actualizada de los «bienes de naturaleza duradera», para lo que sería imprescindible configurarla con base

en los requisitos de ecodiseño y sostenibilidad de los bienes de consumo, en revisión en el seno de la Unión Europea, incluyéndose expresamente las características de perdurabilidad e incorporando los bienes de consumo con contenidos o servicios digitales (incluidos programas informáticos, componentes electrónicos y actualizaciones de *software* o *firmware*)[95]. Otra idea discutida, pendiente de un análisis riguroso, sería configurar una garantía legal adicional específica para las piezas sustituidas en los talleres profesionales de reparación, cuando resulte que los bienes reparados no gocen de garantía legal o, en su caso, comercial, lo cual podría estudiarse con ocasión de la revisión prevista para antes de 12 de junio de 2024 de la Directiva 2019/771/UE (art. 25)[96].

VI. La iniciativa en marcha en España acerca de la regulación del llamado «índice de reparabilidad de aparatos eléctricos y electrónicos» que afectará al etiquetado de los bienes de consumo, inspirada en el modelo francés vigente desde 1 de enero de 2021, podría servir para afrontar la reforma integral de este «derecho de reparación» propuesto desde la Unión Europea y que marcha asociada al moderno perfil de los servicios postventa en nuestro país, reforma que permitiría incluir en el TRLGDCU algunas de las cuestiones apuntadas en este estudio, estrechamente ligadas a la Estrategia Española de Economía Circular (España Circular 2030) y a la Agenda 2030[97].

Sirva advertir, finalmente, que los parámetros precisos para el cálculo numérico del proyectado etiquetado sobre el «índice de reparabilidad» de los bienes de consumo deben fundamentarse en criterios objetivos, como señaladamente son el tiempo de vida razonable del bien (que figurará en la documentación técnica informativa relativa al mantenimiento), y el plazo de disponibilidad previsto para las piezas de recambio, de libre acceso tanto para los reparadores profesionales como para los consumidores. Todo esto constituye, una vez más, prueba más que suficiente para justificar un nuevo capítulo VI del título IV del libro II TRLGDCU que pasase a regular pormenorizadamente los «servicios postventa y piezas de recambio», tan estrechamente ligados con los imperativos de la economía circular y la sostenibilidad de los bienes de consumo en el mercado único europeo.

V. BIBLIOGRAFÍA

BAILLEUX, A. (2021) (dir.). La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance, en *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruselas, 9-56.

BAUER, B. *et al*. (2018). *Potential Ecodesign Requirements for Textiles and Furniture*, TemaNord, Dinamarca, 1-57.

CLAEYS, I. -VANCOILLIE, J. (2017). Remedies, modification of digital content and right to terminate long-term digital content contracts, en I. Claeys, I. - Terryn, E. (eds.), *Digital content & distance sales: new developments at EU level*, Intersentia, Cambridge, 167-232.

DE BOECK, A. (2019). The «Circular Economy», National Legal Initiatives and Challenges Converning Movables, Belgium, en Keirsbilck, B. - Terryn, E., (Eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Cambridge, Intersentia, 185-199.

GARCÍA GOLDAR, M. (2021). Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12), *Revista de Fomento Social*, 76/1, 91-114.

HOJNIK, J. (2018). Ecological modernization through servitization: EU regulatory support for sustainable product-service systems, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (RECIEL)*,* 27, 1-14.

HUART, C. (2019). *L'obsolescence programmée: une intervention législative nécessaire?,* Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, Prom. Dubuisson, B, en «http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:18618», 1-70.

JEPSEN, D. *et al.* (2015). *Delivering resource-efficient products. How Ecodesign can drive a circular economy in Europe*, European Environmental Bureau (EEB), Hamburgo, 1-58.

KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020). *Legislación de consumo Sostenible y protección del consumidor*, Departamento de Políticas de Economía, Ciencia y Políticas de calidad de vida, Parlamento Europeo, Luxemburgo, 1-30.

KEIRSBILCK, B. - ROUSSEAU, S. (2019). The marketing stage: fostering sustainable consumption choices in a «circular» and «functional» economy, en Keirsbilck, B. - Terryn, E. (Eds.) (2019), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Cambridge, Intersentia, 93-126.

LIBAERT, T. - HABER, J. - P. (2013). *Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza*, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, Bruselas, DOUE 6 de marzo de 2014.

LOOS, M. B. M. (2017). Not good but certainly content: The proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content, en Claeys, I. - Terryn, E. (eds.) *Digital content & distance sales: new developments at EU level*, Cambridge, Intersentia, 3-53.

MAITRE-EKERN, E. - DALHAMMAR, C. (2019). Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy, *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* Amberes, 26, 3, 394-420.

MAITRE-EKERN, E. (2021). *Taking producer responsibility out of waste law: A new legal framework for the Circular Economy*, en Nissen, N. F. - Jaeger-Erben, M. (eds.), III International Product Lifetimes and the Environnement (PLATE), Berlin, 495-503.

MAK, V. - TERRYN, E. (2020). Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law, *Journal of Consumer Policy,* 43, 227-248.

MICHEL, A. (2018), La directive 1999/44/CE sur la garantie des biens de consommation: un remède robust contre l'obsolescence programmée?, *REDC*, Lovaina, 207-236.

— (2021). Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung, en Le droit en transition. Les clés juridiques d´une prospérité sans croissance, en Bailleux, A. (2021) (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruselas, Presses de l'Université Saint-Louis, 245-283.

MONTALVO, C. - PECK, D. - RIETVELD, E. (2016). *A longer lifetime for products: benefits for consumers and companies*, Estudio para Comité IMCO, IP/A/IMCO/2015-11, Bruselas, 1-102.

OEHME, I. - JACOB, A. (2017). *Estrategias contra la obsolescencia. Garantizar una vida útil mínima del producto y mejorar la vida útil del producto, así como la información al consumidor*, Umwelt Bundesamt, 1-20.

PIRES, A. - MARTINHO, G. (2019). Waste hierarchy index for circular economy in waste management, *Waste Management*, 95, 298-305.

TERRYN, E. (2019). A Right to Repair: Towards Sustainable Remedies in Consumer Law, *ERPL*, Lovaina, 851-874.

TONNER, K.-MALCOLM, R. (2017). *How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union*, Parlamento Europeo, Luxemburgo, 1-59.

VAN ACKER, K. *et al.* (2016). *Economía circular*, Grupo de trabajo del documento de posición Metaforum, KU-Leuven Metaforum, Lovaina, 15, 1-34.

VIDALENC, E. - MEUNIER, L. (2014). Obsolescence des produits: l'impact écologique, *Revue Futuribles*, núm. 402, 5-21.

WILLET, C. (2009). Responsabilidad directa del productor, en Howells, G. - Schulze, R., en *Modernizing and harmonizing Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 189-213.

NOTAS

[1] KEIRSBILCK, B. - ROUSSEAU, S. (2019, 43 y sigs.).

[2] HOJNIK, J. (2018, 12 y sigs.).

[3] Objetivos y metas de desarrollo sostenible, Naciones Unidas, 2015, en *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/* (13 de marzo de 2022), y directrices del «*Marco decenal de programas sobre consumo y producción sostenibles*» (10 YFP), marco de colaboración mundial para el cambio hacia un proyecto de consumo y producción sostenibles.

[4] COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015.

[5] Resolución del Parlamento Europeo, 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga de los productos: beneficios para los consumidores y las empresas [2016/2272 (INI)].

[6] Resolución del Parlamento Europeo, 31 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva sobre los requisitos de diseño ecológico (2009/125/CE) [2017/2087 (INI)].

[7] COM (2019) 190 final, Bruselas, 4 de marzo de 2019.

[8] COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019.

[9] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Nuevo Plan de acción de economía circular para una Europa más limpia y competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020.

[10] 1.ª) Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final; 2.ª) Propuesta de Directiva para modificar las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, para capacitar a los consumidores en orden a una mejor protección contra determinadas prácticas comerciales y una mejor información, COM (2022) 143 final; y 3.ª) Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final, propuestas todas ellas de fecha de 30 de marzo de 2022.

[11] Resolución PE de 31 de mayo de 2018 sobre la aplicación de la Directiva sobre diseño ecológico, considerando T); Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apartado 6.

[12] JEPSEN, D. *et al.* (2015, 6).

[13] Libro Verde sobre la Política Integrada de Productos, COM (2001) 68 final, Bruselas, 7 de febrero de 2001.

[14] Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, 20 mayo 2019 (DOUE de 22 de mayo de 2019), transpuestas unitariamente en España, sin discriminar la naturaleza de la prestación —compraventa o servicios digitales— (Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril (Título VIII)). A propósito del Derecho a la reparación, la reciente Resolución del PE de 7 de abril de 2022 insta a la CE con urgencia a tomar medidas legales que promuevan la reparación (frente a la sustitución) con ocasión de la próxima revisión de la Directiva 2019/771/UE sobre compraventas, prevista por ley para antes del 12 de junio de 2024 (art. 25) (P9_TA (2022)0126, Derecho a la reparación, 6).

[15] No obstante, conviene advertir que existen directivas específicas no derogadas, anteriores a esta importante Directiva 2009/125/CE, pero que, en modo alguno, desvirtúan la potencialidad jurídica renovadora que sigue teniendo, incluso tras el plazo abierto tras la reciente aprobación de la Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, Bruselas, COM (2022) 142 final, 30 de marzo de 2022.

[16] Véase nuevo Plan de trabajo de ecodiseño y etiquetado energético 2022-2024, C (COM) 2026 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, medida transitoria hasta la entrada en vigor de la Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022.

[17] Así, por ejemplo, los fabricantes deben garantizar que las técnicas de unión, sujeción o sellado no impidan el desmontaje para fines de reparación o reutilización de ciertos componentes vitales de tales productos.

[18] Reglamento 2019/424/UE, 15 de marzo de 2019, por el que se establecen requisitos de diseño ecológico para servidores y productos de almacenamiento de datos de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Anexo II, apartado 3.3.

[19] En el DOUE L 315, de 5 de diciembre de 2019, aparecen publicados estos reglamentos de ejecución relativos a los requisitos de diseño ecológico aplicables a cada uno de esos productos, en vigor desde el 1 de marzo de 2021, fecha en que por vez primera se establece un plazo obligatorio específico de disponibilidad para las piezas de recambio de cada tipo de aparato, por cuenta de fabricantes, importadores y distribuidores.

[20] OEHME, I.- JACOB, A. (2017, 11); HUART, C. (2019, 42).

[21] LIBAERT, T.- HABER, J. - P. (2013, *passim*).

[22] Véase Resolución del Parlamento Europeo, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas [2016/2272(INI), 4 julio 2017], apartado 9. La Resolución PE de 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación ((P9_TA(2022)0126), destaca la urgencia de la ampliación de estos requisitos de perdurabilidad junto con el acceso a la información de consumidores y agentes de los servicios de reparación, como pieza fundamental del mercado único que beneficia tanto a los consumidores como a las empresas, en línea con las medidas de ejecución iniciadas por

la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019 con efecto de 1 de marzo de 2021 arriba señaladas (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019).

[23] Reglamento (CE) 595/2009, 18 de junio de 2009, relativo a la homologación de los vehículos de motor y los motores en lo concerniente a las emisiones de los vehículos pesados (Euro VI) y al acceso a la información sobre reparación y mantenimiento de vehículos.

[24] Esta proyección es ingente para un campo vastísimo. Baste ejemplificar a partir de 2015: aparatos de calefacción local (Reglamento 2015/1188/UE, 28 de abril de 2015), calderas de combustible sólido (Reglamento 2015/1189/UE, 28 de abril de 2015), armarios de conservación refrigerados profesionales, armarios abatidores de temperatura, unidades de condensación y enfriadores de procesos (Reglamento 2015/1095/UE, 5 de mayo de 2015), productos de calentamiento de aire, refrigeración, enfriadoras de procesos de alta temperatura y ventiloconvectores (Reglamento 2016/2281/UE, 30 de noviembre de 2016), motores eléctricos y variadores de velocidad (Reglamento 2021/341/UE, 1 de octubre de 2019), equipos de soldadura (Reglamento 2019/1784/UE, 1 de octubre de 2019).

[25] La Comisión de Asuntos Europeos del Parlamento francés ya advirtió sobre estos riesgos en su Informe sobre la ley francesa contra los residuos. Véase «*Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes (1) portant observations sur la transposition du droit européen par le Projet de loi relatif à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*», 18 de julio de 2019, número 682, 39 y 50.

[26] Propuesta perfilada por KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020, 9). Con la Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, estamos ante la primera formalización al respecto, a la que acompaña una sugerente Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final, y una Estrategia específica de la Unión Europea para textiles circulares y sostenibles COM (2022) 141 final. También BAUER, B. *et al.* (2018), 57.

[27] Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, 8. El nuevo USB-C, por ejemplo, ha pasado a convertirse en el puerto estándar armonizado para todos los teléfonos inteligentes, tabletas, cámaras, auriculares, altavoces portátiles y videoconsolas portátiles.

[28] VAN ACKER, K. *et al.* (2016, 25).

[29] MONTALVO, C.- PECK, D.- RIETVELD, E. (2016, 26 y sigs.).

[30] Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apartado 2.1.

[31] Se trata de los cinco Reglamentos de ejecución 2019/2019/UE, 2019/2021/UE, 2019/2022/UE, 2019/2023/UE y 2019/2024/UE, todos de fecha 1 octubre 2019, donde se establecen requisitos taxativos de diseño ecológico aplicables, respectivamente, a los aparatos de refrigeración, pantallas electrónicas, lavavajillas domésticas, lavadoras y lavadoras-secadoras domésticas y aparatos de refrigeración con función de venta directa, de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019), con entrada en vigor el 1 de marzo de 2021. En la nota 85 se detallan los distintos plazos específicos aprobados en la Unión Europea para cada categoría o tipo de aparato de cada Reglamento con entrada en vigor de 1 de marzo de 2021.

[32] Resolución PE, 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación (P9_TA (2022)0126), apartado 4, acoge elogiosamente en su integridad la Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico COM (2022) 142 final, que va acompañada de una Propuesta para modificar las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, para capacitar a los consumidores en orden a una mejor protección contra determinadas prácticas comerciales y una mejor información, COM (2022) 143 final; y otra tercera Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de

construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final, todas ellas de fecha de 30 de marzo de 2022.

[33] KEIRSBILCK, B.- ROUSSEAU, S. (2019, 106 y sigs.).

[34] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, [2020/2021 (INI)], «Estrategia digital al servicio del mercado sostenible», considerandos 21 y siguientes.

[35] Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, 4. También se limita el uso de productos de un solo uso y se prohíbe la destrucción de bienes duraderos que no hayan sido vendidos.

[36] Por todas véanse Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, [2020/2021 (INI)], y Resolución PE, 7 de abril de 2022, sobre Derecho a la reparación ((P9_TA (2022)0126).

[37] Libro Verde sobre garantías para bienes de consumo y servicios posventa, COM (93) 509 final, Bruselas, 15 de noviembre de 1993, apartado 80.

[38] KEIRSBILCK, B. - ROUSSEAU, S. (2019, 25 y sigs.); DE BOECK, A. (2019, 184); MAK, V. - TERRYN, E. (2020, 229).

[39] Nueva Agenda del Consumidor, COM (2020) 696 final, Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible, Bruselas, 13 de noviembre de 2020.

[40] Véase ejemplificación exhaustiva en la «Guía sobre interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE», COM 2021/C 526/01, DOUE de 29 de diciembre de 2021, 83.

[41] Véase en detalle, ejemplificada con actos legislativos complementarios, en la recientemente revisada «Guía sobre interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE», COM 2021/C 526/01, DOUE de 29 de diciembre de 2021, 73 y sigs.

[42] Véase el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión SWD (2016) 163 final, «Guía para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», Bruselas, 25 de mayo de 2016.

[43] Anexo II Directiva 2005/29/CE, que recoge listado de disposiciones del Derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales, a las que cabría incluir ahora también la Directiva 2009/125/CE sobre requisitos de diseño ecológico y el Reglamento 2017/1369 sobre etiquetado energético.

[44] KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020, 14), que recoge esta idea plasmada ahora dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, 7.

[45] MICHEL, A. (2021, 256); BAILLEUX, A (2021, 43 y sigs.).

[46] MONTALVO, C.- PECK, D.- RIETVELD, E. (2016, 17 y sigs.)

[47] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, [2020/2021 (INI)], apartado 6, g).

[48] Un paso adelante en esta dirección puede verse en «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE», COM 2021/C 525/01, DOUE de 29 de diciembre de 2021.

[49] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, [2020/2021 (INI)], apartado 6, a) y 7.

[50] KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020, 15 y 16).

[51] DE BOECK, A. (2019, 187).

[52] Decreto francés número 2020-1757, sobre el índice de reparabilidad de los equipos eléctricos y electrónicos y su Reglamento, ambos de 29 de diciembre de 2020, en vigor desde el 1 de enero de 2021.

[53] Por todos, KEIRSBILCK, B.- ROUSSEAU, S. (2019, 99 y sigs.).

[54] Final Report, *European Economic and Social Committee study on the influence of lifespan labelling on consumers* (2016), En «*https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/16_123_duree-dutilisation-des-produits_complet_en.pdf*» (30 de abril de 2022).

[55] TONNER, K.- MALCOLM, R. (2017, 28).

[56] Final Report, *Behavioural Study on Consumers-Engagement in the Circular Economy*, octubre de 2018 (En «*https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf*» (30 de marzo de 2022).

[57] TONNER, K.-MALCOLM, R. (2017, 7 y sigs.). Esta información está corroborada por la propia Comisión Europea, a propósito del «Informe sobre la implementación del Plan de Acción de Economía Circular», COM (2019) 190 final, Bruselas, 4 de marzo de 2019, apartado 4, y también por la propia Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, apartado 27.

[58] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores [2020/2021 (INI)], apartado 11, a).

[59] MICHEL, A. (2018, 221).

[60] Pacto Verde Europeo, COM (2019) 0640, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, ambas avaladas por Resolución PE, 4 de julio de 2017, Una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas [P8_TA (2017)0287], y, más recientemente, por Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores, 2020/2021(INI). Asimismo, la Nueva Agenda del Consumidor, COM (2020) 696 final, Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible, Bruselas, 13 de noviembre de 2020.

[61] Este plano aparece descrito con carácter general en la Directiva 2019/771/UE, separado de la conformidad contractual, como mera «capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requerido en *condiciones normales de utilización durante el tiempo que sea razonable en función del tipo de bien*» [art. 2, apartado 13 Directiva 2019/771/UE; artículo 59, *bis*, 1, i) TRLGDCU], que viene a ser una descripción precisa de lo que venimos denominando *vida útil del bien.*

[62] Muestra de esta condicionalidad aparece reflejada con la reforma del artículo 116.1, d) TRLGDCU, que hasta ahora no tenía en cuenta el criterio de perdurabilidad a efectos de la evaluación de la conformidad contractual. Sin embargo, ahora, los bienes de consumo comprados deben «presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, *en particular respecto de la durabilidad del bien*, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario […]», previsto en el artículo 7.1.d) Directiva 2019/771/UE.

[63] Ver el relevante considerando 32 Directiva 2019/771/UE, que separa netamente la «durabilidad de los bienes» como garantía del logro de «patrones de consumo más sostenibles» dentro de «una economía circular», de la idea de durabilidad dentro de esta nueva legislación europea sobre ventas de bienes de consumo, a saber, junto con las características de funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presenten normalmente bienes del mismo tipo. Es decir, como una cualidad más dentro de los distintos requisitos objetivos a propósito de la evaluación sobre la conformidad del bien con el contrato (art. 7, d) Directiva 2019/771/UE; art 115 *bis* TRLGDCU).

[64] Resolución del Parlamento Europeo, 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas [2016/2272(INI)], apartado 34.

[65] MONTALVO, C.- PECK, D.- RIETVELD, E. (2016, 55).

[66] GARCÍA GOLDAR, M. (2021, 100).

[67] LOOS, M. B. M. (2017, 49).

[68] WILLET, C. (2009, 203 y sigs.).

[69] KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020, 21).

[70] CLAEYS, I.-VANCOILLIE, J. (2017, 178).

[71] TERRYN, E. (2019, 863).

[72] TERRYN, E. (2019, 857). Véase Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores [2020/2021 (INI)], apartado11, e).

[73] Véase Resolución del Parlamento Europeo, 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas [2016/2272(INI)], apartado 9.

[74] KEIRSBILCK, B. *et al.* (2020, 20). HOJNIK, J. (2018, 13 y 14).

[75] Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, 8 y 9. Asimismo, se incluyen medidas reguladoras que van desde los cargadores de teléfonos móviles y otros dispositivos similares que incluyan la introducción de un cargador común, el aumento de la durabilidad de los cables para cargadores, incentivos para disociar la compra de cargadores de la compra de nuevos dispositivos, o de revisión de las normas aplicables a los vehículos al final de su vida útil con el fin de promover modelos de negocio más circulares que vinculen el ecodiseño al tratamiento aplicado al final de la vida útil, o de estudiar reglas sobre el contenido reciclado obligatorio de determinados materiales de las piezas, y de mejorar la eficiencia del reciclado (9). Estos criterios de funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad han entrado en vigor en toda la Unión Europea el 1 de enero de 2022 tras la transposición de las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, de 20 de mayo.

[76] MAITRE-EKERN, E.- DALHAMMAR, C. (2019, 408); MAK, V.- TERRYN, E. (2020, 237)

[77] WILLET, C. (2009, 16). Véase, asimismo, Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores [2020/2021 (INI)], apartado 6, e) y f).

[78] Por todos véase, por ejemplo, *Libre Mercado*, La Unión Europea aprueba el «derecho a reparar» para que los electrodomésticos duren 10 años, 21 de marzo de 2021, en «*https://www.libremercado.com/2021-03-09/ue-obligara-fabricantes-crear-productos-puedan-ser-desmontables-reparables-6716930/*» (15 de mayo de 2021).

[79] Véase en la nota 30 estos cinco reglamentos comunitarios de 1 de octubre de 2019 sobre electrodomésticos convencionales publicados en el DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019.

[80] Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2021, 27 de abril, 25, que invoca en su justificación esta resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020 [«Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores», P9_TA (2020)0318], pero que no puede ser en modo alguno objeto de transposición. Su contenido trata de una serie de estrategias y medidas generales presentadas al Consejo y la Comisión para una próxima implementación normativa en el ámbito europeo.

[81] España circular 2030, *Estrategia Española de Economía Circular* (EEEC), en *https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/espanacircular2030_def1_tcm30-509532.PDF* (25 de julio de 2021), documento inspirado en el Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020.

[82] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores [2020/2021 (INI)].

[83] Véase en Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2021, 27 de abril, 25, *in fine,* de transposición de las directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE en materia de defensa de los consumidores (BOE 28 abril 2021), que esgrime esta proteica argumentación.

[84] Todos publicados en el DOUE L 315, de 5 de diciembre de 2019.

[85] Estos distintos plazos específicos fijados en la Unión Europea para cada categoría o tipo de bien de consumo, mencionados en la nota 31, son: Reglamento 2019/2019/UE,

1 octubre 2019, para los aparatos de refrigeración, de 7 o 10 años, según naturaleza de piezas; Reglamento 2019/2021/UE, 1 de octubre de 2019, para las pantallas electrónicas, de 7 u 8 años, según características; Reglamento 2019/2022/UE, 1 de octubre de 2019, para lavavajillas domésticos, de 7 o 10 años, según naturaleza de piezas; Reglamento 2019/2023/UE, 1 de octubre de 2019, para lavadoras domésticas y lavadoras-secadoras domésticas, de 10 años; Reglamento 2019/2024/UE, 1 de octubre de 2019, de 8 años. En el artículo 2 se contienen las definiciones que determinan, caso por caso, qué tipo de bienes concretos son los que se incluyen dentro de cada tipo de bien o producto (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019).

[86] Propuesta de Reglamento COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, previsto dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apartado 2.1, ampliando así sustancialmente los objetivos contenidos en el Primer Plan acción, COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015, apartado 2.

[87] Plasmadas en la reciente Propuesta de Reglamento sobre requisitos de diseño ecológico, que deroga la Directiva 2009/125/CE, COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, a la que acompaña la Propuesta de Reglamento de condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, que deroga el Reglamento 305/2011/UE, COM (2022) 144 final. Actualmente la Unión Europea trabaja en la implementación de un Reglamento para el diseño de teléfonos móviles y tabletas, prevista para el cuarto trimestre de este año 2022. En «https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12797-Diseno-de-telefonos-moviles-y-tabletas-sostenibles-diseno-ecologico_es» (30 de abril de 2022).

[88] Directiva 2009/125/CE, 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

[89] Considerandos 1 a 5 y 10 de cada uno de los Reglamentos arriba citados, de 1 de octubre de 2019, publicados en el DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019.

[90] Sin entrar en detalles, es pertinente apuntar que es la propia Comisión quien ha previsto los pasos y plazos a seguir para la propia revisión futura de tales Reglamentos, lo que se hará «a la luz del progreso tecnológico y presentará al Foro consultivo los resultados de dicha evaluación, en su caso, junto con un proyecto de propuesta de revisión de 25 de diciembre de 2025» (art. 8 Reglamento (UE) 2019/2019, sobre aparatos de refrigeración).

[91] Propuesta de Reglamento COM (2022) 142 final, Bruselas, 30 de marzo de 2022, previsto dentro del Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, COM (2020) 98 final, Bruselas, 11 de marzo de 2020, apartado 2.1, ampliando así sustancialmente los objetivos contenidos en el Primer Plan acción, COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015, apartado 2.

[92] Véanse, por ejemplo, estos distintos reglamentos de 1 de octubre de 2019 en las notas 30 y 74 (DOUE L 315, 5 de diciembre de 2019]. La proyectada ampliación de esta normativa de la que hablamos será sobre los actuales reglamentos comunitarios vigentes ahí recogidos. Tales reglamentos entraron en vigor el 1 de marzo de 2021, pocos días antes de la redacción del artículo 127 *bis* TRLGDCU, que ha pasado a regular tan irregularmente esta materia en nuestro país con efectos de 1 de enero de 2022.

[93] Propuesta de Reglamento de requisitos de diseño ecológico, Bruselas, COM (2022) 142 final, 30 de marzo de 2022.

[94] MAITRE-EKERN, E-DALHAMMAR, C. (2019, 403). Estos autores justifican la prohibición de acceso al mercado de la Unión Europea de ciertos productos por ser «intrínsecamente insostenibles».

[95] VIDALENC, E. - MEUNIER, L. (2014, 14 y sigs.). El análisis sobre si los productos de consumo más duraderos son mejores para el medio ambiente, le lleva a clasificarlos en dos categorías: en primer lugar, estarían los productos que generan un 80% del im-

pacto ambiental en la etapa de su utilización (por ejemplo, los electrodomésticos), y, en segundo término, los productos que generan un 80% del impacto ambiental en la etapa de su fabricación, como por ejemplo la vestimenta, los ordenadores o los *smartphones*.

[96] Resolución PE, 25 de noviembre de 2020, Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores [2020/2021 (INI)], apartado 11, c).

[97] La iniciativa actual del Ministerio de Consumo es una copia casi idéntica a la aprobada por el artículo 16 de la *Ley francesa número 2020-205, de 10 de febrero de 2020, sobre la lucha contra los residuos y la economía circular*.

(Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre de 2022)

Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad

Legal nature of non-contentious acts in respect of persons with disabilities

por

BRIAN BUCHHALTER-MONTERO*

Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia
Personal docente e investigador (FPU), Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La discusión sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ni es nueva ni puede darse por cerrada. Este trabajo tiene por objeto estudiar la naturaleza jurídica —y las implicaciones constitucionales que ello comporta— de la jurisdicción voluntaria que se ejercita respecto de las personas con discapacidad. Se aborda la cuestión desde algunas de las categorías más clásicas del Derecho procesal para llegar a la conclusión de que, constitucionalmente, el legislador no está legitimado para atribuir las competencias relativas a personas con discapacidad a operadores jurídicos distintos de los jueces.

ABSTRACT: The discussion on the legal nature of voluntary jurisdiction is neither new nor can it be considered closed. The aim of this paper is to study

* Máster en Derecho alemán por la Universität Konstanz (LL.M) y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de La Rioja. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021).

the legal nature — and the constitutional implications that this entails — of the voluntary jurisdiction exercised in respect of people with disabilities. The question is approached from some of the most classic categories of procedural law in order to reach the conclusion that, constitutionally, the legislator is not legitimised to attribute competences relating to persons with disabilities to legal operators other than judges.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción voluntaria. Discapacidad. Naturaleza jurídica. Tribunal Constitucional. Pretensión procesal.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction. Disability. Legal nature. Constitutional Court. Procedural pretension.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. RELATIVIDAD HISTÓRICA DEL PROCESO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—III. TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: 1. Tesis administrativistas. 2. Tesis jurisdiccionalistas. 3. Tesis mixtas.—IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. La legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. 2. Las exigencias derivadas del artículo 24 CE en los procedimientos de jurisdicción voluntaria. 3. La no exclusividad de la función de garantía del artículo 117.4 CE. —V. TOMA DE POSICIÓN A LA VISTA DE LAS NOCIONES DE PRETENSIÓN, OPOSICIÓN, COSA JUZGADA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: 1. La pretensión procesal en la jurisdicción voluntaria. 2. La oposición a la pretensión. 3. La ausencia de cosa juzgada. 4. Independencia y actuación imparcial.—VI. CONCLUSIONES.—VII. REFERENCIAS: 1. Índice de resoluciones citadas. 2. Bibliográficas.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La polémica respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ni es nueva, ni puede darse por cerrada[1]. Sin querer caer en el justificado derrotismo que algunos autores presentaban ante el caos normativo anterior a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria lo cierto es que los intentos por aprehender la jurisdicción voluntaria como un *totum* no han arrojado resultados definitorios[2]. No tanto porque la sustancia objeto de estudio sea abigarrada, sino porque el *approach* a ella es, en ocasiones,

excesivamente dogmático y alejado del indispensable sustento del Derecho positivo.

La cuestión todavía se complica más pues, en el marco de la *species* de la que se ocupa este estudio, todavía pueden distinguirse una buena cantidad de actos. Sobre esta necesaria distinción ya reconocía ALCALÁ-ZAMORA la existencia de determinados expedientes de jurisdicción voluntaria, «vinculados con eventualidades procesales (conciliación anterior a la demanda o con las habilitaciones para comparecer en juicio)» que revestirían «en rigor la cualidad de procesos preliminares (…)» y que serían, *stricto sensu*, jurisdiccionales[3]. En todo caso, como ha dicho ALMAGRO NOSETE, no puede perderse de vista que la difuminación de los linderos entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa «siempre se plantea respecto de derechos no dispositivos o derechos-deberes o respecto de estados o situaciones en los que el interés privado y el interés público están equiparados» (como los relativos a las personas requeridas de especial protección, sea por la circunstancia que sea)[4]. Con tales consideraciones a la vista, se entiende que este estudio restrinja su análisis específicamente a la jurisdicción voluntaria *judicial*, es decir, la que ejercitan *stricto sensu* los jueces y ningún otro operador jurídico más y, muy particularmente, la que se ejercita respecto de las personas con discapacidad, especialmente tras la Ley 8/2021, de 2 de junio.

II. RELATIVIDAD HISTÓRICA DEL PROCESO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El proceso es una de las expresiones más nítidas de la tradición cultural y de la idiosincrasia judicial de cada país. De ello daba cuenta GUASP cuando se refería a la «inevitable particularidad nacionalista de cada sistema procesal, que impide remitirse a esfuerzos exógenos, aunque sean afines en la materia (…)»[5]. En la jurisdicción voluntaria se excita esta heterogeneidad, de manera que su particular ser «dificulta de sobremanera el deslinde y caracterización de la materia, el enunciado de principios generales a ella atinentes y el estudio comparativo de los tan dispares procedimientos que la integran en distintos países»[6]. Y ya decían MANRESA, MIQUEL y REUS[7] que «debe estarse a lo que la legislación o jurisprudencia de cada país tenga establecido acerca de los actos, que en el mismo han de reputarse como de jurisdicción voluntaria, respecto de lo cual no están enteramente de acuerdo los códigos modernos»[8]. De esta relatividad natural se sigue que las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de otros países sobre *sus* regulaciones de la jurisdicción voluntaria deban tomarse con cautela —por brillantes y sesudas que sean y que, en gran medida, son. No significa esto que puedan desconocerse los trabajos

de las doctrinas alemana o italiana, por ejemplo, sino que su exégesis no es suficiente para aprehender la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria *española*[9]. Lo mismo, *mutatis mutandis*, puede decirse de las aportaciones patrias anteriores a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que, evidentemente, no pudieron tomarla en consideración.

Ahora bien, tal diversidad espacio-temporal no es obstáculo para reconocer algunos puntos comunes y que la finalidad de muchos de estos procedimientos es parecida, cuando no igual, en los distintos ordenamientos, «sea cual fuere el credo político que impere en un Estado»[10]. Con admirable claridad lo ha expresado LIÉBANA ORTIZ: «una construcción teórica de la jurisdicción voluntaria, con escaso o nulo apoyo en el Derecho positivo sería (…) un vacuo ejercicio dogmático (…)»[11]. Sentado esto, parece claro que el ordenamiento jurídico que debe fundamentar el análisis y la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es el español[12]. De lo que se trata, por tanto, es de elucidar la naturaleza jurídica de la actividad que —al cobijo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria— realizan los jueces en materia de protección de las personas con discapacidad. Y, más concretamente, de lo que se trata es de determinar si la función que realizan los jueces en este ámbito es jurisdiccional en el sentido del artículo 117.3 de la Constitución española (CE, en adelante) o si, por el contrario, dado su pretendido carácter *materialmente* administrativo, podría ser en un futuro atribuido a otros operadores jurídicos con base en una suficiente *auctoritas*[13]. No es objeto de este estudio, pues, diseccionar ontológicamente la jurisdicción voluntaria española en general, sino tan solo de delimitar ese contenido esencial que, suprimido, determinaría la irrecognoscibilidad de la jurisdicción voluntaria[14]. Se trata de poner de relieve la existencia de una suerte de garantía institucional en la jurisdicción voluntaria, un núcleo esencial del que, constitucionalmente, no se puede prescindir:

«la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace»[15].

No se puede, por tanto, compartir aquellas posiciones que sostienen la inutilidad de buscar esta naturaleza esencial o intrínseca de la jurisdicción voluntaria, ni tampoco las que sostienen que se trata de una «polémica estéril» o «disuasoria en cuanto a sus repercusiones prácticas»[16]. Que la jurisdicción —como toda construcción humana— sea relativa no puede suponer abdicar en la búsqueda de los límites que el legislador debe respetar para delimitar el «contenido razonable de la jurisdicción voluntaria, evitando, mediante el arbitrio de establecer una contenciosidad de determinadas materias, posibles abusos de derecho o de fraude a la Ley»[17]. No es posible admitir un vaciamiento de la jurisdicción voluntaria, solo porque sus nebulosos contornos compliquen su aprehensión. Tan necesaria es la jurisdicción voluntaria como la contenciosa, cada una de ellas tiene su ámbito de operatividad[18]. La imposibilidad, por tanto, de concretar qué sea la jurisdicción voluntaria en general exige delimitar los diferentes expedientes y actos que se regulan en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y determinar, casi artesanalmente, cuál es su naturaleza[19]. De esta relatividad daba ya cuenta la exposición de motivos que acompañó al proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de octubre 2005 en el que se reconocía la relatividad del concepto con la expresión «tal como aparece concebida en la presente Ley (…)

La jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, claramente amparado en el artículo 117.3» (exposición de motivos del proyecto de 2005, apartado III)[20]. En definitiva, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, «lo realmente importante es determinar cuándo unas funciones [concretas] son jurisdiccionales y cuándo son administrativas»[21].

III. TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Dicho lo anterior, procede ahora un breve repaso sobre las distintas teorías que se han formulado respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Estas han sido variadas a lo largo del espacio y del tiempo. Aun así, en términos generales, es posible reconducir la polémica a tres grandes corrientes: 1) la que sostiene que se trata de una actividad materialmente administrativa, aunque formalmente judicial; 2) la que considera que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional *stricto sensu*; y 3) la que mantiene que la jurisdicción voluntaria sería un *tertium genus* en el que confluyen características tanto de la jurisdicción como de la administración.

1. Tesis administrativistas

La doctrina mayoritaria parece inclinarse hoy por entender que en la jurisdicción voluntaria no existe actividad jurisdiccional sino «*pura amministrazione*» en los ya clásicos términos de CHIOVENDA[22]. La consecuencia fundamental de tal consideración reside, en el orden constitucional, en que la competencia para realizar actos de jurisdicción voluntaria debe ser atribuida a órganos administrativos y no judiciales. De esta manera, el carácter histórico y contingente de la jurisdicción voluntaria permitiría la atribución de su ejercicio al Poder Ejecutivo sin desmedro del Estado de Derecho[23].

En esta posición es posible incardinar, con muchos matices y sin ánimo de exhaustividad, algunos autores patrios y extranjeros: ALLORIO[24], ARELLANO GARCÍA[25], ALMAGRO NOSETE[26], BANACLOCHE PALAO[27], CHIOVENDA[28], DAMIÁN MORENO[29], FAIRÉN GUILLÉN[30], GIMENO GAMARRA[31], GÓMEZ ORBANEJA y HERCE Quemada[32], GUASP[33], PRIETO-CASTRO[34], SERRA DOMÍNGUEZ[35], WACH[36] o ZAFRA VALVERDE[37].

También ha sido valedor de esta posición el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, como la ya antigua STS Núm. 110/1949 (REC: s/n, ponente VALLEDOR y SUÁREZ DE OTERO) de 5 de mayo en la que, al hilo de la declaración de incapacitación se decía lo siguiente:

«(l)a llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera constatación de actos *inter-volentes* sino que implica ejercicio en su resolución del *jus dicere* como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas, que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional *stricto sensu*» (considerando 1.º)[38].

Más modernamente también ha venido siendo defendida esta posición, entre nosotros, por algunos como LIÉBANA ORTIZ[39] o FERNÁNDEZ EGEA[40] e, igualmente, en la doctrina administrativa de la FGE se advierte esta tendencia. Así, la Circular de la FGE Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles contrapone un «genuino proceso jurisdiccional» a la jurisdicción voluntaria (ap. I.). Por último, esta posición también fue expresamente asumida por el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006, lo que lo condenó, entre otros motivos, al fracaso[41].

2. Tesis jurisdiccionalistas

Frente a la concepción administrativista de la jurisdicción voluntaria, otras posiciones jurisprudenciales y doctrinales han venido manteniendo, en parte, su carácter jurisdiccional[42]. Y es que, como ha dicho ALMAGRO NOSETE, «no se puede, sin más, a riesgo de caer en generalizada simplicidad, considerar que la actividad de jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa»[43]. Mayor predicamento ha gozado esta posición en la jurisprudencia española (*cfr. supra* epígrafe IV). Ya es clásica la STS s/n (Sala III, REC: 518/1998, ponente Jesús Ernesto PECES MORATE), de 22 de mayo de 2000 que, declarando la nulidad de cierta modificación del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH), ponía de relieve lo siguiente:

«(e)l que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no jurisdiccionales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 LEC [1881]), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción (…), de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejercitando potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio (…)» [FJ 7.º][44].

3. Tesis mixtas

Por último, otros autores han sostenido que la jurisdicción voluntaria sería un *tertium genus* entre jurisdicción y administración, que participaría de la naturaleza de ambas dos. Esta posición puede sintetizarse en las siguientes palabras de GUASP:

«(…) el análisis de la estructura de la pretensión procesal (…) permitiría acaso emplazar sistemáticamente a la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ordenamiento jurídico, asignándola un puesto intermedio entre la actividad administrativa de carácter espontáneo y la actividad judicial, atribuyéndole, en efecto, las actividades provocadas por peticiones en las que faltando el elemento del sujeto pasivo, necesario para la construcción de la pretensión, no puede hablarse con certeza de la existencia de esta»[45].

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

También en la jurisprudencia del TC es perceptible esta polémica. Ya la antigua STC Núm. 13/1981 (REC: 202/1980, ponente DÍEZ DE VELASCO VALLEJO) de 22 de abril, había puesto de relieve que:

«(l)as variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria —desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de Derecho privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales— y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de la LEC 1881, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 CE. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional» (FJ 3.º).

Por otra parte, en un reciente voto particular a la STC Núm. 36/2021 (REC: 4088/2019, ponente OLLERO TASSARA), de 18 de febrero, ENRÍQUEZ SANCHO —con adhesión de MARTÍNEZ-VARES GARCÍA— ha señalado lo siguiente:

«(e)l expediente de adopción se tramita conforme al procedimiento previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero este tribunal ha dicho que la jurisdicción voluntaria es también jurisdicción. Los jueces en la jurisdicción voluntaria también ejercen jurisdicción, por eso pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad».

Sigue este reciente voto particular el camino iniciado anteriormente por otros magistrados, como RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ que, en un voto particular al ATC Núm. 508/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre de 2005 ponía de relieve que «no es esencial a la actividad jurisdiccional que exista cuestión o controversia entre las partes o que se ejercite (*inter invitos*) entre personas que no han podido ponerse de acuerdo»; y es que «también es jurisdicción —muy en especial en el ámbito del Derecho privado— la que se ejercita entre personas que, hallándose de acuerdo en sus pretensiones (*inter volentes*) buscan el ministerio del juez para imprimirles sello de autenticidad» (art. 1811 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil [LEC 1881, en adelante]). En el mismo voto particular se ponía de relieve, trayendo a colación algunas viejas instituciones romanas, que tampoco es esencial a la actividad jurisdiccional el «efecto formal del acto jurisdiccional» (la cosa juzgada en sede contenciosa)[46]. Para nosotros, el carácter

jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria que realizan los jueces en el sentido del artículo 117.3 CE queda refrendado, en la doctrina del TC, por las siguientes consideraciones: 1) que los jueces están legitimados para plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando ejercen funciones en el marco de la jurisdicción voluntaria; 2) que al procedimiento que se sigue en la jurisdicción voluntaria son de aplicación las exigencias del artículo 24 CE; y 3) que las funciones de garantía que los jueces ejercen al amparo del artículo 117.4 CE no son exclusivas y que, por tanto, podrían ser atribuidas a otros operadores jurídicos. De estas consideraciones, se deriva que la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en lo relativo a las personas con discapacidad es jurisdiccional en el sentido del artículo 117.3 CE.

1. La legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Si los actos de jurisdicción voluntaria no tuvieran un carácter jurisdiccional —aunque no se desarrollen a través de un cauce procesal *stricto sensu*— carecería de sentido que el TC admitiese la legitimación de los jueces para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Como dice el ATC Núm. 59/2006 (REC: 9665/2005, Pleno) de 13 de diciembre:

«(n)i el carácter jurisdiccional de la actividad del órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, han sido objeto de consideraciones críticas por parte de este Tribunal con ocasión del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en expedientes de jurisdicción voluntaria (STC 129/1999, de 1 de julio; ATC 216/1998, de 24 de noviembre); (…), [pues] «no cabe duda de que las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aun cuando, en algunos casos, no se desarrollaran a través de un proceso en sentido propio» (FJ 3.º)[47].

Solo que se ejerzan funciones jurisdiccionales en jurisdicción voluntaria permitiría admitir, por ejemplo, que un juez pudiera plantear cuestión de inconstitucionalidad en un expediente de consignación judicial (arts. 98 y sigs. Ley de la Jurisdicción Voluntaria) y que, por el contrario, no pudiera hacerlo el notario (arts. 69 y sigs. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, LN en adelante), a pesar de que las normas civiles a aplicar pudieran ser las mismas. *Lo subjetivo* del órgano llamado a aplicar la norma es lo efectivamente decisorio[48]. La intervención del juez, sumada a los sensibles intereses que allí se ventilan, exige afirmar el carácter jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria en relación con las personas discapacitadas. Y es que, como ha señalado RAMOS MÉNDEZ «si se desvaloriza el argumento personalista

para determinar la naturaleza de un acto, habría que llegar a conclusiones un tanto atrevidas (…)»[49]. Y si lo «jurisdiccional es asimilable a lo judicial»[50] (ALMAGRO NOSETE) difícilmente podemos admitir que lo judicial no sea, por lo menos indiciariamente, jurisdiccional; especialmente si desde una perspectiva funcional la jurisdicción voluntaria y la contenciosa coinciden, pues:

«las funciones propias de la jurisdicción contenciosa (declarativa con la variedad declarativa constitutiva, cautelar en sentido amplio o preventiva y de ejecución) están presentes con las particularidades resultantes de la falta de contenciosidad [antes de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria], en la jurisdicción voluntaria»[51].

Prueba de la tutela cautelar que puede dispensarse en algunos expedientes de jurisdicción voluntaria es el artículo 158.6.º del Código Civil con arreglo al cual el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: «(…) las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios (…). Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en procedimiento de jurisdicción voluntaria»[52]. Ahora bien, el carácter eminentemente subjetivo de los criterios que permiten diferenciar la jurisdicción voluntaria de la administración no puede oscurecer su contrapartida objetiva. Esta circunstancia ha sido claramente expresada por un muy ilustre procesalista argentino (PALACIO, defensor, por cierto, del carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria argentina):

«(e)l hecho de que sean los jueces los que conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización»[53].

Esta es la posición más acertada para entender la verdadera naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria que desarrollan los jueces respecto de las personas con discapacidad, pues como ha señalado la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, ap.1.2.2:

«la jurisdicción voluntaria no siempre supone, conforme al apartado cuarto del artículo 117 CE ejercicio de funciones expresamente «atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». En determinados casos se ejerce verdadera jurisdicción, potestades que quedan amparadas por el artículo 117.3 (véase,

en este sentido, STC núm. 155/2011, de 17 de octubre). Existe, por tanto, un «núcleo mínimo» de competencia judicial que debe ser respetado»[54].

En definitiva, la legitimación para plantear cuestión de inconstitucionalidad en un procedimiento de jurisdicción voluntaria es determinante para reconocer su naturaleza jurisdiccional[55]. Lo mismo sucede en Derecho alemán, de manera que el juzgado que conozca de un expediente de jurisdicción voluntaria puede plantear la cuestión de constitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle*) del artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn (GG, en adelante)[56].

2. Las exigencias derivadas del artículo 24 CE en los procedimientos de jurisdicción voluntaria

Otra circunstancia que permite refrendar el carácter jurisdiccional de estos procedimientos de jurisdicción voluntaria es la virtualidad que despliega el artículo 24.1 CE[57]. Si la jurisdicción voluntaria fuera actividad administrativa, no podría reclamarse la vigencia del artículo 24 CE en su seno, tal como exige la STC Núm. 58/2008 (REC: 2306/2005, ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ), de 28 de abril (FJ 2.º)[58]. Respecto de la conciliación —que, a pesar de la polémica doctrinal sobre su naturaleza, viene hoy regulada en los arts. 139 y sigs. de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria— la STC Núm. 155/2011 (REC: 5702/2009, ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS) de 17 de octubre ha puesto de relieve lo siguiente:

«(e)n cuanto a la naturaleza del acto de conciliación en el proceso civil, esto es, si se incluye en el área contenciosa o se incardina en la jurisdicción voluntaria, ha de señalarse que a efectos de la tutela judicial efectiva la cuestión es indiferente, desde el momento en que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido extendiendo los derechos procesales del artículo 24 de la Constitución, a esa parcela de la justicia civil» (FJ 3.º).

La virtualidad del artículo 24 CE se agudiza respecto de los actos que se realizan en relación con personas con discapacidad, pues, como recuerda la STS Núm. 145/1989, (REC: s/n, ponente CARRETERO PÉREZ), de 20 de febrero, todas garantías procesales que se establecen en beneficio de las personas con discapacidad no son simples trámites procesales, sino de normas que poseen un valor sustantivo, derivado de la dignidad de la persona (FJ 5.º)[59]. También en la jurisprudencia de las AP se advierte esta especial sensibilidad por la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. Ilustrativo es el AAP Huesca (Sección 1.ª) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente ANGOS ULLATE) de 14 de julio:

«(…) el incapaz (*sic*) tiene un derecho a la tutela judicial efectiva singularmente intenso, conforme a los artículos 7.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2013, lo cual se concreta en el artículo 216 del Código Civil en relación con su artículo 158, que obligan al juez a actuar de oficio en cualquier procedimiento para evitar perjuicios a menores e incapaces frente a terceras personas (…)» (FJ 2.º)[60].

No es posible sostener, por tanto, que «en los procedimientos de jurisdicción voluntaria ni la audiencia a los interesados ni la igualdad de armas son una necesidad lógica, derivada del concepto y estructura de estos procedimientos, sino que se imponen por razones prácticas»[61].

3. La no exclusividad de la función de garantía del artículo 117.4 CE

Por último, la falta de exclusividad judicial en el ejercicio de las garantías a que se refiere el artículo 117.4 CE debe comportar que la protección de los intereses de las personas con discapacidad o de los menores quede incardinada en la noción de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» del artículo 117.3 CE. El TC ha sido claro al admitir que las funciones del artículo 117.4 CE no se ejercitan con carácter de exclusividad[62]. De aquí se sigue que, de admitir que la jurisdicción voluntaria supone administración y no jurisdicción, debería también admitirse que el legislador, por criterios de oportunidad, podría constitucionalmente atribuir la realización de estas funciones de garantía a otros operadores jurídicos. Difícilmente cabe imaginar, sin embargo, la atribución de estas muy sensibles actuaciones a operadores no revestidos de las garantías particulares de los jueces. Por tanto, la inexistente exclusividad judicial del artículo 117.4 CE permitiría atribuir *todos* los actos de jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos distintos de los jueces, lo que no parece admisible. Claro ha sido el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) en los Informes que tanto en 2006 como en 2014 ha emitido en relación con los anteproyectos de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria:

«(d)e acuerdo con autorizada doctrina en la materia, no es del todo acertado mantener que la fundamentación de la jurisdicción voluntaria se asienta única y exclusivamente en el apartado 4 del artículo 117 CE, sino que, al menos algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria, deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional *ex* artículo 117.3 CE. Lo contrario supondría que el legislador ordinario puede decir que incluso en los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se vean afectados derechos fundamentales o relacionados con menores y otras personas es-

pecialmente protegidas, procede asignar la competencia a otros operadores jurídicos distintos de los jueces»[63].

De esta manera, al fundamentar constitucionalmente la jurisdicción voluntaria, continúa el CGPJ, sería más adecuado:

«echar mano no solo del apartado 4 del artículo 117 CE, sino también del apartado 3 de ese mismo precepto constitucional, dejando claro que el mantenimiento en la órbita de los órganos judiciales de una serie de expedientes de jurisdicción voluntaria obedece al hecho insoslayable de que la CE obliga a respetar un núcleo mínimo de competencia judicial, en atención al carácter jurisdiccional del expediente. En otras palaras, que —aunque no sea esta la opción por la que se decanta el prelegislador actual—, no sería posible proceder a una desjudicialziación de todos los expedientes de jurisdicción voluntaria»[64].

V. TOMA DE POSICIÓN A LA VISTA DE LAS NOCIONES DE PRETENSIÓN, OPOSICIÓN, COSA JUZGADA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

A la vista de lo anterior, parece claro que la jurisdicción voluntaria que se ejercita respecto de las personas con discapacidad reviste un carácter puramente jurisdiccional. Sin embargo, los estudios más profundos y recientes que se han ocupado de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria han partido de una noción de jurisdicción tan estricta que difícilmente permite incardinar cualquier expresión de la jurisdicción distinta de la civil contenciosa clásica. Constantemente se advierte una tendencia a la reducción o incluso a la identificación del término jurisdicción con la jurisdicción civil. Sin embargo, cualquier concepto que pretenda ser provechoso debe ser lo suficientemente amplio como para poder abarcar en su seno—no ya las particularidades procesales e históricas que explican, por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa— pero sí, por lo menos, la jurisdicción civil y penal. Exponente de esta tendencia es el profundo e interesante trabajo de LIÉBANA ORTIZ, *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*[65]. Allí se afirma que la jurisdicción se caracterizaría por cuatro notas: 1) existencia de una pretensión procesal; 2) resistencia a la misma; 3) efecto de cosa juzgada; y 4) actuación imparcial y con desinterés de los órganos jurisdiccionales[66]. Con estas nociones a la vista se dice, la jurisdicción voluntaria no sería jurisdicción sino administración[67].

1. La pretensión procesal en la jurisdicción voluntaria

La pretensión procesal, decía GUASP, es «aquella declaración de voluntad por la que un sujeto pide o solicita del órgano jurisdiccional una determinada conducta frente a otra persona distinta y determinada»[68]. A ello añadía que «esta declaración de voluntad constituye el objeto de todo el proceso; sobre ella recae la actividad de los diversos sujetos procesales; es la materia, el contenido, la sustancia que integra el proceso mismo»[69]. Sobre esta base se entiende que en la jurisdicción voluntaria pueda quedar excluida la pretensión en sentido estricto, por predominar en ella una cierta nota de unilateralidad[70]. Y así, se afirma —incluso por los defensores de la tesis jurisdiccionalista, como FERNÁNDEZ DE BUJÁN— que no existe pretensión frente a persona concreta[71]. Esta consideración, que puede ser cierta respecto de determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria, no puede compartirse respecto de aquellos en los que, ventilándose intereses públicos, interviene el Ministerio Fiscal. Y es que, como el propio GUASP decía, el Ministerio Fiscal desarrolla, en los procedimientos en los que interviene como parte, esta función de pedir o *pretender*:

«(e)n efecto, el Ministerio Fiscal, lo mismo en el proceso penal que en el civil o en cualquier otro proceso, es un órgano del Estado; ahora bien, si el Estado interviene ya en el proceso por medio del órgano de la jurisdicción, ¿qué función realiza aquel? La solución no puede darse sino recogiendo la distinción entre personas que piden y personas que deciden antes expuesta: el órgano jurisdiccional es el órgano del Estado que decide; el titular de la pretensión es o puede ser un particular y no un órgano estatal; pero como hay ocasiones en que la decisión constituye un interés público y no puede abandonarse su existencia (…) a la voluntad de un particular que la pretenda, como ocurre normalmente cuando se infringe una norma penal, el Estado instituye independientemente otra serie de órganos cuya función es precisamente la de pedir o pretender aquella decisión y al conjunto de estos órganos es a lo que se denomina Ministerio Fiscal; si la dualidad pretensión-decisión no fuera sustancial al concepto de proceso no se explicaría la existencia de dos órganos del Estado en un mismo proceso»[72].

A pesar de ello, sostenía GUASP que en la jurisdicción voluntaria no hay pretensión[73]. También lo mantenía ZAFRA VALVERDE (uno de los más ilustres discípulos de aquel) cuando decía que «esta inexistencia de pretensiones en los actos de jurisdicción voluntaria, por faltar el sentido de enfrentamiento indicado, quiere decir tanto como que no existe, en calidad de sustrato de la petición, una situación de sinrazón jurídica[74] para la que el Estado tenga predeterminada la tutela jurisdiccional»[75], lo que es tanto

como expresar que la petición —desontologizada y vaciada de su pretensionalidad[76]— «no supone una desarmonía entre un acto volitivo estatal y un cierto hecho, al cual va ligada de alguna manera la voluntad de una persona y del que dimana o puede dimanar la lesión de un interés de otro sujeto (…)»[77]. Sin embargo, esta posición, que pudo mantenerse firmemente en las antiguas regulaciones de la jurisdicción voluntaria no puede sostenerse con la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria a la vista. La intervención del Ministerio Fiscal como parte en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 4 Ley de la Jurisdicción Voluntaria) determina la existencia de pretensión y, por tanto, de jurisdicción en sentido estricto. Y justamente, la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria reconoce expresamente que, aunque inicialmente solo cabe hablar de «solicitantes» e «interesados», «la tramitación en el seno del expediente de verdaderas controversias, admitida desde antiguo, hace que se desdibuje esta premisa» (6). Ahora bien, lo anterior no quiere decir que toda intervención del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento suponga una transformación *a radice* de lo administrativo en lo jurisdiccional. Esto supondría admitir que la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento administrativo de expropiación forzosa (art. 5.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa) lo transforma en jurisdiccional lo que, a la luz de la jurisprudencia del TC, no es admisible[78]. Al contrario, la presencia del Ministerio Fiscal y del órgano judicial (como criterios subjetivos) unido a la naturaleza de los intereses que se ventilan (criterio objetivo) permite colegir la existencia de auténtica actuación jurisdiccional. A la misma conclusión se puede llegar con el artículo 21.1 Ley 5 Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a la vista que se refiere a las «pretensiones» de que pueden conocer los Tribunales civiles y muy especialmente cuando la propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria se refiere a la «pretensión» de manera clara y expresa. Así, dice el artículo 14.1.II Ley de la Jurisdicción Voluntaria, lo siguiente:

«(s)e expondrá a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión. También se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados».

No solo allí admite la Ley de la Jurisdicción Voluntaria la existencia de pretensión, sino también en otros expedientes en los que la competencia

para resolver es del letrado de la Administración de Justicia. Así sucede en el expediente de deslinde de fincas en el que, tanto en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria [para fincas no inscritas en el Registro de la Propiedad (art. 106.1.II)] como en el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipoecaria (LH, en adelante) [para fincas inscritas (art. 200.III LH)]. También en la regulación de los expedientes notariales se aprecia el uso del término «pretensión» (*cfr.* art. 56.2.V LN); e incluso la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, emplea el término «partes», a pesar de que propiamente no existe ejercicio de una acción (art. 10). La conclusión a la que se puede llegar, por tanto, es que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria parte de una concepción amplia de la pretensión, que ya no debe entenderse monopolizada por la jurisdicción contenciosa. En definitiva, como dice BANACLOCHE PALAO:

«(…) en los expedientes de jurisdicción voluntaria no hay una pretensión equivalente a la de los procesos contenciosos, porque aquí no se ejerce una acción reclamando una tutela frente a un demandado contradictor; pero si se entiende por pretensión el acto por el cual un sujeto solicita una determinada tutela a un tribunal (ejerciendo un derecho subjetivo público concedido legalmente), claramente existe aquella en los expedientes de jurisdicción voluntaria. De ahí que se exija la motivación y la congruencia en la decisión que se tome, y la imposibilidad de iniciar otro expediente idéntico posterior o que conviva con otro simultáneo»[79].

2 La oposición a la pretensión

Como lógico correlato de negar la existencia de pretensión en la jurisdicción voluntaria, se impondría negar igualmente la existencia de oposición a ella[80]. Esta posición, que podía ser discutida durante la vigencia del anterior artículo 1817 LEC 1881 [«si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente (…)»], hoy no puede ya admitirse[81]. Y ello por distintos motivos: 1) en primer lugar, porque de admitir que la existencia de oposición es consustancial a la jurisdicción debería admitirse que la homologación de una transacción judicial *ex* artículo 19.2 LEC no implicaría función jurisdiccional *stricto sensu* a pesar de desarrollarse en un proceso contencioso[82]; y 2) porque la propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria no determina que en la jurisdicción voluntaria no haya controversia, sino que lo que no hay es «controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 Ley de la Jurisdicción Voluntaria), pues como gráficamente hace notar el CGPJ, «se admite que un cierto ingrediente

contencioso es compatible con la tramitación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria»[83] a diferencia de lo que preveía el anterior artículo 1817 LEC 1881 —aunque en la práctica esta rigidez hubiera sido flexibilizada[84]. La ausencia de conflicto, expresado este en el proceso como el antagonismo entre pretensión y resistencia, no es la nota característica de la jurisdicción voluntaria. Lo definitorio respecto de la oposición o conflicto es que no deba —en principio— resolverse en sede contenciosa. Ya latía esta idea en el Decreto de 9 de octubre de 1812, dado por las Cortes de Cádiz que en el artículo 14 de su Capítulo Cuarto atribuyó la competencia en jurisdicción voluntaria a los «jueces de partido», que «conocerán a prevención con los alcaldes de los mismos, de la formación de inventarios, justificaciones *ad perpetuam*, y otras diligencias judiciales de igual naturaleza, en que *todavía* no haya oposición de parte»[85]. No se quiere decir que en todos los expedientes de jurisdicción voluntaria haya pre-conflicto (o una *vocación de conflicto*), pero sí, por lo menos, en los que intervienen personas con discapacidad[86]. De esta circunstancia daba cuenta ya el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 17 de diciembre de 2013 cuando decía que mediante esta expresión («ausencia de contraposición entre partes, que deba sustanciarse en un proceso contencioso») se puede dar cabida a aquellos actos en los que «está latente una controversia aunque no tenga [todavía, decimos] entidad suficiente para ser dirimida en un proceso contencioso»[87]. Por ello, no están justificados los reproches que se realizan al artículo 17.3.II de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria por expresar que la oposición no hace *per se* contencioso el expediente, lo que pretendidamente no sería compatible con el tenor del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Lo cierto, sin embargo, es que el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no establece que no haya controversia, sino, por el contrario, que no hay controversia *que deba* [todavía] *sustanciarse en sede contenciosa*[88]. Con mucho atino lo decía ya GONZÁLEZ PÓVEDA, respecto de la jurisdicción voluntaria regulada en la LEC 1881: lo decisivo no es la ausencia de conflicto, sino la «ausencia del juicio contradictorio»[89] o de «partes contrapuestas»[90]. No es posible, por tanto, dar por buena la consideración de que la inexistencia de controversia es «el alfa y el omega de la jurisdicción voluntaria»[91]. Al contrario, ha sido ya solemnemente enterrada entre nosotros la máxima romana *iurisdictio voluntaria transit in contentiosam interventu justi adversarii* que, decían MANRESA, MIQUEL y REUS, informaba la LEC 1855[92]. El motivo de este cambio creemos, siguiendo a BANACLOCHE PALAO, es la confianza del legislador en que, tras la discusión, se podrá llegar a una solución sin necesidad —en la mayoría de los casos— de tramitar un declarativo contencioso[93]. En definitiva, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria no niega la existencia de controversia (e incluso la prevé expresamente en la rúbrica de los arts. 86 a 90 Ley de la Jurisdicción Voluntaria)[94].

3. La ausencia de cosa juzgada

La cuestión de la cosa juzgada es quizás uno de los problemas más espinosos que se plantean respecto de la dogmática de la jurisdicción voluntaria[95]. Al respecto, establece el artículo 19.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria lo siguiente:

«(l) a resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

Con base en esta previsión se sostiene que, en la jurisdicción voluntaria, al no juzgarse irrevocablemente, no es posible admitir verdadera jurisdicción[96]. Para nosotros, la discusión no estriba tanto en que la cosa juzgada sea elemento distintivo de la jurisdicción contenciosa respecto de la voluntaria, sino que tampoco es posible afirmar con rotundidad que la cosa juzgada sea elemento de la jurisdicción *en sí*[97]. La jurisdicción se dice, es la única que puede actuar la Ley de modo irrevocable[98]. Ahora bien, que sea la única que puede actuar la Ley de manera irrevocable —lo que es discutible, sobre todo, con base en la existencia de los ya por extinguir actos políticos (iniciativa legislativa o indultos, por ejemplo)— no significa que todas las expresiones de la jurisdicción revistan el efecto de cosa juzgada[99]. «El proceso —decía WACH— no está en absoluto destinado en todas sus manifestaciones a producir decisiones con fuerza de cosa juzgada»[100]. De admitir que la cosa juzgada es un elemento esencial de la jurisdicción se podría llegar a la conclusión que solo son *jurisdicción* en sentido propio las resoluciones firmes. Como ha dicho ALMAGRO NOSETE sería erróneo pensar, que «una decisión judicial que carezca de la eficacia de cosa juzgada no produce efectos jurídicos frente a terceros», de manera que, la «resolución judicial despliega todos sus efectos y produce las situaciones jurídicas que dimanen de la misma, en cuanto que actos de ejercicio pacífico de los derechos mientras no se transforme el estado jurídico existente en virtud de sentencia firme habida en juicio contradictorio»[101]. Y eso, a pesar de no ser cosa juzgada, es también jurisdicción. Por otra parte, ya no es posible afirmar que las resoluciones de jurisdicción voluntaria carezcan absolutamente de cosa juzgada material, pues sí la tienen en el propio seno de la jurisdicción voluntaria[102].

De otro lado, de ser la cosa juzgada elemento esencial de la jurisdicción, el llamado juicio de revisión (*cfr.* arts. 509 y sigs. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil); 954 y sigs. del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal supondría

privar a lo jurisdiccional de su esencia más natural y, por tanto, retroactivamente despojarla de lo que ontológicamente reclamaría. A esta tesis oponía SERRA DOMÍNGUEZ algunos argumentos, como que la revisión no priva a la resolución de su carácter de cosa juzgada, entre otros motivos: 1) porque la revisión presupone la cosa juzgada; y 2) porque la revisión no tiene por fin el examen directo de la resolución, sino simplemente el procedimiento en virtud de la cual esta se forma[103]. Esta posición es, a nuestro juicio, discutible por distintos motivos. En primer lugar, porque que la revisión presuponga la cosa juzgada no implica, *per se,* que esta sea un elemento esencial de la jurisdicción. Supone tan solo que, como requisito para solicitar la revisión, debe haber recaído sentencia respecto de la que se pueda predicar el efecto de cosa juzgada. En segundo lugar, porque la revisión no tiene por fin solo el examen del procedimiento en virtud del cual esta se formó, sino también hoy otras circunstancias puramente materiales (art. 510.2 LEC). Y, por último, porque la propia LEC admite, de ordinario, la revisión y modificación del contenido de determinadas resoluciones judiciales (*cfr.* art. 775 LEC)[104].

Por tanto, la cosa juzgada no es un elemento esencial de la jurisdicción como actuación judicial del Derecho[105]. Y es que, aun admitiendo que la cosa juzgada fuera un elemento de la jurisdicción en general, tampoco podría afirmarse que la ausencia de cosa juzgada sea un elemento decisivo y definitorio de la jurisdicción voluntaria pues «existen actuaciones de jurisdicción voluntaria que se agotan por sí mismas, una vez producidas y no tienen relación alguna con un proceso posterior», de manera que sería ilógico reprocharles la ausencia de un efecto cuya naturaleza no exige[106]. Así sucede en cierta manera con las medidas de apoyo que se proveen a las personas con discapacidad, cuya revisión es una obligación legalmente establecida (*cfr.* arts. 121.II, 268 y 270.II CC)[107]. Como ya dijera GIMENO GAMARRA, la falta de cosa juzgada no es suficiente para delimitar la jurisdicción voluntaria, es solo una «consecuencia del procedimiento empleado y de la finalidad que en ella se persigue»[108]. Se trata, tan solo, de una cuestión de conveniencia o política legislativa, pues los intereses que se ventilan en la jurisdicción voluntaria aconsejan no dotar de los severos efectos de cosa juzgada a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, caracterizadas por la flexibilidad y la celeridad[109].

4. Independencia y actuación imparcial

La independencia y la actuación imparcial son dos notas que caracterizan en un sentido natural, pero no único, a la función jurisdiccional. La imparcialidad —dice MONTERO AROCA— «no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia a un juez determinado y a un caso concreto que se somete a su decisión. Se es o no imparcial para juzgar

un caso concreto»[110]. Por su parte, la independencia supone el sometimiento exclusivo al imperio de la Ley de manera que, dentro de los márgenes del Derecho positivo, el juez solo está sometido al dictamen de su conciencia y de su deber. Estas notas, sin embargo, no son exclusivas de la función jurisdiccional. También la Administración pública es imparcial (art. 103.3 CE) en general o, más concretamente, los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles [art. 313. B) c) LH]. E igualmente, también es imparcial el Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE). Ello implica, por tanto, que no puede ser la *actuación* imparcial, ni el sometimiento a la Ley únicamente la nota distintiva de lo jurisdiccional. Lo decisivo es que la imparcialidad sea *judicial en un sentido subjetivo* y apolítica. Como señala SCHMITT, «la *independencia* del juez no puede nunca ser otra cosa que la otra cara de su *dependencia* de la Ley. Aquí se encuentra la gran diferencia de esta independencia en relación con la de los Diputados de una corporación legislativa», necesariamente vinculada a la representación y, por tanto, obligada a la persecución de un fin político[111]. Por su parte, la imparcialidad, en abstracto, no es nota diferencial de la jurisdicción[112]. A ello debe añadírsele, para las personas con discapacidad, que el artículo 12.4 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (CDPD, en adelante) establece que las medidas de apoyo deben revisarse por parte «de una autoridad o un órgano judicial competente independiente e imparcial» que, para nuestro Derecho —a pesar de que no es exigencia directa del CDPD— parece razonable (y constitucionalmente exigible) que tal revisión sea realizada por los jueces[113].

No podemos dejar, sin embargo, sin señalar que la traducción castellana del artículo 12.4 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es confusa, pues parece dar lugar a entender que la revisión de las medidas solo puede producirse por una autoridad u órgano *judicial* y no administrativo. Sin embargo, no es esta la conclusión que se deriva de otras traducciones. Por ejemplo, la versión alemana se refiere a *«eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle»* (una competente, independiente e imparcial autoridad u órgano judicial —al que ya se le presuponen, evidentemente, los primeros adjetivos). La versión inglesa permite también la misma conclusión, pues se refiere a «*a competent, independent and impartial authority or judicial body*» e igualmente versión sueca («*oberoende och opartisk myndighet eller ett rättsligt organ*») o la francesa («*organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire*»)[114].

VI. CONCLUSIONES

I. De todo ello podemos colegir que la actividad judicial que se desarrolla en sede de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con dis-

capacidad es una actividad netamente jurisdiccional y que, por tanto, sería constitucionalmente inadmisible atribuir su conocimiento a otros operadores jurídicos —ya sea por su *auctoritas* o por razones de eficiencia[115]. Además, si la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa, no podría ser otorgada a los jueces como, viceversa, si fuera judicial no podría ser atribuida a la Administración[116].

II. Por ello, no se trata de que el juez sea una suerte de rey Midas que convierta en jurisdiccional todo lo que toca [no lo es, desde luego, el expediente del artículo 235 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN)][117], sino que aquello que naturalmente sea jurisdiccional, debe seguir siéndolo, pues como ya señalado FERNÁNDEZ DE BUJÁN, siempre hay un grupo de competencias que «no es que queden ahora (…), es que deberían quedar siempre en el ámbito judicial»[118]. Muy especialmente cuando, como dice FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, la autoridad judicial es garantía última del correcto funcionamiento de las medidas de apoyo[119]. En definitiva, «*giurisdizione non contenziosa, ma giurisdizione*»[120].

VII. REFERENCIAS

1. Índice de resoluciones citadas

- VP a la STC Núm. 36/2021 (REC: 4088/2019, ponente OLLERO TASSARA), de 18 de febrero.
- AAP Huesca (Sección 1.ª) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente ANGOS ULLATE) de 14 de julio.

- Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria.

- STC Núm. 155/2011 (REC: 5702/2009, ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS) de 17 de octubre.
- STC Núm. 58/2008 (REC: 2306/2005, ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ), de 28 de abril.
- VP al ATC Núm. 508/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre de 2005.

- Circular de la FGE Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles.

- STS s/n (Sala III, REC: 518/1998, ponente Jesús Ernesto PECES MORATE), de 22 de mayo de 2000.
- STS Núm. 145/1989, (REC: s/n, ponente CARRETERO PÉREZ), de 20 de febrero.
- STC Núm. 13/1981 (REC: 202/1980, ponente DÍEZ DE VELASCO VALLEJO) de 22 de abril.

- Auto del BVerfG (Sala 1.ª) de 15 de septiembre de 1954-1 BvL 1/54.

- STS Núm. 110/1949 (REC: s/n, ponente VALLEDOR y SUÁREZ DE OTERO) de 5 de mayo.

2. Bibliográficas

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO, M. *Código Civil-Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I (arts. 1 a 332), 3.ª ed., Trivium, Madrid, 1992.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1992.

— *Derecho procesal mexicano,* Tomo I, 2.ª ed., Porrúa, México D. F., 1985.

— Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México,* núm. 45, 1962.

ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho procesal -Proceso civil,* Tomo I, Vol. 2, Trivium, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ CORA, E. La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LXXXII, 2012.

ARELLANO GARCÍA, C. *Teoría General del Proceso*, 3.ª ed., Porrúa, México D. F., 1989.

BACRE, A. *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

BANACLOCHE PALAO, J. *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2.ª ed, La Ley, Madrid, 2020.

BAYO RECUERO, M.ªN. Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación, en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado-Dykinson, Madrid, 2016.

BOSCH, F.W. Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 149, 1944.

CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

CHIOVENDA, G. *Principii di Diritto Processuale Civile,* 2.ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E.C., Napoli, 1923.

DAMIÁN MORENO, J. Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) - Thomson Reuters, Madrid, 2016.
DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
DENTI, V., La giurisdizione voluntaria rivisitata, *Studi in onore di Enrico Allorio*, Tomo I, 1989.
DE PRADA, J.M. Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, 2007.
DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
FAIRÉN GUILLÉN, V. En Jurisdicción voluntaria, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 68, 1990.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.
— *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007.
— *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
FERNÁNDEZ EGEA, M.ªA. *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio,* Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2015.
FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
GIMENO GAMARRA, R. Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 6., núm. 1.
GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.
GÓMEZ ORBANEJA, E. Contestación al discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal de Werner Goldschmit Lange: La imparcialidad como principio básico del proceso (la partialidad y la parcialidad), recogido en Íbid, *Derecho y proceso*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho procesal Civil,* 8.ª ed, Vol. II, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979.
GONZÁLEZ GRANDA, P. ¿Quo vadis, *jurisdicción voluntaria*? - *La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria,* Reus, Madrid, 2015.
GUASP, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, presentación de Manuel Alonso Olea, Civitas, Madrid, 1997.
GUASP, J. Prólogo a ZAFRA VALVERDE, J. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva - La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962.
— La pretensión procesal*, Anuario de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 1, 1952, 61.
HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*, 11.ª ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1967.
HOVEN, E. Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen - Eine Kritik der Kritik, *Juristen Zeitung*, núm. 76, Vol. 23.

JUAN SÁNCHEZ, R. Capítulo 3 en Ortells Ramos, M. (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 19.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2021.

LAPLACETTE, C.J. *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.

LIÉBANA ORTIZ, J.R. *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria,* Iustel, Madrid, 2012.

LIÉBANA ORTIZ, J.R. y PÉREZ ESCALONA, S. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria - Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. MIGUEL, I. y REUS, J. *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y esplicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de todas las voces comprendidas en la misma*, Tomo V, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1875.

MARCHECO ACUÑA, B. El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015.

MONTERO AROCA, J. La conciliación preventiva en el proceso civil, en MONTERO AROCA, J. *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981.

MUÑOZ ROJAS, T. Sobre la Jurisdicción voluntaria, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990.

MONTERO AROCA J. GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S. *Derecho jurisdiccional I - Parte General*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PALACIO, L.E. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

PRIETO CASTRO, L. *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946.

RAMOS MÉNDEZ, F. ¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006.

— *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R. La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria según la delimitación prevista en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *Diario la Ley*, núm. 8623, Doctrina, 13 de octubre de 2015.

SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, 11.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2017.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. Naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en Serra Domínguez, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

— Jurisdicción, en SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

SLOGSNAT, F. Ne bis in idem-Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Vol. 133, 2021.

SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Proceso Civil-La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

STERNAL, W. § 1 Anwendungsbereich, en Keidel, T., *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-Kommentar*, 20.ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

WACH, A. Die Abgrenzung des Civilprozess gegenüber verwandten Rechtsbildungen und seine Stellung im Rechtssystem en Wach, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozess,* Tomo I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

ZAFRA VALVERDE, J. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva - La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962.

NOTAS

[1] Una revisión de la misma muy completa hasta el año 1969 se puede ver en SERRA DOMÍNGUEZ, M., Naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, 619 y sigs.; más recientemente, LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria,* Iustel, Madrid, 2012; FERNÁNDEZ EGEA, M.ª A., *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio,* Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2015. Por otra parte, permítasenos recordar aquí —y salvando las distancias— las palabras de MONTERO AROCA sobre PRIETO-CASTRO y WACH: «si el Prof. PRIETO-CASTRO creía que sería vanidad por su parte el pretender definir y precisar el contenido de la jurisdicción voluntaria después de las opiniones de WACH, el que partiera de nosotros esa pretensión no sabemos qué calificativo merecería» (MONTERO AROCA, J., La conciliación preventiva en el proceso civil, en MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, 200).

[2] RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006, 12; también RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1992, 1293: «es una tarea vana intentar una construcción dogmática unitaria de los actos de jurisdicción voluntaria, como aparecen regulados en el derecho positivo». También FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, 19.

[3] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Derecho procesal mexicano,* Tomo I, 2.ª ed., Porrúa, México D.F., 1985, 49; *cfr.* también ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1992, 115 y sigs.

[4] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal-Proceso civil,* Tomo I, Vol. 2, Trivium, Madrid, 1996, 405.

[5] GUASP, J., Prólogo a ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva-La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962, 12. Se entiende, por tanto, que algunas instituciones procesales foráneas —incluso cercanas en tradición jurídica— puedan repugnar a un procesalista nacional (pienso en la prórroga convencional de los plazos en Alemania [§ 224 ZPO DE], inasumible entre nosotros en tales términos, por mor del art. 134 LEC). Las razones históricas que fundamentan la contundencia del actual artículo 134 LEC pueden verse condensadas en la Instrucción del II Marqués de Gerona, de 30 de septiembre de 1853. *Cfr.* también ÁLVAREZ CORA, E., La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LXXXII, 2012, 91, 92 y 100 (nota 77).

[6] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México,* núm. 45, 1962, 583. Como ya decía el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 20 octubre 2006: «el carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria ha sido una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción. Sirvan como ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura que,

en una primera época de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fueron expedientes de jurisdicción voluntaria y se trasvasaron con posterioridad a la jurisdicción contenciosa» (Preámbulo, apartado III); igualmente, GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis, *jurisdicción voluntaria*? - *La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria,* Reus, Madrid, 2015, 36. También la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, da noticia de esta heterogeneidad cuando afirma que en los distintos países europeos «no son cuestiones pacíficas la determinación de su naturaleza [la de la JV], la necesidad de intervención judicial ni el catálogo de materias que incluye» (2).

[7] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México,* núm. 45, 1962, pág. 583. Como ya decía el Proyecto de LJVol de 20 de octubre de 2006: «el carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria ha sido una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción. Sirvan como ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura que, en una primera época de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fueron expedientes de jurisdicción voluntaria y se trasvasaron con posterioridad a la jurisdicción contenciosa» (Preámbulo, apartado III); igualmente, GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? - La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria,* Reus, Madrid, 2015, pág. 36. También la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, da noticia de esta heterogeneidad cuando afirma que en los distintos países europeos «no son cuestiones pacíficas la determinación de su naturaleza [la de la JV], la necesidad de intervención judicial ni el catálogo de materias que incluye» (pág. 2).

[8] MANRESA y NAVARRO, J. M., MIGUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y esplicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de todas las voces comprendidas en la misma*, Tomo V, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1875, 7.

[9] Así, «el concepto de jurisdicción al que ha de intentarse llegar tiene que ser aquel que atienda a la realidad de nuestro país y en este momento histórico, es decir, que tome como base de partida la Constitución y comprenda el desarrollo de la misma en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (MONTERO AROCA J., GÓMEZ COLOMER, J. L., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I - Parte General*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 65).

[10] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias…, *op. cit.*, 582.

[11] LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos…, op. cit.,* 117.

[12] Ello no supone, sin embargo, que el Derecho positivo sea la *única, exclusiva y absoluta* fuente de análisis, máxime cuando en el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se explicita que esta Ley «define su ámbito de aplicación sobre una base puramente formal, sin doctrinarismo (…)» (Preámbulo, apartado X).

[13] Desarrollo de los ap. 3 y 4 del artículo 117 CE son los ap. 1 y 2 del artículo 2 LOPJ.

[14] Se trata de examinar, «si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (…)» [SSTC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente NARVÁEZ RODRÍGUEZ), de 7 de octubre, FJ 3.º; y núm. 11/1981 (REC: s/n, ponente DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN), de 8 de abril, FJ 8.º, por todas].

[15] STC Núm. 32/1981 (REC: s/n, ponentes RUBIO LLORENTE, GÓMEZ-FERRER MORANT y ESCUDERO DEL CORRAL), de 28 de julio, FJ 3.º.

[16] GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis…, *op. cit.,* 39; LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria - Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 38; o RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis…, *op. cit.,* 11.

[17] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal…, op. cit.*, 405.

[18] MUÑOZ ROJAS, T., Sobre la Jurisdicción voluntaria, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990, 577 y sigs.

[19] Será una labor de Penélope, decía FAIRÉN GUILLÉN, V., en Jurisdicción «voluntaria», juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 68, 1990, 481.

[20] La cursiva es nuestra. Mismo fundamento constitucional reconocía el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, 111: «(l)a jurisdicción voluntaria se enmarca en el artículo 117.4 CE dentro del conjunto de actividades jurídico públicas atribuidas a los tribunales de justicia separadas de la función genuinamente jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

[21] SERRA DOMÍNGUEZ, M., Naturaleza de la jurisdicción voluntaria…, *op. cit.,* 638.

[22] CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile,* 2.ª ed., Casa Tipografico — Editrice N. Jovene E.C., Napoli, 1923, 267.

[23] Es llamativo que en la Alemania del siglo XIX las normas que disciplinaban esta materia recibieran el nombre de *Rechtspolizeigesetze* (literalmente: leyes de policía jurídica), lo que da cuenta de la indudable cercanía que, en algunos aspectos, existe entre la JV y la Administración Pública (BOSCH, F. W., «Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit», *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 149, 1944, 39).

[24] ALLORIO, E., Saggio polémico sulla giurisdizione volontaria, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1948, 487 y sigs.

[25] ARELLANO GARCÍA, C., *Teoría General del Proceso*, 3.ª ed., Porrúa, México D.F., 1989, 348.

[26] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal…, op. cit.,* 384.

[27] BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2.ª ed, La Ley, Madrid, 2020, 35.

[28] CHIOVENDA, G., *Principii…, op. cit.*, 263.

[29] DAMIÁN MORENO, J., Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, 166.

[30] FAIRÉN GUILLÉN, V., Jurisdicción «voluntaria»…, *op. cit.,* 478.

[31] GIMENO GAMARRA, R., Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 6., núm. 1, 11.

[32] GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal Civil,* 8.ª ed, Vol. II, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979, 378.

[33] GUASP, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, presentación de MANUEL ALONSO OLEA, Civitas, Madrid, 1997, 178.

[34] PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946, 76.

[35] SERRA DOMÍNGUEZ, M., Naturaleza de la jurisdicción voluntaria…, *op. cit.*, 619 y sigs.

[36] WACH, A., Die Abgrenzung des Civilprozess gegenüber verwandten Rechtsbildungen und seine Stellung im Rechtssystem en WACH, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozess,* Tomo I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, 47.

[37] ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva… op. cit.,* 183 y 283.

[38] *Cfr.* ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil-Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I (arts. 1 a 332), 3.ª ed., Trivium, Madrid, 1992, 1179.

[39] LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos…, op. cit.,* 170; también LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios…, op. cit.*, 37 y sigs. JUAN SÁNCHEZ,

R., Capítulo 3 en Ortells Ramos, M. (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 19.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2021, epígrafe II.

[40] FERNÁNDEZ EGEA, M.ª A., *La jurisdicción voluntaria notarial…, op. cit.,* 60.

[41] DE PRADA, J. M., Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, 2007. Disponible *online* en: *https://cutt.ly/JUj2Q5Z.*

[42] Así, DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, 38 y sigs.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007, 56; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8273, 2014, 2 y 10 y sigs. especialmente; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012, 9; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* 1289 y sigs.; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria según la delimitación prevista en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *Diario la Ley*, núm. 8623, Doctrina, 13 de octubre de 2015 (ap. IV); SATTA, S., *Diritto processuale civile*, 9.ª ed. riveduta ed ampliata a cura di Carmine Punzi, CEDAM, Padova, 1981, 798 y sigs.

[43] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal…, op. cit.,* 383.

[44] En Alemania, a pesar de que se reconoce mayoritariamente la JV como actividad administrativa (*Verwaltungstätigkeit in justizieller Form*), la doctrina mayoritaria no tiene inconvenientes en afirmar que la JV es ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido del artículo 92 GG (Al respecto, y por todos, *cfr.* STERNAL, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en Keidel, T., *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-Kommentar*, 20.ª ed., C. H. Beck, München, 2020, 49 y sigs.).

[45] GUASP, J., La pretensión procesal*, Anuario de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 1, 1952, 61.

[46] Al respecto, *cfr.* cap. 2, epígrafe V, ap. 3 de esta obra.

[47] La cuestión de inconstitucionalidad se regula en el artículo 163 CE —desarrollado por los arts. 35 y sigs. LOTC. De él se desprende lo siguiente: «(c)uando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

[48] RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.*, 1294. Para Alemania, *cfr.* STERNAL, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en KEIDEL, T., *FamFG…, op. cit.,* 49.

[49] RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.*, 1294.

[50] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal…, op. cit.*, 92.

[51] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal…, op. cit.*, 381. También lo recuerda MONTERO AROCA, J., respecto de determinadas medidas provisionales que se tomaban en relación con las personas, de naturaleza evidentemente cautelar, a pesar de que aparecían reguladas en la JV, como el depósito de personas (MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva…», *op. cit.,* 200).

[52] Como ha señalado el AAP Valencia (Sección 10.ª) Núm. 214/2021 (REC: 26/2021, ponente MANZANA LAGUARDA), de 31 de mayo, FJ 2.º: «estas medidas tienen naturaleza cautelar y apremiante en situaciones puntuales de excepcionalidad, estando pensadas para remediar, de forma inmediata, una situación de peligro o riesgo inminente».

[53] PALACIO, L.E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 357. Del mismo país, *cfr.* BACRE, A., *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, 124.

[54] En la doctrina, *cfr.* BAYO RECUERO, M.ª N., Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación, en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.),

Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Consejo General del Notariado-Dykinson, Madrid, 2016, 35).

[55] También en Alemania están legitimados para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 100.1 GG en relación con los §§ 80 y sigs. BVerfGG) los jueces que ejercen funciones en sede de JV [Auto del BVerfG (Sala 1.ª) de 15 de septiembre de 1954-1 BvL 1/54]. En Italia, *cfr.* DENTI, V., La giurisdizione voluntaria rivisitata, *Studi in onore di Enrico Allorio*, Tomo I, 1989, 181 y sigs.

[56] *Cfr.* auto del BVerfG (Sección 1.ª) de 8 de febrero de 1983 (1BvL 20/81).

[57] Lo mismo sucede en Alemania respecto del artículo 103.I GG (Sternal, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en Keidel, T., *FamFG…, op. cit.,* 49).

[58] *Cfr.* también ATC Núm. 96/2017 (REC: 4387/2016, ponentes Ollero Tassara, Martínez-Vares García y Balaguer Callejón), de 19 de junio, FJ 3.º; y STC Núm. 75/2005 (REC:1713/2002, ponente Delgado Barrio), de 4 de abril, FJ 3.º.

[59] También DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, 216.

[60] Igualmente: SAP Soria (Sección 1.ª) Núm. 127/2017 (REC: 117/2017, ponente Pérez-Flecha DÍAZ), de 18 de septiembre, FJ 3.º; y AAP Valencia (Sección 10.ª) Núm. 208/2017 (REC: 1629/2016, ponente Esparza Olcina), de 8 de mayo, FJ 1.º. La expresión «singularmente intenso» permite recordar el siguiente pasaje de GÓMEZ DE LA SERNA: «(l)a triste condición de los que no tienen la capacidad intelectual necesaria para atender a la dirección de sus personas y de sus bienes, aunque hayan llegado a la mayor los hace dignos de una *protección especial por parte del Estado*, que ejerciendo el derecho supremo de tutela que le corresponde sobre todos los desvalidos, confía al poder judicial el cuidado de que les provean de guardadores» (GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, 222). La cursiva es nuestra.

[61] LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios…, op. cit.,* 144.

[62] En el ATC Núm. 505/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre se dice lo siguiente: «(d)e ambos apartados del artículo 117 CE resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), y, además, *sin ese carácter de exclusividad*, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho» (FJ 3.º). La cursiva es nuestra.

[63] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014 (35). E igualmente, *cfr.* Informe del Consejo General del Poder Judicial que se emitió respecto del Anteproyecto de Ley Jurisdicción Voluntaria de octubre 2006 (23) de manera que si el fundamento constitucional de la JV se reconduce únicamente al artículo 117.4 CE, queda «reducido el problema a una opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo-negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones (…)».

[64] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014 (39).

[65] Iustel, Madrid, 2012.

[66] LIÉBANA ORTIZ, J. R, *Fundamentos…, op. cit.,* 87.

[67] LIÉBANA ORTIZ, J. R, *Fundamentos…, op. cit.,* 163.

[68] GUASP, J., *Concepto y método…, op. cit.,* 20.

[69] GUASP, J., *Concepto y método…, op. cit.,* 20.

[70] *Cfr.* CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.ª ed. italiana por Santiago SENTÍS MELENDO, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, 263 y 264.

[71] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general…, op. cit.,* 54; también FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en *La jurisdicción voluntaria…, op. cit.,* 41. También por quienes sostienen el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria, como LIÉ-

BANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos…, op. cit.,* 87. También DAMIÁN MORENO, J., Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, 166. «Aunque con la iniciación del expediente no se deduce *pretensión* alguna desde el punto de vista jurisdiccional, La Ley ha revestido al escrito de iniciación de formalidades propias de aquella (…)».

[72] GUASP J., *Concepto y método…, op. cit.,* 20 y 21, nota 23.

[73] GUASP, J., La pretensión procesal…, *op. cit.,* 61.

[74] El autor entiende por «sinrazón jurídica» lo siguiente: «el choque o desarmonía entre una voluntad jurídica normativa y un hecho en el cual está de alguna manera comprometido el sujeto frente a quien se dirige la pretensión» (ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva…, op. cit.,* 53). Como el propio ZAFRA VALVERDE indica, el concepto se asimila en buena medida al término alemán «*Unrecht*» que el autor quiso verter al castellano «sinrazón jurídica» (53, nota 2), aunque hoy es aceptado el término general «injusto», que goza de gran predicamento en la doctrina del Derecho penal, desde su traducción por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. [*cfr.* GIMBERNAT ORDEIG, E., Autosemblanza (*Selbstdarsellung*)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Vol. LXVII, 2014, 84 y 85].

[75] ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva…, op. cit.,* 184.

[76] Si se me permite el término heideggeriano, traído de las primeras páginas de su *magna opera* (HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, 11.ª ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1967, 2). Hay traducciones de la obra al español. La más ajustada —sin desmerecer la de GAOS— parece ser la de RIVERA, disponible *online* en: https://cutt.ly/OUjEQup

[77] ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva…, op. cit.,* 184.

[78] Se entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo dieciocho, no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa». Respecto de la intervención del MF en el procedimiento de expropiación forzosa, *cfr.* Circular de la FGE Núm. 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado. Por todas, *cfr.* STC Núm. 42/1989 (REC: 6/1987, ponente GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERA), de 16 de febrero, FJ 4.º.

[79] BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes…, op. cit.,* 75 y 76, nota 34.

[80] LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos…, op. cit.,* 122.

[81] Detallada revisión de la oposición en los textos prelegislativos de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria, *Diario La Ley*, núm. 8496, 2015, 13 y sigs.

[82] RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.,* 1291: «la dualidad de partes puede existir o no en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, pero también en la jurisdicción contenciosa, aun existiendo dualidad de partes, puede no existir contraposición de intereses o controversia (*vgr*., allanamiento) (…)». Ya lo decía CHIOVENDA, G., *Principii…, op. cit.,* 264: «vi può essere proceso sensa *contenza* (ciò accade sempre nel giudizio contumaciale), anzi vi può essere proceso in cui il convenuto riconosca la pretesa avversaria».

[83] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, 12.

[84] GIMENO GAMARRA, R., Ensayo…, *op. cit.,* 53.

[85] La cursiva es nuestra.

[86] Hoy, y por todos: SOSPEDRA NAVAS, «el propósito principal de la jurisdicción voluntaria se ve más como antesala, es decir, pasa más por prevenir la posibilidad de futuros conflictos, precisamente contenciosos, que, por resolver, aunque deba hacerse, aquellos promovidos» (SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil-La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, 41).

[87] 16.

[88] GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis…, *op. cit.,* 103.

[89] GONZÁLEZ PÓVEDA, B., Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedi-

mientos de jurisdicción voluntaria, en González Póveda, B., (dir.), *Jurisdicción voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 16, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1996, 24.

[90] GIMENO GAMARRA, R., Ensayo…, *op. cit.,* 12.

[91] LIÉBANA ORTIZ, J. R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios…, op. cit.,* 50 y 51.

[92] MANRESA y NAVARRO, J. M., MIGUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento civil…, op. cit.,* 6. Esta cuestión fue justamente una de las que mayor fricción provocó en la tramitación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. «En el Proyecto [de 20 de octubre de 2006] se establecía que, si había oposición de cualquier interesado, se debía poner fin al expediente, siguiendo el cásico brocardo de ARGENTEO según el cual «*voluntaria iurisdictio transit in contentiosam invertentu iusti adversarii*». Por su parte, los grupos mayoritarios del Congreso, en contra de la opinión del Grupo Socialista, sostuvieron y aprobaron que, a pesar de la existencia de controversia, el expediente debía continuar tramitándose hasta su finalización» (BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes…, op. cit.,* 32).

[93] BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes…, op. cit.*, 88 y 89.

[94] FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: autonomía conceptual y notas caracterizadoras, en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), *op. cit.*, 29.

[95] *Cfr.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, 1337 y sigs.

[96] LIÉBANA ORTIZ, J. R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios…, op. cit.*, 185. También, MONTERO AROCA: Diferencia fundamental con la administración constituye el que la jurisdicción realice el derecho en el caso concreto de modo irrevocable (MONTERO AROCA, J., En torno al concepto y contenido del Derecho jurisdiccional, en MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal,* Librería Bosch, Barcelona, 1981, 22).

[97] PALACIO, L. E., *Derecho procesal…, op. cit.,* 357.

[98] MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional…, op. cit.*, 122.

[99] En la exposición de motivos (apartado II) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se puede leer lo siguiente: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido solo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho». Sin embargo, ello no impide que determinados actos del Gobierno resistan en gran medida la revisión jurisdiccional, como sucede con los actos de iniciativa legislativa y los indultos (hoy tan polémicos). Al respecto, *cfr.* MARCHECO ACUÑA, B., El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015.

[100] WACH, A., Die Abgrenzung…, *op. cit.,* 49.

[101] ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal…, op. cit.*, 380.

[102] FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., La cosa juzgada…, *op. cit.*, 1349.

[103] SERRA DOMÍNGUEZ, M., Jurisdicción, en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, 61 y 62.

[104] También el artículo 233-7 CCCAT.

[105] A todo lo anterior debe añadírsele una consideración de carácter fáctico: en los Derechos de nuestro entorno se advierte una tendencia a la relativización de la cosa juzgada, en su ámbito más grave —la revisión de sentencias absolutorias en perjuicio del absuelto. Ejemplo de ello es la muy reciente *Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit* [Ley para la obtención de la justicia material (Alemania)], de 22 de diciembre de 2021. que, en clara contraposición con la prohibición de *reformatio in peius* y con motivos más o menos discutibles, permitiría la revisión de la sentencia absolutoria por descubrirse hechos y medios de prueba que no pudieron tenerse en consideración durante el juicio (en detalle, *cfr. BT Drucksache* 19/30399, 8 de junio de 2021). Los problemas de constitucionalidad que suscita tal norma han sido la causa de la inaudita tardanza del *Bundespräsident* alemán en su promulgación (*Ausfertigung*). Al respecto, *cfr.* SLOGSNAT, F., «Ne bis in idem-Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Vol. 133, 2021, 741 y sigs.; y HOVEN, E., Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen — Eine Kritik der Kritik, *Juristen Zeitung*, 2021, núm. 76, Vol. 23, 1154 y sigs.

[106] RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.* 1292; e RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis…?, *op. cit.,* 12.

[107] GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial…, op. cit.* 96.

[108] GIMENO GAMARRA, R., Ensayo…, *op. cit.,* 8.

[109] GIMENO GAMARRA, R., Ensayo…, *op. cit.,* 12.

[110] MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional…, op. cit.,* 100.

[111] SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, 11.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2017, 274.

[112] Imparcialidad que decía GÓMEZ ORBANEJA es sustancial a la idea de administración de justicia por el Estado, hasta el punto de no saber si constituyen principios formativos del proceso «o si no está más allá de estos, como está, por ejemplo, más allá de los principios de una constitución positiva el carácter de generalidad de la Ley (…)» (GÓMEZ ORBANEJA, E., Contestación al discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal de WERNER GOLDSCHMIT LANGE: «La imparcialidad como principio básico del proceso» (la «partialidad» y la parcialidad), recogido en *Ibid*, *Derecho y proceso*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, 312.

[113] GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial…, op. cit.,* 32.

[114] Por no cansar al lector, el resto de traducciones se encuentran disponibles *online* en: *https://cutt.ly/kUjVbfT*

[115] También GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis…, *op. cit.*, 104.

[116] LAPLACETTE, C. J., *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016, 224 y sigs. También disponible *online* en: https://cutt.ly/JYMS4s4 (7).

[117] Difícilmente se puede sostener en carácter jurisdiccional del expediente del artículo 235 RN, a pesar de ser de JV [AAP IB (Sección 3.ª) Núm. 60/2021 (REC: 25/2021, ponente GIBERT FERRAGUT), de 19 de abril (FJ 4.º) y estar encomendado al juez: «Para la obtención de segundas o posteriores copias, cuando sea necesario mandamiento judicial, el interesado deberá solicitarla del juez de primera instancia del distrito donde radique el protocolo, o del juez que en su caso conozca de los autos a que la copia debe aportarse. En este último caso se procederá según lo dispuesto en la Ley Procesal correspondiente. Cuando la copia no se solicite del juez que actúe en pleito o causa, el

interesado que la reclame deberá presentar un escrito, sin necesidad de letrado ni procurador, expresando el documento de que se trata, la razón de pedirla, y el protocolo, donde se encuentre. El juez, dentro de una audiencia, dará traslado al Ministerio Fiscal cuando no deban ser citados los demás interesados en el documento, por ignorarse su paradero o por estar ausentes del pueblo donde radique la notaría o Archivo de protocolos correspondiente. Cuando los interesados deban ser citados, lo serán dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito incoando el procedimiento. Transcurridos otros tres días con o sin impugnación del fiscal o de los interesados citados, el juez resolverá, expediendo (*sic*) en su caso, dentro del tercer día, el oportuno mandamiento al notario o archivero».

[118] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia (Núm. 821, 2007), 25. También GIMENO GAMARRA, R., Ensayo…, *op. cit.,* 20, cuando señalaba que los negocios que suponen una actividad constatadora o legitimadora, deben encomendarse a los notarios, y aquellos otros de protección de personas con capacidad nula o disminuida, deben seguir atribuidos a los jueces.

[119] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 113.

[120] SATTA, S., *Diritto processuale civile…*, *op. cit.*, 800.

(Trabajo recibido el 18 de abril de 2022 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2022)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII). Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica

The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (VI): Principle's consequence of the registration: the principle of geographical public registration faith

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: Comenzamos hace unos cuatro años esta serie de artículos sobre la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015.

Hemos pretendido, a lo largo de ellos, elaborar una interpretación evolutiva de la misma, basada en la extensión de su repercusión a todos los principios hipotecarios. Siguiendo el esquema trazado en el primero de los artículos, culminamos con los principios consecuencia del valor jurídico-sustantivo de la publicidad registral, derivados de la sustantividad de los pronunciamientos registrales. De entre ellos, queda por ver el más importante y trascendente: el principio de fe pública registral, posiblemente el más complicado de todos ellos, pues no hay un pronunciamiento legal expreso respecto a sus repercusiones geográficas. Por ello, dedicamos el último artículo de esta serie a indagar si la Ley 13/2015 ha introducido repercusiones geográficas respecto al principio de fe pública registral. Es decir, si podemos hablar de una repercusión geográfica del principio de fe pública registral, lo que denominaremos fe pública registral gráfica.

ABSTRACT: We started this series of articles about the reform of the Mortgage Law operated by Law 13/2015 about four years ago. We have tried, throughout them, to elaborate an evolutionary interpretation of it, based on the extension of its repercussion to all mortgage principles. Following the scheme outlined in the first of the articles, we culminate with the principles resulting from the legal-substantive value of registry publicity, derived from the substantivity of registry pronouncements. Among them, possibly the most important and far-reaching remains to be seen: the principle of public registration faith, possibly the most complicated of all of them, since there is no express legal pronouncement regarding its geographical repercussions. For this reason, we dedicate the last article of this series to investigate whether Law 13/2015 has introduced geographical repercussions regarding the principle of public registration faith. If we can speak of a geographical repercussion of the principle of registration public faith, what we will call graphic registration public faith.

PALABRAS CLAVE: Principio de fe pública registral. Georreferenciación. Inatacabilidad de la georreferenciación. Artículo 34 de la LH, descripción precisa. Consentimiento de colindantes. Calificación registral. Presunción *iures et de iure.*

KEY WORDS: Principle of public registry faith. Georeferencing. Unassailability of georeferencing. Article 34 of the Mortgage Law. Precise description. Consent of neighbours, registry qualification. Presumption *iures et de iures.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN SU VERTIENTE LITERARIA. 2.1. CONCEP-

TO. 2.2. REQUISITOS. *A) Requisitos subjetivos. B) Los requisitos objetivos. C) Los requisitos formales*. 2.3. LOS EFECTOS DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL RESPECTO A LOS DATOS DESCRIPTIVOS. *A) Antes de publicarse la Ley 13/2015. B) Tras la publicación de la Ley 13/2015*.—III. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL. 3.1. CONCEPTO. 3.2. DIFERENCIAS ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA. *A) Alcance de la protección B) Requisitos de aplicación. C) Distinta extensión de la aplicación*. 3.3 REQUISITOS DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL PARA SER PROTEGIDA POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA. *A) Una base gráfica registral, es decir, con efectos identificativos. B) El consentimiento expreso del colindante o colindantes implicados. C) La sanción de la autoridad competente*. 3.4. EFECTOS DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA. 3.5. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA.—IV. CONCLUSIONES.—V. EPÍLOGO.—VI. ABREVIATURAS.—VII. SENTENCIAS.—VIII. RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de fe pública registral es uno de los principios hipotecarios que rige nuestro sistema registral, que es de abolengo germánico, por el cual, para proteger a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, la ley reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aunque no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral. La exactitud registral presumida supone que el adquirente, con la extensión y contenido que determina el asiento registral, es mantenido en su adquisición, aunque la titularidad del transmitente resulte ineficaz por causas de nulidad o resolución, que no constan en el Registro y que, por tanto, el adquirente no puede conocer. Es decir, en la pugna entre la seguridad estática del derecho real y la seguridad dinámica de su tráfico, el legislador ha preferido esta última, siendo este principio hipotecario la traducción en el ámbito inmobiliario del principio de seguridad jurídica, que proclama el artículo 9.3 de la Constitución española.

En el presente artículo vamos a indagar si esa protección al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe se limita a la titularidad o puede extenderse también al objeto de derecho, que describe el asiento registral. No nos centramos en la figura del tercero y los requisitos que ha de reunir, que es el ámbito propio del principio de fe pública registral en su vertiente literaria. Al contrario, nos vamos a situar en el ámbito de protección del principio, no respecto a la posible inexactitud del título del transmitente, sino respecto al objeto del derecho. Es decir, si la enérgica protección del principio de fe pública registral, que mantiene en su adquisición al tercero del artículo 34 de la LH, se limita solo a esa titularidad, o puede extender-

se también al objeto. Y, caso de ser la respuesta afirmativa, qué requisitos debería reunir la descripción de la finca que merezca tal protección.

II. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN SU VERTIENTE LITERARIA

2.1. Concepto

Del principio de fe pública registral, podemos hablar desde dos puntos de vista, uno más clásico y otro más actual[1], que es el que vamos a seguir aquí.

Desde ese punto de vista actual, podemos definir el principio de fe pública registral como el principio hipotecario, derivado de la eficacia ofensiva del Registro[2], por el cual se protege la inscripción de la adquisición inmobiliaria de un tercero, a título oneroso y con buena fe, con base en la legitimación dispositiva del titular registral, cuando aparece una inexactitud registral por la concurrencia de una causa de nulidad o resolución del título del transmitente, que no resulta del contenido del Registro.

De este concepto resultan dos requisitos necesarios para que se produzca la situación de protección en que el principio consiste: una inexactitud registral y la aparición de un tercer adquirente, a título oneroso y de buena fe, que inscribe su derecho, el cual resulta protegido por el asiento registral[3].

Desde un punto de vista jurisprudencial, el principio ha sido sistematizado con acierto por la STS 355/2007 de 20 de marzo, cuando dice en su antecedente Segundo que «*La doctrina del artículo 34 de la LH (RCL 1946\886) que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones* a non domino *precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone, necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiere a título oneroso del titular registral y a continuación inscribe su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción "aunque" se interpreta como equivalente a "incluso cuando", o imaginando antes de aquella un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944 (RCL 1945\1), de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del vigente Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 (RCL\ 1946\886), suprimió el artículo 23 de la Ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto, por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la*

posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de fe pública registral como elemento básico del sistema. Por eso, el Preámbulo de la Ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de "tercero" que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería "únicamente al tercer adquirente", es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra "tercero" por la de "adquirente", pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo».

Si un tercero adquiere de quien figura como titular en el Registro sin serlo, a pesar de la inexactitud registral respecto a la realidad material, quedará protegido si adquiere en los términos del artículo 34 de la LH. Y no le afectará la posible declaración de inexactitud previa a la inscripción, por la protección que le otorga el artículo 34. Esa protección se basa, como dice la RDGRN de 28 de junio de 2013, en la confianza que el mercado deposita en la legalidad de los asientos registrales, al presumirse su contenido exacto. Como consecuencia de ello, el tercero de buena fe a título oneroso adquiere con la extensión y contenido publicado.

2.2. Requisitos

Los requisitos para que opere tal protección se regulan en el artículo 34 de la LH al disponer: «*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».*

No procede en el presente artículo realizar un análisis exhaustivo de esos requisitos ni analizar el concepto de tercero del artículo 34. Estas cuestiones han sido profusamente estudiadas por la doctrina, produciendo intensos debates doctrinales. A la hora de indagar si el principio de fe pública registral adquiere una vertiente geográfica, tras entrar en vigor la Ley 13/2015, nos centramos, no en los requisitos de protección de la adquisición, sino en el grado de intensidad que deriva del principio respecto al objeto del derecho. Es decir, nos situamos en el ámbito de los efectos de la fe pública registral.

Pero conviene enumerarlos para describir la situación que merece la protección del principio. En este sentido, podemos clasificar los requisitos en subjetivos, objetivos y formales.

A) Requisitos subjetivos

Pasan por la existencia de tres personas:

a) Un tercero concreto, que va más allá del concepto puramente civil de tercero y que definimos como todo aquel extraño a una relación jurídica, pues debe tratarse de un tercero adquirente del dominio u otro derecho real. Ese tercero ha de tener buena fe, en el sentido de desconocer la inexactitud de la que puede adolecer el título de su transmitente, confiando en el contenido del Registro. Según la STS de 27 de octubre de 2008, la buena fe del adquirente es tanto el desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro como la creencia en la exactitud del mismo.

b) El transmitente en el negocio a título oneroso, que ha de ser titular registral por haber adquirido de otro titular registral. Este está investido de la facultad dispositiva, por aplicación del principio de legitimación registral del artículo 38 de la LH.

c) El titular material de un título de fecha anterior al del adquirente, sin acceso al Registro, lo que ocasiona la inexactitud registral, de la que protege el principio de fe pública registral. Como dijo la STS de 5 de marzo de 2013, el artículo 34 de la LH da carta de naturaleza a la transmisión de quien no es dueño, pues mantiene la adquisición del tercero hipotecario ante el Registro inexacto al tiempo de la transmisión, pero está sometido en su aplicación a criterios rigurosamente exigibles, como corresponde al importante efecto que produce. Lo que reitera la STS de 20 de abril de 2016, cuando recuerda la reiterada doctrina, según la cual el artículo 34 ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente, con facultades para transmitir la finca, según el Registro.

B) Los requisitos objetivos

Exigen la confluencia de tres negocios jurídicos:

a) El negocio celebrado entre el titular registral y el tercero adquirente, que ha de ser válido y eficaz y ser de carácter oneroso, por implicar para el adquirente una contraprestación o sacrificio económico, que el principio de fe pública registral trata de salvaguardar para conseguir que la inversión inmobiliaria sea más segura.

b) El negocio claudicante entre el titular registral transmitente en el negocio jurídico anterior y quien, a su vez se lo transmitió con anterioridad, que ha accedido al Registro, estando amenazado de nulidad o resolución,

sin que ello resulte del Registro. Es un título ajeno al tercer adquirente y que adolece de inexactitud, cuyo desconocimiento se presume, al no constar su causa en el Registro.

c) El negocio entre transmitente originario y un tercero extrarregistral, que causa la inexactitud, al no haber accedido al Registro.

C) Los requisitos formales

Pasan por la inscripción de la adquisición del tercero, que presupone la inscripción previa del derecho de su transmitente.

a) La inscripción del derecho de quien transmite al tercer adquirente del dominio o derecho real ha de ser previa a la de este, pues se requiere que este adquiera de titular registral. Se plantea entonces la cuestión sobre si la inscripción debe ser previa al otorgamiento del título de transmisión, en virtud del cual adquiere el tercer adquirente, o si basta que el derecho esté inscrito, cuando se presenta en el Registro el título del tercer transmitente. Pero, en lo que respecta al estudio del presente artículo, en cualquier caso, la inscripción del derecho del transmitente debe ser previa o requisito para que pueda inscribirse la del tercer adquirente.

b) Para que el tercer adquirente quede protegido, debe inscribir también su título en el Registro, ya que no está obligado a ello. El tercer adquirente, no solo debe contratar confiado en el contenido del Registro, sino que debe seguir confiando en la protección que otorgan los asientos del Registro. Es decir, debe inscribir su propia adquisición para ser protegido, pues el Registro no protege a quien no pide su protección.

2.3. Los efectos de la fe pública registral respecto a los datos descriptivos

Los efectos que derivan de la fe pública registral del artículo 34 se centran en hacer inatacable la adquisición del tercero adquirente en negocio a título oneroso, que confiaba en el contenido del Registro, como institución encargada de la publicidad registral. Con ello consolida su situación jurídica en firme, transformando la presunción *iuris tantum* de exactitud del principio de legitimación registral, que admite prueba en contrario, en presunción *iures et de iure* de titularidad. Constituye este el efecto más intenso del principio de fe pública registral.

Surge entonces, para fijar la extensión del principio, determinar cuál es su ámbito de protección. Es decir, el ámbito dentro del cual está protegido

el tercero del artículo 34, que habla de mantener la adquisición por lo que resulte del contenido del Registro. Se protege al tercero de la inexactitud extrarregistral del título, pero ¿se limita esa protección solo a la titularidad o cabe su extensión a todo lo que resulta del asiento del transferente, principalmente, en lo referente al objeto del derecho, es decir, a la descripción de la finca?

El grado de intensidad de la protección del principio de fe pública registral siempre ha sido cuestionado, señalándose una serie de excepciones al mismo. Se excluían de su ámbito los datos relativos al Estado Civil. Dentro de ellas se incluían también los denominados datos de hecho, respecto de los cuales hemos de distinguir una evolución respecto a su relación con el principio de fe pública registral.

A) Antes de publicarse la Ley 13/2015

En la doctrina podemos observar una evolución desde una postura negativa a una postura más favorable a la extensión del principio de fe pública registral a los mal llamados datos de hecho.

a) La doctrina inmediatamente posterior a la reforma hipotecaria de 1944-46 entendió que los datos de hecho del asiento registral, en el que se basaba la adquisición del tercero, no estaban protegidos por el principio de fe pública registral[4]. Esos mal llamados datos de hecho, que debiéramos denominar datos geográficos, son relevantes para determinar la extensión de las facultades del derecho inscrito sobre un objeto determinado del territorio. Es decir, un objeto jurídico con una proyección geográfica.

b) Por ello, algunos autores, a partir de 1949, son partidarios de fortalecer la publicidad registral, extendiendo la protección del artículo 34 de la LH al espacio delimitado por la descripción de la finca registral, que aunque pueda ser imprecisa, será siempre susceptible de determinación[5].

c) Esa idea se va abriendo paso en la doctrina, a medida que evoluciona la legislación, que trata de apoyar la descripción de la finca en datos físicos. Ello extiende el número de autores que considera conveniente que la protección del tercero se extienda a la superficie registral de la finca[6]. Si bien, la mayoría permiten la protección de los datos de hecho o geográficos a través del principio de legitimación, pero la niegan respecto al principio de fe pública registral. Y ello incluso tras la implantación del uso de bases gráficas en el Registro de la Propiedad, instaurado por la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000. Pero, desde entonces, ya MORALES MORENO vislumbra que en el futuro el principio de fe pública registral pueda extenderse a los datos geográficos[7].

d) Es tras la reforma operada en el artículo 9 de la LH por la Ley 24/2001, cuando en la doctrina se abre paso la idea de aplicar los principios hipotecarios, entre ellos el de fe pública registral, a la identificación geográfica de la finca. Para DELGADO RAMOS es esta una cuestión inaplazable[8]. Una formulación concreta del principio de fe pública registral gráfica es la de VÁZQUEZ ASENJO, que la define y enuncia los requisitos para que puedan extenderse a la base gráfica los principios hipotecarios en toda su plenitud. Entre ellos el principio de fe pública registral, que hará indestructible la descripción geográfica de la finca que reúna una serie de requisitos[9]. Para ello, se distinguirá: una base gráfica con efectos identificativos, por tratar de una descripción geográfica precisa, haberse consentido y aportado por el titular registral solicitando su inscripción y haber obtenido una calificación registral positiva de coherencia; y una base gráfica registral con efectos descriptivos, por reunir además otros requisitos, cuales son el consentimiento de los colindantes y la sanción de la autoridad oficial competente. Con esos requisitos, el lindero ya no será solo identificativo, sino que tendrá también carácter descriptivo, pues las partes renuncian a cualquier controversia. El lindero no es un dato de hecho, sino un dato de enorme trascendencia jurídica, pues si está georreferenciado tiene efectos identificativos de la geometría de la finca y si su trazado se ha consentido por los dos colindantes, tiene efectos descriptivos, eliminando cualquier tipo de controversia y vinculando a los terceros adquirentes posteriores, si ese consentimiento consta en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, la jurisprudencia del TS siempre se mostró reacia a extender el principio a las circunstancias descriptivas de la finca. En casi todos los fallos se referían a circunstancias descriptivas literarias, que eran imprecisas. Esa imprecisión derivaba de la elasticidad en la descripción de las fincas, antes de la promulgación de la Ley 13/2015, que no impedía que el sistema funcionara, porque el mercado no demandaba más. Así, las STS de 7 de abril de 1981 y la de 31 de diciembre de 1999 entendían que la fe pública registral no garantiza los datos de hecho, pues el Registro carece de base física fehaciente, al reposar sobre simples manifestaciones de los otorgantes. Declarando la de 15 de junio de 1989 o la de 7 de febrero de 1998 que este principio no se extendía a circunstancias o datos de mero hecho, como la extensión o cabida de la finca, los linderos y demás, sino solo a los datos jurídicos, como la existencia del derecho real, la titularidad o el contenido del derecho, con una doctrina evidentemente errónea, a nuestro entender, dado que los datos como la superficie o los linderos son de enorme trascendencia jurídica en la delimitación del objeto del derecho y no son simples datos de hecho. Esta circunstancia cambia con la entrada en vigor de la Ley 13/2015.

También la STS de 18 de mayo de 2012, declara que «*la fe pública registral se extiende únicamente a la titularidad de las fincas y no a sus*

datos físicos —entre ellos, la realidad de su extensión superficial— y la protección que al tercero hipotecario confiere el artículo 34 de la LH afecta únicamente, en determinadas condiciones, a la anulación o resolución del derecho de su transmitente pero no se extiende al amparo de datos de hecho como tampoco le confiere por sí mejor derecho frente a una doble inmatriculación».

Con mayor motivo lo excluía en los supuestos de doble inmatriculación, como situación patológica del Registro, derivada de una descripción de la finca meramente literaria, sin apoyo en una base física. Como decía la STS de 31 de mayo de 2013, la doble inmatriculación podía suponer la existencia de dos terceros hipotecarios, produciéndose una neutralización del principio, debiendo acudirse al Derecho civil puro para buscar la solución. Pero, como advirtió la STS de 19 de mayo de 2015, la neutralización de los principios registrales, derivada de la existencia de doble inmatriculación, no se aplica cuando solo uno de los adquirentes reúna los requisitos del artículo 34 de la LH. En ese caso, su adquisición deberá ser protegida conforme a la vigencia del principio de fe pública registral.

La DGRN, si bien no llega a reconocer la extensión del principio de fe pública registral a los linderos, sí reconoce la extensión del de legitimación registral a los mismos en resoluciones como la de 7 de junio de 2012, dado el carácter de presunción *iuris tantum* que tiene tal principio y la necesaria exactitud tendencial del Registro, también en materia de descripciones que eviten confusiones en relación con las fincas.

B) Tras la publicación de la Ley 13/2015

La incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento supone su principal novedad. Esta trae como consecuencia la expresa extensión del principio de legitimación registral a la delimitación y ubicación geográfica de la finca. Se plantea entonces la cuestión de si esta novedad puede producir alguna consecuencia, desde el punto de vista del principio de fe pública registral. Dicho de otro modo, si la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, derivada del principio de legitimación registral puede transformarse en presunción *iures et de iure*, por aplicación del principio de fe pública registral, que adquiere así una vertiente geográfica. Y de ser esta respuesta afirmativa, como ya defendimos con anterioridad[10], se plantea una segunda cuestión, relativa a la determinación de los requisitos que debe cumplir esa vertiente geográfica del principio de fe pública registral, o fe pública registral gráfica. Procede ahora indagar si existe una vertiente geográfica del principio de fe pública registral; si el mismo tiene cabida en la LH y cuales han de ser sus requisitos y consecuencias. Pero, frente a esta corriente favorable,

no debe desconocerse que existen autores que no entienden extensible la protección del artículo 34 de la LH a la descripción geográfica de la finca incorporada al asiento registral[11].

III. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

3.1. Concepto

Cuando hablamos de la vertiente geográfica del principio de fe pública registral no nos situamos en el plano de la adquisición del tercero, que debe reunir los requisitos del artículo 34. Nos situamos en el plano de los efectos del principio, para indagar, si como consecuencia de la incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento, puede plantearse la extensión de la protección del principio de fe pública registral a la ubicación y delimitación jurídica de la finca que la base gráfica registral proclama. Y si ello nos puede llevar al tradicional efecto de la fe pública registral: el de la inatacabilidad de esa exacta descripción, que debe imponerse frente a todos.

En el presente artículo defendemos una postura afirmativa respecto a la existencia de una repercusión geográfica del principio de fe pública registral. Pero, de igual modo que en el ámbito literario de la adquisición del tercero del artículo 34, no se protegen todas las adquisiciones, sino solo las realizadas a título oneroso y de buena fe, en el ámbito geográfico no se protegerá la aplicación del precepto a cualquier tipo de base gráfica registral, sino a aquellas que cumplan una serie de requisitos. Estos tendrán por objeto determinar la ausencia de cualquier tipo de incertidumbre o contienda, física o jurídica, respecto a la descripción, delimitación y ubicación geográfica y jurídica de la finca. Con ello se consigue una base gráfica registral inatacable, frente a posibles alternaciones no consentidas o no realizadas con el cumplimiento de los requisitos legales, con conocimiento y consentimiento expreso de todos los colindantes, cuando sea necesario.

Así, podemos definir la vertiente geográfica del principio de fe pública registral, que podemos denominar fe pública registral gráfica, como el principio hipotecario que protege al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de la finca registral que tiene una base gráfica registral, elaborada sobre cartografía catastral, cuya delimitación y ubicación geográfica es precisa, con sanción de la autoridad competente, consentimiento expreso de los colindantes y sanción del registrador, mediante la calificación registral positiva.

3.2. Diferencias entre el principio de legitimación registral y pe pública registral gráficos

Antes de entrar en la determinación de los requisitos que ha de cumplir una base gráfica registral para que pueda entrar dentro del ámbito de protección de la fe pública registral, es preciso señalar una serie de diferencias entre la vertiente geográfica del principio de legitimación registral y el de fe pública registral. Para analizarlas, hemos de partir de la distinción entre bases gráficas con efectos identificativos y bases gráficas con efectos descriptivos o de delimitación jurídica[12].

La base gráfica con efectos identificativos es aquella que, cumpliendo con los requisitos legales, se ha incorporado a un asiento registral, bien en un procedimiento registral ordinario, conforme al artículo 9 de la LH, por no existir discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, o bien a través de un expediente del título VI de la LH, que tiene por objeto la subsanación de esa discordancia, en la que se ha notificado a los titulares colindantes, sin que los mismos hayan realizado algún tipo de alegación, o de formularse, que no se haya admitido por el registrador. Estas gozarán de la presunción *iuris tantum* de exactitud de la ubicación y delimitación geográfica, que es susceptible de prueba en contrario. Por ello, el precepto habla de delimitación geográfica, es decir, aquella que resulta de georreferenciaciones públicas, generalmente de origen catastral y excepcionalmente alternativa a la misma, cumpliendo unos requisitos jurídicos y técnicos determinados legalmente. Ello determina una identificación geográfica del lindero, que supondría un primer estadio.

La base gráfica con efectos descriptivos es algo más. Para transformar los efectos identificativos de un lindero determinado en efectos descriptivos se requiere, además, el consentimiento expreso del titular colindante ante el registrador o en título público que acceda al Registro. No basta la mera notificación, se requiere el consentimiento expreso y la calificación registral de que con ese trazado no se está encubriendo ningún acto de modificación de entidad hipotecaria.

Esta distinción nos permite determinar una serie de diferencias entre el principio de legitimación registral gráfica y el principio de fe pública registral gráfica.

A) Alcance de la protección

La legitimación registral gráfica protege frente a cualquier ataque que se produzca en la identificación o delimitación geográfica relativa de la finca

correspondiente. Pero, esta será susceptible de prueba en contrario en juicio, correspondiendo la carga de la prueba a quien mantenga la inexactitud registral, pues es el Registro el que se presume exacto.

La fe pública registral gráfica ya no se mueve en el terreno de la identificación geográfica, sino en el de la descripción o delimitación jurídica, que comprende la descripción indubitada del perímetro de la finca y el consentimiento expreso del trazado del lindero propuesto por los titulares colindantes afectados, para delimitar jurídicamente la extensión de las facultades del dominio de sus respectivas fincas.

De lo anterior deriva otra diferencia. El ámbito de la protección del principio de legitimación registral opera respecto al perímetro de una finca completa, en unidad de acto, a los efectos de identificarla gráficamente para completar la descripción de la finca. El ámbito de la fe pública registral gráfica puede operar respecto a todo el perímetro de la finca, cuando consienten expresamente todos los colindantes, o respecto a alguno de sus linderos, consentido por ambos colindantes implicados, cuando el deslinde sea parcial, sin ser necesaria la unidad del acto. Ello quiere decir que el deslinde no requiere unidad de acto, sino que puede consolidarse a lo largo del tiempo, a medida que van ratificando expresamente el trazado cada uno de los colindantes.

B) Diferentes requisitos de aplicación

Los requisitos de existencia del principio de fe pública registral son más rigurosos que los que requiere el principio de legitimación registral. Ello debe ser así por los mayores efectos ofensivos que produce la fe pública registral gráfica. De igual modo que el principio de fe pública registral, en su vertiente literaria, solo protege al tercer adquirente en las condiciones determinadas en el artículo 34, que son más rigurosas que las exigidas para la protección del principio de legitimación registral, conforme a los artículos 1.3, 10.5 y 38 de la LH.

Por ello, la extensión del principio de legitimación registral a la georreferenciación inscrita de la finca, a la base gráfica registral, requiere el consentimiento del titular registral respecto al hecho de que la georreferenciación que el título incorpora se corresponde con la descripción y situación física de la finca. Además, requiere una calificación registral positiva de incorporación, bien cumpliendo los requisitos del artículo 9, o culminando con éxito la tramitación de cualquiera de los expedientes del título VI, que tienen por objeto la subsanación de una discordancia de la realidad registral con la física extrarregistral. Es decir, los de los artículos 199 ante el registrador o 201 ante el notario.

Pero, como hemos dicho, la extensión de la protección del principio de fe pública registral requiere de requisitos adicionales, por ser más intensa que la derivada del principio de legitimación registral gráfica. De ahí el distinto papel que juega la intervención de los colindantes en ambos principios.

Para que la georreferenciación quede protegida por el principio de legitimación registral, se requiere la incorporación de la misma al asiento, que puede producirse:

a) En un procedimiento registral ordinario, cuando no hay discordancia con la realidad física que subsanar. Es decir, cumpliendo los requisitos del artículo 9 de la LH, sin notificación a colindantes afectados, precisamente, porque no los hay, cuestión que es objeto de calificación registral.

b) En un expediente para subsanar una discordancia de la realidad registral con la física extrarregistral, ya sea el del artículo 199 de la LH ante el registrador, o el del artículo 201 ante el notario, los cuales se encuentran en régimen de alternatividad, por ser de jurisdicción voluntaria. Mediante ellos, el titular registral solicita la incorporación de la georreferenciación correcta de su finca registral y la rectificación de su descripción. En ambos basta la notificación a los colindantes, pero no es necesaria su intervención, pues ambos expedientes continúan, si transcurrido el plazo legal para formular alegaciones, no comparecen y guardan silencio. Incluso, si se oponen a la incorporación de la georreferenciación, puede esta alegación ser valorada por el registrador, quien puede optar por incorporar la georreferenciación, si no tiene dudas fundadas sobre la identidad geográfica de la finca. Y ello, precisamente, porque es una identificación de la finca registral susceptible de prueba en contrario.

En todo caso, la citación a colindantes es un trámite esencial del expediente, que para su tramitación solo requiere la solicitud del titular registral. Así lo ha entendido para el expediente del artículo 199 la RDGSJFP de 31 de mayo de 2022, aunque resulte que la georreferenciación aportada se solapa parcialmente con otra inscrita. Y ello parece desprenderse de la dicción literal del artículo 199, cuando dispone que: «*El registrador solo incorporará al folio real la representación gráfica catastral tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado estos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas*». Sin embargo, la resolución ha sido criticada por diversos autores[13].

No compartimos esas críticas doctrinales a la resolución, pues partimos de la diferenciación entre los requisitos aplicables a la legitimación registral gráfica y a la fe pública registral gráfica, que solo se aplicaría a la base gráfica registral con efectos descriptivos, en las que se ha eliminado cualquier atisbo de controversia. Es decir, a nuestro entender, el alcance del expediente del artículo 199 no es que la georreferenciación aportada goce de efectos

descriptivos. Dicho expediente tiene por objeto resolver una discordancia de la realidad registral con la física extrarregistral, como resulta del artículo 198 de la misma. Y ello para lograr la consiguiente rectificación de la descripción, la incorporación de la georreferenciación de la finca y lograr la coordinación gráfica con el Catastro, si la georreferenciación incorporada es de origen catastral, o inicio del procedimiento para su coordinación gráfica, si es alternativa a la catastral.

La culminación exitosa del expediente se producirá por la consecución de tres hitos: la petición de inicio de expediente, la calificación registral positiva y la no oposición de colindantes. La georreferenciación así inscrita no tiene, a nuestro juicio, efectos de fe pública registral. Tan solo de legitimación registral, que se proclama expresamente y se producirá según lo dispuesto en el artículo 10.5 de la LH. En cambio, no existe tal proclamación legal expresa a efectos de fe pública registral, donde la Ley 13/2015 parece limitarla, implícitamente, a las inmatriculaciones posteriores a su entrada en vigor, que se practiquen al amparo del expediente de dominio del artículo 203 de la LH, con citación previa a colindantes, o a las que se produzcan por resolución judicial del artículo 204.5 de la LH. Para los números 1 a 4 del citado artículo 204, el artículo 207 impone una suspensión de los efectos de la fe pública por el transcurso de 2 años. A nuestro juicio, la producción de efectos descriptivos de la georreferenciación ha de ir indisolublemente ligado al acuerdo expreso con los colindantes, ya sea en un expediente de deslinde o en una conciliación registral, para lograr la ausencia de controversia, como requisito necesario para que la fe pública registral pueda extenderse a la descripción de la finca y proteger al tercer adquirente.

Pero, ese distinto alcance del expediente a efectos de legitimación registral y fe pública registral no justifica que, solicitado el inicio del expediente, la sola circunstancia de solape parcial de la georreferenciación aportada con otra georreferenciación inscrita de una finca colindante implique la denegación de la tramitación del expediente. Y entendemos que ello debe ser así con base a los siguientes argumentos:

1. Desde el punto de vista literal, el artículo 199 de la LH solo afirma que el registrador denegará la incorporación de la georreferenciación aportada cuando la misma solape con otra inscrita. Pero, en ningún momento afirma que esa circunstancia suponga denegación del expediente. Solicitando el presentante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria, el ejercicio de la función pública que asigna al registrador el citado artículo, la denegación de la prestación de esa función por invasión de una georreferenciación inscrita debiera ser expresa, toda vez que existen otros linderos a los que la georreferenciación puede o no puede afectar, circunstancia que el promotor del expediente querrá conocer, a los efectos de tomar una u otra decisión.

2. Desde un punto de vista sistemático, el artículo 199 en su segundo párrafo dispone que el registrador no podrá incorporar la georreferenciación sino tras notificarla, entre otros, a todos los titulares de las fincas colindantes, sin que el solape parcial con otra georreferenciación inscrita impida la notificación a aquellos colindantes, cuyas fincas no tengan georreferenciación inscrita y puedan resultar afectados por la georreferenciación aportada, aunque no se inscriba. Por ello, es en el párrafo cuarto cuando el artículo 199 ordena al registrador denegar la incorporación de la georreferenciación por invasión de la georreferenciación inscrita de otro colindante, sin necesidad de razonar y fundamentar las dudas en la identidad de la finca, como debe hacer en caso contrario, según reiterada doctrina de la Dirección General, en resoluciones como la de (por todas) 4 de noviembre de 2021, cuando confirma la calificación registral, pues «*contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en las sucesivas alteraciones catastrales, a lo que se suma la oposición del colindante*»; en esta valora especialmente que «*se sustenta con su título de dominio inscrito siendo la superficie registral coincidente con la catastral al tiempo de su inmatriculación*».

3. Desde un punto de vista lógico, salvo supuestos excepcionales, las fincas suelen tener más de un lindero, por lo que, aunque no pueda inscribirse la georreferenciación completa con respecto a uno de ellos, ello no es óbice, para que el promotor del expediente pueda tener una información completa de la situación de los restantes linderos, cuyas fincas no tienen georreferenciación inscrita y el trámite es preciso para que la calificación registral del expediente sea completa y unitaria, debiendo señalar todos los defectos que impidan la inscripción de la georreferenciación. A nuestro entender, no cabe inscripción parcial de las restantes lindes identificadas, cuyos titulares no se han opuesto a la inscripción de ese lindero georreferenciado aportado. La Ley Hipotecaria admite el deslinde parcial en el artículo 200, pero no parece admitir la inscripción parcial el artículo 199, pues solo contempla la incorporación de la georreferenciación para completar la descripción de la finca. El colindante afectado por la petición de inscripción de georreferenciación de una finca, que solapa parcialmente con la suya, tiene derecho a conocer esta circunstancia. Por esa razón debe ser notificado de ello. Pero, no necesita comparecer en el expediente y alegar, aunque puede hacerlo, porque estará protegido por los principios hipotecarios, circunstancia de la que deberá advertirle el registrador en la notificación.

4. Desde el punto de vista teleológico, si el objetivo del expediente del artículo 199 es la incorporación de la georreferenciación de la finca y la consiguiente rectificación de la descripción para subsanar la discordancia con la realidad física, el hecho de que ello no pueda lograrse en el seno del mismo, por invasión de finca colindante con georreferenciación inscrita, no implica que el promotor del expediente pueda disponer de toda la informa-

ción necesaria para que, en una hipotética conciliación registral posterior, pueda lograr su objetivo si logra el acuerdo con todos los colindantes que se hayan opuesto a la inscripción de su georreferenciación, no solo del que tiene una georreferenciación inscrita que está perjudicada, sino también de quien pudiera haberse opuesto, aunque no tenga su georreferenciación inscrita. Para ello es preciso que sea notificado en el expediente, aunque este no pueda ser culminado con éxito, por la invasión de base gráfica registral previa de finca colindante. Dicha falta de notificación podría convertir en infructuosa la hipotética conciliación registral posterior, si hay más de un colindante opositor.

En el supuesto de hecho de la resolución de 31 de mayo de 2022, la georreferenciación inscrita invadida se inscribió previamente a la que ahora se aporta para iniciar el expediente del artículo 199, cuya tramitación deniega el registrador. Por tanto, era una georreferenciación de origen catastral que se inmatriculó por la vía del artículo 205 de la LH, practicándose las notificaciones a colindantes a *posteriori,* como ordena el citado artículo y suspendiéndose los efectos de la fe pública registral durante dos años, conforme al artículo 207 de la LH, los cuales ya habían transcurrido. El colindante ahora promotor del expediente, posiblemente no se opusiera porque la misma respetaba su linde. Pero, cuando va a inscribir su georreferenciación se ha producido una alteración catastral que varía su georreferenciación y ahora pasa a invadir la de la finca inmatriculada con georreferenciación inscrita. Lógicamente, debe imponerse la protección de los principios registrales hipotecarios de legitimación registral y oponibilidad y el titular registral de la finca con georreferenciación inscrita debe ser protegido. Este no necesita comparecer si se opone, por lo que su comparecencia solo sería necesaria para consentir la georreferenciación propuesta y aportar la suya propia resultante, lo que implicaría una auténtica conciliación registral del artículo 103 bis de la LH. Pero, en un caso como el presente, donde la georreferenciación catastral ha accedido al Registro mediante el procedimiento del título público inmatriculador del artículo 205 de la LH, que es el dotado de menos garantías y donde posiblemente las discrepancias vengan derivadas de la aplicación de la normativa específica del Catastro y no de la legislación hipotecaria, es el que nos mueve a afirmar que los requisitos para que una georreferenciación inscrita goce de los efectos ofensivos de la fe pública registral debe reunir unos requisitos más restrictivos, que la hagan reunir unos efectos descriptivos y no solo identificativos. Y, a nuestro entender, también para gozar de efectos identificativos plenos, dadas las circunstancias del supuesto de hecho, era conveniente la notificación al colindante titular de la finca registral con georreferenciación inscrita, pues aunque esté protegido por el principio de oponibilidad y legitimación registral gráfica, puede con su alegación aportar información sobre el hecho. Y

ello porque la invasión puede ser meramente técnica, por falta de precisión de la cartografía y no jurídica, derivada de una perturbación de hecho del promotor del expediente. Si no alega nada, el registrador debe considerar que se ha dado esa perturbación y solo puede denegar. Pero, si considera que es un error, ambos pueden aportar las respectivas georreferenciaciones alternativas y resolver la inexactitud catastral a través del Registro, como conciliación registral del artículo 103 bis, que es la solución más deseable, puesto que la georreferenciación inscrita puede modificarse con acuerdo de ambos, pues admite prueba en contrario. Pero, para llegar a ella, con plenas garantías de que la misma permitirá inscribir la georreferenciación con acuerdo, difícil pero no imposible, debe culminarse la tramitación del expediente del artículo 199 de la LH, aunque esta sea infructuosa y no pueda lograr la inscripción de la georreferenciación aportada. Pero, si no puede, al menos debe proporcionar una información completa de las causas, es decir, de todos los problemas que lo impiden, como paso previo para poder solucionarlos e inscribir voluntariamente la georreferenciación aportada, objetivo final del titular registral de la finca. Y ello para no tener que acudir necesariamente a un procedimiento judicial, que siempre ha de ser el último recurso.

C) Distinta extensión de su aplicación

Puesto que el principio de legitimación registral gráfica se aplica a toda base gráfica registral, es decir, que consta en el asiento, el principio de fe pública registral solo se aplica a aquellas bases gráficas registrales, que reúnan requisitos adicionales, que le hacen alcanzar los efectos descriptivos, que implican la ausencia de contienda. Estos son los que le hacen ser merecedores de la más intensa protección, reconociéndose solo dos excepciones al principio, aquella en la que el principio se excluye o juega de modo matizado por producirse una colisión con una finca de titularidad pública, cuando así lo establezca la legislación sectorial aplicable y la doble inmatriculación como situación patológica del Registro.

3.3. Requisitos de la base gráfica registral para ser protegida por la fe pública registral gráfica

Se plantea entonces la cuestión de determinar cuáles deben ser esos requisitos que cumplir por una georreferenciación para que merezca esa protección tan intensa, como es la derivada del principio de fe pública registral.

Desde un punto de vista literario, la protección que la fe pública registral concede al tercer adquirente exige el cumplimiento de unos requisitos más rigurosos de los que exige la protección a todo tercero que deriva del artículo 32 de la LH, que regula el principio de oponibilidad.

Desde un punto de vista gráfico, del mismo modo, la extensión de ese principio de fe pública registral a la ubicación y delimitación geográfica de la finca exige el cumplimiento de unos requisitos más rigurosos de los que exige la extensión del principio de legitimación registral a la georreferenciación inscrita de la finca, que regula el artículo 10.5 en relación con los artículos 1.3 y 38 de la LH, que protegen al titular registral, pues tienen por objetivo la eliminación de cualquier tipo de controversia sobre la delimitación jurídica de la finca.

Deben basarse en una delimitación geográfica indubitada, sancionada oficialmente, con calificación registral positiva y consentida expresamente por los titulares de las fincas colindantes. Es decir, el deslinde de la finca, como facultad integrante del contenido del derecho de dominio.

Esos requisitos son los que nos permitirán afirmar que la base gráfica registral tiene unos efectos descriptivos, que se imponen frente a todo adquirente posterior. Podríamos afirmar que, en cierto modo, se trata de un traslado de la teoría del cuerpo cierto que utiliza el Tribunal Supremo al contenido de los libros registrales. En este sentido, como declaró la STS de 16 de junio de 2015, *«la doctrina de la venta como «cuerpo cierto» exige la existencia de linderos fijos e indubitados que ponen de manifiesto que las partes, lejos de atender a la real cabida del inmueble, han tenido en cuenta para fijar el objeto de la venta tales linderos y no la concreta superficie que se comprende en el perímetro fijado por los mismos, situación que no puede predicarse de aquellos supuestos en que por alguno de los vientos el lindero es incierto como ocurre en el presente caso, lo que lleva a considerar que las partes quisieron fijar como objeto una concreta extensión superficial cuya determinación habría de hacerse mediante la adecuada medición en relación con dicho lindero incierto».* Se trata de que la descripción literaria y georreferenciada de la finca registral, con unos linderos indubitados, tanto en su identidad como en su trazado, sea consentida por todos los titulares de las fincas implicados y sancionada por el registrador, para asegurar que no se encubren operaciones de modificación de entidades hipotecarias. Todo ello con el objetivo de eliminar las posibilidades de contienda judicial respecto de la superficie y trazado de los linderos de la finca.

Vamos a tratar, por tanto, de determinar esos requisitos que consiguen que la base gráfica registral produzca los efectos descriptivos, que la hacen merecedora de la protección de la fe pública registral.

A) Una base gráfica registral con efectos identificativos.

Este es el primero de los requisitos que la base gráfica, que quiera cumplir unos efectos descriptivos debe cumplir. Es decir, ha de tratarse de una georreferenciación a la que sea extensible la protección que otorga el principio de legitimación registral, derivado de su acceso o susceptibilidad de acceso al asiento registral. Para ello es preciso:

a) Que se ha producido en el seno de un procedimiento registral, en virtud de incorporación por el otorgante al título público presentado, consintiendo en que la misma se corresponde con la situación física del inmueble.

b) Que se haya producido una calificación registral positiva de la georreferenciación aportada. Esta puede producirse en un procedimiento registral ordinario, que permita su incorporación por ser coherente con la descripción literaria y no existir colindantes afectados, por ser su identificación geográfica indubitada. O tras haberse culminado de forma exitosa un expediente que tiene por objeto la subsanación de la discordancia de la realidad registral con la física extrarregistral de los artículos 199 o 201 de la LH, sin oposición expresa o con oposición insuficiente a la inscripción de la georreferenciación.

c) Que la georreferenciación se haya incorporado, o sea susceptible de incorporación al asiento registral, al sistema de bases gráficas del Distrito Hipotecario y al Geoportal del Colegio de Registradores. Es decir, que pueda ser objeto de publicidad registral. Quedan excluidas aquellas georreferenciaciones identificadas de oficio por el registrador, para una mejor fundamentación de su calificación, o las que tienen un mero valor auxiliar de calificación registral, por no cumplir plenamente los efectos identificativos, al adolecer de una discordancia, cuya subsanación no ha sido solicitada mediante alguno de los expedientes del título VI de la Ley Hipotecaria. Dicho de otro modo, quedan excluidas todas las georreferenciaciones que se integran en la capa auxiliar de calificación registral del sistema de bases gráficas del Distrito Hipotecario.

Con ello, el registrador determina la correspondencia de los linderos registrales con los geográficos, permitiendo una descripción perimetral, pues las fincas lindan con fincas y no con personas determinadas. Ello permite dar un carácter más estable a la descripción de la finca, pues ya no constará que la misma linda al Norte con un lindero personal, sino con una finca registral concreta y determinada, que permanecerá invariable en el tiempo, salvo que su descripción se modifique a instancias de su titular registral.

Ello permite también la incorporación a la descripción literaria de los linderos identificados por su código registral único por parte del registrador, quien determina su correspondencia, por disponer de los elementos necesa-

rios para ello: el historial registral y la aplicación informática. Es esta una operación que afirma la colindancia, pero no el trazado del lindero, pues la línea trazada sobre la cartografía catastral, si bien establece una presunción de ubicación o localización relativa, no pretende resolver problemas de descripción o precisión del trazado de linderos entre colindantes.

La identificación exacta de los linderos nos facilita la determinación de los titulares, a efectos de que puedan prestar su consentimiento expreso, para que la base gráfica registral produzca efectos descriptivos. La base gráfica registral con efectos identificativos no puede cumplir con los efectos descriptivos, pues el registrador, a la hora de calificar, puede operar con un margen de tolerancia de un 10 % de la cabida inscrita. Es decir, puede calificar que la georreferenciación aportada es coherente con la descripción literaria cuando las diferencias entre la superficie del folio y la resultante de la georreferenciación es menor de un 10 %. Por eso, se dice que es una presunción de ubicación y delimitación geográfica relativa, aplicándose los efectos de la presunción *iuris tantum* en que consiste el principio de legitimación registral. Pero, cuando nos situamos en los efectos descriptivos, se consigue que lo que sea exacto es el trazado del lindero.

Primero porque, desde el punto de vista geográfico, ha sido trazado sobre material oficial, la cartografía catastral, básica para la identificación de fincas registrales, conforme al artículo 10.1 de la LH.

Segundo, desde el punto de vista jurídico, porque ese trazado ha sido consentido por el propietario colindante, lo que excluye la posibilidad de controversia, tanto entre ellos, como respecto al tercer adquirente, que adquiere confiado en el contenido del Registro.

B) El consentimiento expreso del colindante o colindantes implicados

Es el segundo de los requisitos para que la base gráfica registral alcance efectos descriptivos. Tiene por objeto eliminar cualquier atisbo de controversia judicial sobre el trazado del lindero, que se convierte no solo en geográfico, sino también en jurídico. Si a la base gráfica registral de la finca le basta con la identificación indubitada del lindero, cuando no haya discordancia con la realidad física, o a su notificación cuando la haya, esto es insuficiente en el campo de los efectos descriptivos, que requieren el consentimiento expreso del colindante en cuestión.

Ello nos plantea el estudio de las circunstancias en las que debe ser prestado ese consentimiento.

a) En primer lugar, debe existir una petición expresa o tácita del titular registral para que la base gráfica registral con efectos identifi-

cativos pueda producir efectos descriptivos, que en cualquier caso necesitará consentimiento expreso de los titulares de las fincas registrales colindantes, o en su defecto, de los titulares de las parcelas catastrales colindantes.

b) En segundo lugar, desde un punto de vista subjetivo, se plantea la cuestión de la identidad de la persona que debe prestarlo. Es decir, qué colindante es quien ha de consentir que la finca de su vecino pueda tener una base gráfica registral con efectos descriptivos. Lógicamente, el vecino que consiente ha de ser, primeramente, el titular registral de la finca colindante. En su defecto, el catastral, cuando la finca no esté inscrita en el Registro de la Propiedad. Esa identidad podrá determinarse por la labor investigadora del registrador, que la facilita al interesado, o del titular registral de la finca, que pretende que su base gráfica registral tenga efectos descriptivos.

En todo caso, también será una circunstancia sujeta a la calificación registral. Cuando se trate de una propiedad horizontal, quien deberá comparecer para consentir es el presidente de la comunidad de propietarios, con el certificado del acuerdo, expedido por el secretario de la junta, tomado del Libro de Actas que este debe custodiar. El principal problema que se plantea en este campo es el de que no pueda determinarse quien es el titular registral, bien porque la finca está inscrita con una descripción meramente literaria, o porque no puede localizarse al titular registral para que preste su consentimiento. En ese caso, ello solo puede dar lugar a una calificación negativa del registrador, pues el consentimiento es requisito esencial para la constancia de los efectos descriptivos en el Registro de la Propiedad.

c) En tercer lugar, desde un punto de vista objetivo, lo que consiente es el trazado del lindero[14], tal y como se describe en la georreferenciación aportada, que debe ser una perfecta representación gráfica descriptiva del inmueble. Si la catastral es exacta, será la que se utilice, pero si tiene cualquier tipo de discrepancia, deberá utilizarse una alternativa con el trazado de consenso entre ambos vecinos.

d) En cuarto lugar, el consentimiento debe ser expreso, sin ser suficiente la notificación y no oposición del colindante notificado, la cual puede valer para la aplicación del principio de legitimación, como presunción *iuris tantum* y, por tanto, susceptible de prueba en contrario, invirtiendo la carga de la prueba. Es el acuerdo de los colindantes lo que elimina la controversia y permite la extensión de la enérgica protección del principio de fe pública a la ubicación y delimitación jurídica de la finca.

e) En quinto lugar, el consentimiento ha de prestarse ante un funcionario público investido de fe pública notarial o registral, bien con ocasión de

la práctica de otro asiento registral, bien como operación registral específica, lo que nos permite diferenciar una serie de supuestos:

1. El consentimiento prestado con ocasión de la práctica de otro asiento inscribible, compareciendo en el título tanto el titular registral, quien solicita la constancia de los efectos descriptivos de la base gráfica, aportando una georreferenciación que cumpla los requisitos del artículo 9 de la LH, como los colindantes que consienten expresamente la georreferenciación incorporada de la finca, lo que implica el acuerdo sobre la precisa delimitación jurídica de la finca. Por ejemplo, con ocasión del otorgamiento de una escritura de compraventa.
2. El consentimiento expreso prestado en el título notarial que culmina el expediente de deslinde del artículo 200 de la LH con acuerdo expreso de todos los implicados sobre la precisa delimitación jurídica de la finca.
3. El consentimiento prestado y ratificado ante el registrador en el seno del expediente del artículo 199 de la LH, si existe discordancia, cuando notifica a todos los titulares de fincas registrales colindantes afectados (art. 199.1) y también de los catastrales afectados, cuando se trate de georreferenciación alternativa (art. 199.2), y todos ellos comparecen y consienten que la georreferenciación presentada es precisa y puede producir efectos descriptivos. Ello implica el acuerdo que convierte la georreferenciación con efectos identificativos en georreferenciación con efectos descriptivos, pues está dotada de una sustancia jurídica, que le concede, precisamente ese consentimiento.
4. El consentimiento prestado y ratificado ante el registrador, con ocasión de la tramitación de un expediente de conciliación del artículo 103 bis de la LH.

Por supuesto, los consentimientos han de someterse al tamiz de la calificación registral. El registrador calificará que la línea trazada por el lindero es lo suficientemente precisa como para que no haya duda de lo pretendido por los colindantes. Es decir, con ello se trata de evitar que mediante sucesivos deslindes puedan encubrirse actos de modificación de entidad hipotecaria. Ello determina que, obtenida una base gráfica registral con efectos descriptivos, su modificación registral solo pueda realizarse cumpliendo los requisitos impuestos por la legislación de ordenación territorial y urbanística, amparados en un título público, pero no se ampararán las actuaciones de hecho de un propietario sin título, que podrán provocar la correspondiente alteración catastral, por revelar una determinada capacidad económica objeto de tributación, pero nunca podrá provocar una alteración registral, si no se cumplen los requisitos legales.

C) La sanción de la autoridad competente

Los efectos descriptivos no se logran solamente con el consentimiento expreso del titular registral de la finca en cuestión y de los titulares de las fincas colindantes con aquella cuyo titular pretende que su base gráfica adquiera efectos descriptivos. Necesita además la sanción de la autoridad competente, que no puede ser otra que la Catastral, dado que la cartografía catastral es la básica para la identificación de las fincas colindantes (art. 10.1 de la LH). Y ello porque la identificación y descripción de las fincas no solo se hace en interés de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, representado por la ausencia de contienda entre los titulares registrales de fincas vecinas, sino también en interés de la Administración, a quien no solo le interesa conocer las titularidades seguras que el Registro publica, sino también las descripciones precisas que resulten del mismo, para poder coordinarlas con las representaciones gráficas de las parcelas catastrales, como finca funcional, presidida por su uso o valor económico.

Esa sanción de la autoridad catastral, tras la Ley 13/2015 y las Resoluciones Conjuntas de la DGRN y de la DGC de 26 de octubre de 2015 y de la DGSJFP y de la DGC de 23 de septiembre de 2020, puede producirse de dos formas, según cual sea el carácter de la georreferenciación que se aporte:

a) Si la georreferenciación es de origen catastral, la sola incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por medios telemáticos, que lleva como anejo el archivo GML catastral supone entender cumplido el requisito de la sanción de la autoridad competente.

b) Si la georreferenciación es alternativa a la catastral, además de cumplirse los requisitos que esta ha de cumplir para tener efectos identificativos, que son los jurídicos determinados en el artículo 9 b) párrafo 4.º de la LH y los técnicos a que se refiere el apartado 7º de la RC de 26 de octubre de 2015 citada, deben ser susceptibles de ser incorporadas inmediatamente a la cartografía catastral, sin ningún tipo de impedimento técnico, lo que puede acreditarse de dos modos:

1. Instando y culminando con éxito un procedimiento de subsanación de discrepancias del artículo 18.1 del TRLCI, que permita aportar al Registro directamente la nueva georreferenciación catastral.
2. Aportando un informe catastral de validación técnica de resultado positivo, que acredita que la georreferenciación alternativa resultará ser la catastral, cuando el Catastro practique la alteración en la cartografía catastral. En la práctica, por la facilidad y celeridad del servicio de validación técnica de la Dirección General del Catastro, posiblemente, este medio se impondrá al primero. Es decir, la producción de los efectos descriptivos a

la base gráfica registral con efectos identificativos incluye como requisito el de la coordinación gráfica de la finca registral con la parcela catastral. Y en ese sentido es en el que debiera interpretarse el Apartado 2.º, número 2 de la RC citada de 23 de septiembre de 2020, cuando dispone: «*Para posibilitar la coordinación de representaciones gráficas georreferenciadas alternativas, podrá utilizarse el informe de validación gráfica alternativa que se obtiene a través de la sede electrónica de la Dirección General del Catastro. Dicho informe se configura como un elemento indispensable para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos que permiten incorporar una representación gráfica georreferenciada alternativa a la cartografía catastral, dándose cumplimiento a lo establecido, en tal sentido, en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria. La falta de aportación del informe o la aportación de este cuando sea negativo impedirán la coordinación de las representaciones gráficas georreferenciadas alternativas*».

Es decir, que el informe catastral de validación técnica de resultado negativo no impide que la base gráfica tenga efectos identificativos y adquiera por el transcurso del plazo de 6 meses del artículo 10.5 de la LH, los efectos de la legitimación registral, como presunción *iuris tantum,* susceptible prueba en contrario. El informe de validación negativo impide la coordinación gráfica, pero no la inscripción de la georreferenciación como no coordinada, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del número quinto de la RC de 26 de octubre de 2015, cuando dispone: «*Cuando el resultado del informe previo de validación sea negativo, si el registrador de la propiedad, tras la calificación de la correspondencia gráfica de las fincas afectadas, practica la inscripción solicitada, incorporará al folio real la representación gráfica alternativa de las fincas resultantes, haciendo constar la circunstancia de que la descripción de la finca no ha quedado validada por el Catastro dando traslado a este, en el plazo de cinco días, de la información prevista en el número 2. a) y b) del apartado cuarto y un informe que detalle las causas que hayan impedido la coordinación. Cuando el informe de validación técnica del Catastro se haya realizado con posterioridad a la inscripción y su resultado sea negativo, el registrador de la propiedad hará constar en el folio real la circunstancia de que la representación gráfica inscrita de la finca registral no ha quedado validada por el Catastro*». Así lo ha entendido también la RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021, que consideró oportuno aclarar el apartado segundo del punto primero de la Resolución Conjunta citada de 23 de septiembre de 2020, en el sentido de entender que, cuando esta dice que el informe de validación catastral negativo impedirá la coordinación de la representación gráfica alternativa, no está declarando que ello suponga un defecto que impida la inscripción de la georreferenciación, sino que lo que impide es la coordinación gráfica entre finca registral y parcela catastral, como unidades autónomas y distintas, lo que desde la perspectiva del principio de fe pública

registral, sí impide su extensión a la finca con georreferenciación inscrita pero no coordinada, por falta de sanción de la autoridad pública, es decir, la de la Dirección General del Catastro.

3.4. Efectos de la fe pública registral gráfica

Como en la vertiente literaria, el principal efecto de la fe pública registral gráfica es el de establecer la inatacabilidad, basada en la presunción *iures et de iure*, referida a la descripción y georreferenciación de la finca con los requisitos indicados, en aquellas adquisiciones a que se refiere el artículo 34 de la LH. Y ello como consecuencia de la ausencia de contienda judicial sobre la descripción de la finca, acreditada por el consentimiento expreso de todos los colindantes y la calificación registral de que no se encubre ningún acto de modificación de entidad hipotecaria. Esa inatacabilidad comprende tanto el aspecto identificativo, como el descriptivo de esa base gráfica registral. Ello no quiere decir que la base gráfica registral con efectos descriptivos sea inamovible, sino que esta podrá modificarse mediante el cumplimiento de las garantías legales que se fijen, cuyo cumplimiento se somete a la calificación registral.

Pero, en la fe pública registral gráfica no se produce una *adquisición a non domino*, como ocurre en su vertiente literaria. Sin embargo, no se puede alterar o modificar la base gráfica registral de la finca con efectos descriptivos, aunque se demuestre la inexactitud de los consentimientos necesarios para producir el efecto descriptivo de la base gráfica registral, salvo el caso de que el material cartográfico u ortofotográfico sea defectuoso. En ese caso, la base gráfica será nula y no jugará el principio de fe pública registral, por aplicación del artículo 33 de la LH, pues la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, dado que la inscripción carece, también en su vertiente gráfica, de eficacia sanatoria.

Por tanto, la base gráfica registral con efectos descriptivos ya no puede ser objeto de un nuevo expediente del artículo 199 o 201 de la LH, pues ya se ha descrito con precisión en el asiento. Su descoordinación gráfica posterior, por actuaciones unilaterales del Catastro, solo es un hecho que no produce efectos jurídicos, más allá de la posibilidad de nueva coordinación gráfica. Y ello debe ser así porque el Catastro ha de tener en cuenta alteraciones que proceden de actuaciones de hecho, reveladoras de capacidad económica objeto de tributación, las cuales no tendrán acceso al Registro, sin que se cumplan todos los requisitos para ello.

No se reconocerá más excepción a la protección del principio, en el ámbito registral gráfico, que el de la posible colisión de la georreferenciación de una finca de titularidad privada, con otra pública, cuando así lo determine

la legislación sectorial específica y en los supuestos de doble inmatriculación. Es decir, cuando la finca doblemente inmatriculada lo esté en favor de dos titulares distintos y los dos reúnan los requisitos del artículo 34 de la LH, pues se neutraliza la protección de los principios hipotecarios. Si alguno de esos titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada goza de georreferenciación inscrita, tiene una prueba de mejor derecho que el titular registral que tiene una descripción meramente literaria, lo cual determinará una inversión de la carga de la prueba. Pero, ello es consecuencia del principio de legitimación registral gráfica del artículo 10.5 de la LH y no de la protección del principio de fe pública registral.

3.5. El reconocimiento del principio de fe pública registral gráfica

A) El reconocimiento legal expreso

De todos los principios hipotecarios tradicionales a los que se refiere la Ley 13/2015 en diversos preceptos y con técnica legislativa asistemática, el principio de fe pública registral gráfica es el único que no goza de reconocimiento legal expreso. El legislador no se atrevió a extender expresamente sus drásticas consecuencias a la descripción georreferenciada de la finca, configurada con unos rigurosos requisitos. Sin embargo, a nuestro juicio, el camino de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario exige que ese reconocimiento legal expreso llegue tarde o temprano.

Quizás la única mención al respecto pueda extraerse de la dicción del artículo 207 de la LH, limitado al caso de las inmatriculaciones, cuando dispone: «*Si la inmatriculación de la finca se hubiera practicado con arreglo a lo establecido en los números 1.°, 2.°, 3.° y 4.° del artículo 204, el artículo 205 y el artículo 206, los efectos protectores dispensados por el artículo 34 de esta Ley no se producirán hasta transcurridos dos años desde su fecha. Esta limitación se hará constar expresamente en el acta de inscripción, y en toda forma de publicidad registral durante la vigencia de dicha limitación*».

La fe pública registral no se extenderá inmediatamente a las inmatriculaciones de fincas que se produzcan en un expediente de equidistribución urbanística, de concentración parcelaria, expropiación forzosa, o sean fincas de titularidad pública derivada de un procedimiento administrativo de deslinde (art. 204); que se produzcan por doble título público traslativo (art. 205) y por certificación administrativa de dominio (art. 206). En estos casos, el artículo 207 establece una suspensión de los efectos de la fe pública registral por un plazo de dos años, transcurridos los cuales se extenderá su protección también a estos supuestos de inmatriculación.

A *contrario sensu*, ello quiere decir que las inmatriculaciones que se produzcan por la vía del expediente de dominio del artículo 203 de la LH, o por sentencia judicial (art. 204.5), sí que producen los efectos de la fe pública registral y puede oponerse la descripción a tercero, desde el momento de la práctica del asiento. Y ello, porque en ambos casos, el procedimiento está rodeado de una serie de garantías, como la notificación a colindantes.

El reconocimiento legal del principio de fe pública registral no deja de ser limitado a supuestos de inmatriculación y fragmentario, pues excluye de la misma a todas las fincas previamente inscritas que puedan incorporar la georreferenciación al asiento. Por ello, sería conveniente un reconocimiento expreso y sistemático del principio, que permitiera a todos los titulares registrales gozar de la extensión de los efectos de la fe pública registral a la descripción e identificación geográfica de la finca registral.

B) El reconocimiento doctrinal

En la doctrina, como hemos visto anteriormente, se observa una posición muy amplia contraria a la extensión del principio de fe pública registral a los datos descriptivos y a la georreferenciación inscrita de la finca, que niega la vertiente geográfica de la fe pública registral, como entiende JEREZ DELGADO. Pero, existe otra postura más favorable a la extensión del principio a los aspectos relativos a la descripción de la finca, incluida su georreferenciación. En esta posición podemos distinguir dos posturas: quien defiende esa extensión por el mero hecho de constar inscrita la georreferenciación de la finca, entre quienes destaca DELGADO RAMOS, quien con argumentos contundentes, propugna la extensión del principio de fe pública registral a cualquier georreferenciación inscrita, aunque no esté dotada de los requisitos que hemos determinado anteriormente[15]. No cabe duda de que dicha postura puede ser mantenida, pero dadas las reticencias doctrinales y jurisprudenciales a dicha extensión, quizás fuera necesario introducir garantías adicionales mayores que favorecieran el reconocimiento del principio con toda su plenitud y extensión. En esta posición destaca VÁZQUEZ ASENJO quien entiende que deben exigirse requisitos especiales para la extensión del principio a la georreferenciación de la finca, para guardar una simetría con la vertiente literaria del principio, en la que se exigen unos requisitos especiales al tercero para ser protegido.

A nuestro juicio, este último criterio intermedio es el que podría vencer las reticencias jurisprudenciales a la extensión del principio a los mal llamados datos de hecho. La falta de un reconocimiento legal expreso se superaría añadiendo un nuevo párrafo al artículo 34 de la LH, referido no a los requisitos de la adquisición, vertiente literaria del principio de fe pública

registral, sino a la base gráfica de la finca registral con efectos descriptivos, que la hagan merecedora de la protección de la fe pública registral. El párrafo podría redactarse de la siguiente manera:

«La protección derivada de los párrafos anteriores se extenderá a la descripción de la finca y su georreferenciación inscrita con consentimiento expreso del titular registral y de los titulares registrales de las fincas colindantes, prestado sobre una georreferenciación catastral, o alternativa, un informe catastral de valoración técnica de la georreferenciación alternativa de resultado positivo y la calificación registral sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 9 de esta Ley. En ese caso, el tercero subadquirente no podrá ser perjudicado por las futuras controversias en la descripción de la finca, que resulten de causas extrarregistrales y podrá modificar la georreferenciación inscrita identificando la operación registral y cumpliendo los demás requisitos legales, que serán calificados por el registrador».

C) El reconocimiento jurisprudencial

No hay ninguna STS que haya reconocido la extensión del principio a los datos descriptivos de la finca, que sigue denominando datos de hecho. Pero, en la DGSJFP observamos una tendencia cada vez más favorable a la extensión de los principios hipotecarios a los datos descriptivos de la finca, primero con respecto al principio de legitimación y recientemente hacia el principio de fe pública registral.

Así la RDGSJFP de 4 de noviembre de 2021, declaró que las coordenadas de los límites de una finca registral no constituyen un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne que, tras los procedimientos, trámites, garantías y alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos, y bajo la salvaguardia de los tribunales, cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito.

Posteriormente, la RDGSJFP de 5 de abril de 2022 reconoce expresamente la vertiente geográfica de los principios de especialidad, legitimación registral, prioridad y tracto sucesivo, pero no cita expresamente el principio de fe pública registral, pero tampoco lo excluye, pues alude al mismo sin nombrarlo expresamente[16].

Sí cuestiona directamente la extensión de la protección del principio de fe pública a la georreferenciación de la finca frente al dominio público la RDGSJFP de 25 de abril de 2022. En ella, al cuestionarse si la inscripción de la georreferenciación de una finca goza de la protección del artículo 34 de la LH incluso frente al dominio público, en este caso, una vía pecuaria,

declaró que: «*Aunque hipotéticamente pudiera resultar aplicable en materia de vías pecuarias la protección del artículo 34 de la LH, la manera de evitar o enervar tal hipotética protección no puede ser la de practicar un asiento que no derive del inicio de un procedimiento de deslinde en el que el titular registral tenga la intervención que la Ley le concede*». Es decir, parece reconocer implícitamente que la inscripción de la georreferenciación de la finca protege al tercero del artículo 34. Pero, para evitar que aparezca, debe practicarse el correspondiente asiento derivado del expediente administrativo de deslinde correspondiente, pues es el único que permite rectificar situaciones registrales contradictorias. No determina si la protección de la fe pública registral se aplica al tercero del artículo 34, si se invade el dominio público y no resulta del Registro la actuación administrativa ejecutiva correspondiente. Tampoco determina si el conocimiento de la situación de declaración administrativa de dominio público es suficiente para enervar la protección del artículo 34.

Posteriormente, la RDGSJFP de 5 de mayo de 2022 aborda por fin la cuestión de un modo directo, distinguiendo según se produzca el conflicto, derivado de la inexactitud registral, entre colindantes privados, o entre un colindante privado y un colindante público, declarando que: «*la aplicación de la protección máxima del llamado principio de fe pública registral, enunciado en el citado artículo 34, sobre el mantenimiento en la adquisición del dominio de una determinada finca con una concreta georreferenciación previamente inscrita, se ciñe y limita a los posibles conflictos entre titulares de dominio privado, y en cambio, como regla general, no opera, o lo hace de modo matizado para proteger al titular registral inscrito conforme al artículo 34 frente a las posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público, dado que este se rige por el principio constitucional inalienabilidad e imprescriptibilidad proclamado en el artículo 132 de nuestra Carta Magna*». Entiende la resolución que la protección de la fe pública registral es máxima cuando el conflicto derivado de la inexactitud registral enfrenta a dos titulares colindantes, de carácter privado. Pero, opera de modo matizado si se trata de un colindante público, el cual podrá ejercitar sus acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria, derivadas del principio de inalienabilidad del dominio público, cuando así se determine legalmente.

Así, como acertadamente, a nuestro juicio, señala DELGADO RAMOS[17], podemos distinguir:

a) Supuestos en los que la protección opera en su grado máximo, como:

— El relativo a los montes de titularidad pública, pues el artículo 21 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, dispone: «*la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la*

inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. Esta resolución no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

— El relativo a las vías pecuarias, pues conforme al artículo 8 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias «*el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados»*. Y añade que *«la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde (…) En todo caso, quienes se consideren afectados por la resolución aprobatoria del deslinde podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos y solicitar la anotación preventiva de la correspondiente reclamación judicial*».

— El relativo al dominio público hidráulico, conforme al artículo 95 del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, al señalar que «*la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial*».

b) Supuestos en los que el principio opera de forma matizada, como en materia de dominio público marítimo terrestre, pues conforme al artículo 13 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, las inscripciones registrales no pueden prevalecer frente al carácter demanial de los bienes deslindados y conforme a la disposición transitoria primera, «*en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente Ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el artículo 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras. Si bien, los titulares registrales de los terrenos, amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que resulten comprendidos en el deslinde practicado pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y*

aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos en el apartado segundo de esta disposición», es decir, pasarán a ser titulares de «un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, por treinta años, respetando los usos y aprovechamientos existentes, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión».

Pero, también hay que observar que la necesidad del consentimiento expreso del colindante para que la base gráfica registral adquiera efectos descriptivos termina con esta situación, pues permite a la Administración consentir la georreferenciación que se le aporta por el titular privado, si no se invade dominio público, aunque no se haya culminado el oportuno deslinde, o aunque este no se haya inscrito todavía.

IV. CONCLUSIONES

I. Para el reconocimiento del principio de fe pública registral, en su vertiente geográfica, es preciso distinguir entre:

a) El concepto de incorporación de la georreferenciación al asiento, que permita establecer la coherencia entre la descripción literaria de la finca y su representación gráfica georreferenciada y su indubitada relación con las fincas colindantes, cuyo objetivo principal será el de establecer la relación de coordinación gráfica con el Catastro.

b) El concepto de deslinde, que es una de las facultades que integran el contenido del derecho del dominio, conforme al artículo 384 del Código Civil. El derecho de dominio es el derecho real más intenso que concede el ordenamiento jurídico a una persona respecto a una cosa consistente en una porción determinada del territorio, susceptible de dominio privado, por integrar el conjunto de facultades que integran su contenido mínimo. El deslinde tiene por objeto convertir en inatacable la descripción de una finca, ante la ausencia fehaciente de contienda, por concurrir el consentimiento de todos los colindantes.

Mientras que para la incorporación de la georreferenciación basta la actuación del propietario y la ausencia de oposición de los colindantes, para el deslinde se necesita consentimiento de todos o de alguno de los titulares colindantes de una finca.

II. La reforma de la Ley 13/2015 no regula expresamente la vertiente geográfica del principio de fe pública registral, pero lo reconoce implícitamente al distinguir como expedientes distintos los de incorporación de la georreferenciación y rectificación de la descripción para lograr la coordinación gráfica con el Catastro en los artículos 199 y 201 de la LH y el de deslinde en el

artículo 200. En la medida en que para culminar con éxito los primeros basta la notificación y no oposición de los colindantes notificados y para culminar el segundo se requiere el consentimiento expreso de los mismos, distinta ha de ser la trascendencia jurídica que se dé a ambos. A nuestro entender, el resultado positivo de los primeros estará protegido por el principio de legitimación registral gráfica del artículo 10.5 de la LH, susceptible de prueba en contra en juicio. Pero, el resultado positivo del expediente de deslinde, con acuerdo expreso de todos los colindantes, ha de estar protegido por el principio de fe pública registral, que adquiere una vertiente geográfica, en cuanto a que dicho consentimiento ha de prestarse sobre la base de una georreferenciación, catastral o alternativa, y cuyo efecto será la inatacabilidad de la descripción literaria de la finca, definida por su georreferenciación ratificada.

III. Basándonos en la conclusión anterior, la protección al tercero hipotecario del artículo 34 requiere requisitos especiales, dada la enérgica protección que se deriva del principio de fe pública registral, en su vertiente literaria, también deben ser especiales los requisitos para que el mismo pueda extenderse a la descripción, ubicación y delimitación jurídica de la finca, los cuales han de determinarse legalmente en una posterior reforma.

IV. Esos requisitos adicionales deben garantizar la ausencia de contienda tanto en la delimitación geográfica, que ha de ser precisa y con sanción de la autoridad pública competente, como en la jurídica, que ha de gozar del consentimiento expreso de todos los colindantes implicados y de una calificación registral favorable, para que no se trate de encubrir un acto de modificación de entidad hipotecaria no documentado.

V. Surge entonces el concepto de la base gráfica registral, con efectos descriptivos, o base gráfica registral ratificada, única que puede entrar en el ámbito de la protección de la fe pública registral en su vertiente geográfica, como presunción *iures et de iure* de inatacabilidad. Esta circunstancia, como supuesto máximo de seguridad jurídica, distinta de la presunción de ubicación y delimitación geográfica que implica el principio de legitimación registral gráfica, debe hacerse constar en el texto del asiento y tematizarse en un color distinto del que identifica a las georreferenciaciones inscritas, conforme a los artículos 9, 199 o 201 de la Ley Hipotecaria, precisamente por la concurrencia de los requisitos adicionales citados.

VI. Y, aunque, a diferencia de los restantes principios hipotecarios, no existe un reconocimiento legal expreso de esa vertiente geográfica del principio de fe pública registral, pues la protección de la adquisición del tercero se refiere a la vertiente literaria, la Ley no excluye esta repercusión, aunque debería regularse con carácter expreso. La protección de la fe pública registral en los supuestos de inmatriculación de la finca se refiere a la vertiente literaria del principio y no a su vertiente gráfica, que a día de hoy no tiene reconocimiento legal.

VII. El reconocimiento del principio de la fe pública registral, en su vertiente geográfica, permitirá determinar que la protección registral de la descripción, ubicación y delimitación física que implica la vertiente del principio de legitimación registral gráfica, se extienda también a la jurídica de la finca. Y ello por la concurrencia del consentimiento expreso de todos los colindantes implicados, que da sustancia jurídica a un elemento geográfico, como son las coordenadas de georreferenciación, que trazan la línea geográfica, consentida por el colindante sobre una cartografía y en un sistema de coordenadas determinadas legalmente. Y ello como expresión de la facultad de deslindar la finca que corresponde al propietario y a los colindantes, conforme al artículo 384 del Código Civil, como declaró la RDGRN de 16 de enero de 2007, que excluye la contienda sobre la propiedad, al precisar el amojonamiento de las fincas, delimitándolas material y extensamente mediante el trazado de la línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna, como declaró la STS de 10 de febrero de 1997.

VIII. A consecuencia de ello, la delimitación geográfica y jurídica de la finca se convertirá en inatacable y no susceptible de acciones reivindicatorias por terceros posteriores, que conocían por el Registro esa situación de inatacabilidad. Ello determina que no puedan ser considerados terceros de buena fe, produciendo la base gráfica registral ratificada los efectos defensivos del principio de legitimación registral y los ofensivos derivados de la fe pública registral. Así, la descripción y georreferenciación ratificada se impondrá a todo subadquirente, impidiendo que este pueda discutirla, al poder conocerla por el contenido del Registro. Por ello, el reconocimiento legal expreso de la protección del principio de fe pública registral a la base gráfica registral con efectos descriptivos es preciso para seguir evolucionando en la protección que deriva de los asientos registrales y en la disminución de la conflictividad en la delimitación de las fincas, basada en su deslinde, con garantías de precisión, de manera voluntaria y no forzada. Como consecuencia de ello, podrá transformarse la jurisprudencia del TS contraria a la extensión del principio de fe pública registral a los datos de hecho con trascendencia jurídica en la delimitación del objeto del derecho real publicado, que es la finca registral.

IX. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del principio de legitimación registral, donde la incorporación de la georreferenciación debe hacerse en unidad de acto y requiere que ninguno de los titulares colindantes notificados se oponga, o que la oposición sea considerada por el registrador sin entidad suficiente para impedir la inscripción, sin que quepa la inscripción parcial de alguno de los linderos de la finca; en ámbito del principio de fe pública registral si se admite el deslinde parcial, sin unidad

de acto. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 200 de la LH, cuando dispone en su párrafo 2.º: «*Si el deslinde solicitado no se refiere a la totalidad del perímetro de la finca, se determinará la parte a que haya de contraerse*», o de lo dispuesto en su párrafo 5º, cuando dispone: «*Lo mismo se hará si el acuerdo fuese parcial, respecto de alguno o algunos de los linderos. No habiendo acuerdo entre los interesados, el Notario dará por concluso el expediente*». Así lo ha entendido la RDGRN de 6 de abril de 2016, declarando en su fundamento de derecho cuarto, que cuando la alteración no afecta a todo el perímetro de ambas fincas, sino solo al lindero común, sin juzgar ni prejuzgar cómo quedan los restantes, el deslinde es parcial y no puede exigirse la coordinación gráfica Registro-Catastro ni en consecuencia la aportación de certificación catastral en que se refleje el deslinde, pues «*no es requisito previo para la inscripción registral de un deslinde, sino un efecto deseable y perseguible de la previa inscripción registral y la interoperabilidad y comunicación con el Catastro inmobiliario*». Pero, «*lo que sí que ha de expresar necesariamente la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea continua o quebrada de separación entre ambas fincas*». Dicha circunstancia debe quedar necesariamente reflejada en el asiento, en la aplicación gráfica homologada para el tratamiento de bases gráficas del Distrito Hipotecario y en el Geoportal Registral, para su general conocimiento, pues de la citada resolución se desprende que ese lindero es indiscutible y oponible a todo subadquirente. La base gráfica registral ratificada se originará cuando haya consentido el último de los colindantes, aunque sea en actos posteriores.

X. En vista de todo ello, la aplicación informática homologada para el tratamiento de las bases gráficas del distrito hipotecario deberá contener varias capas de la cartografía registral, como temática del dominio inscrito:

1. La capa auxiliar con valor de calificación registral, por haber sido identificadas registralmente antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015; o por haber sido identificadas de oficio por el registrador para una mejor fundamentación de la calificación registral gráfica, por existir una discordancia entre el Registro y la realidad física, sin que se haya solicitado la rectificación, o por no haberse culminado con éxito los expedientes del artículo 199 o 201 de la LH.

2. La capa de cartografía registral con efectos jurídicos, en la que distinguimos:

a) Las fincas cuya georreferenciación está incorporada al asiento, para completar la descripción de la finca, permitiendo el inicio del procedimiento de coordinación gráfica con el Catastro. Estas se protegerán por el principio de legitimación registral, presumiendo su ubicación y delimitación geográ-

fica y serán susceptibles de prueba en contrario y que estarán tematizadas en el geoportal registral con un color propio.

b) Las fincas cuya base gráfica registral está total o parcialmente ratificada, en las que, a su *vez*, distinguiremos:

— Las totalmente deslindadas porque han sido ratificadas por todos los colindantes, que ya no completa, sino que define la descripción exacta de la finca, que estarán protegidas por el principio de fe pública registral, en cuanto que serán inatacables para los terceros subadquirentes y no podrán ser objeto de acciones reivindicatorias, pues la ausencia de contienda judicial estará determinada *ab initio* desde el momento de adquisición de la finca, por virtud de causa que resulta del Registro. Estas han de haber alcanzado la coordinación gráfica con el Catastro y estarán tematizadas en su color propio en la aplicación homologada de bases gráficas del Distrito Hipotecario y en el Geoportal Registral.

— Las deslindadas parcialmente, porque solo alguno de sus linderos ha sido ratificado por el colindante, definiendo o trazando con seguridad e inatacabilidad solo alguno de los lados de la geometría de la finca, presumiendo además de su delimitación geográfica, su trazado jurídico, inatacable para los terceros subadquirentes, pues ha sido trazado por acuerdo de los colindantes, que consta registralmente. En este caso, siendo el deslinde parcial no es requisito el alcanzar la coordinación gráfica registro-catastro, pues el acuerdo alcanzado no se refiere a la totalidad del perímetro de la finca, sino a uno de los lindes. El trazado del lindero se tematizará en su color propio en la herramienta homologada de bases gráficas del Distrito Hipotecario y en el Geoportal Registral.

V. EPÍLOGO

Finalizamos con este artículo el camino comenzado en 2018, en el que tratábamos de elaborar una interpretación evolutiva de la importante y trascendente reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Hemos tratado de concluir que la misma reconoce los principios hipotecarios clásicos y los revitaliza añadiendo una vertiente geográfica a todos ellos, salvo el principio de fe pública registral, en el cual se ha limitado a una protección referida al principio de fe pública registral en su vertiente literaria, la protección de la adquisición del tercero.

A quien haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, nuestro agradecimiento. Como toda teoría tiene aspectos discutibles, pero la discrepancia jurídica siempre es sana, enriquece y hace evolucionar, pues nadie está en posesión de la verdad y expresar ideas siempre es un acto de humildad, pues supone hacerlas públicas y someterlas a la crítica científica.

Pero, antes de finalizar esta serie podemos formular unas conclusiones generales, a modo de resumen de nuestra teoría, con relación a cada uno de los principios hipotecarios de los que hemos tratado.

1. Respecto al principio de rogación, no se requiere una rogación especial para la inscripción de la georreferenciación de la finca, cuando el registrador no tenga dudas en la identidad de la finca, no haya colindantes afectados y se cumplan todos los requisitos del artículo 9 de la LH. Por ello, para quien es potestativa la incorporación de la georreferenciación al asiento es para el registrador, pues la forma de practicar la inscripción no está dentro del ámbito de la rogación, sino que viene regulada por la Ley. Solo la subsanación de una discordancia de la descripción registral de la finca con la realidad física extrarregistral requiere rogación expresa o tácita.

2. La calificación registral gráfica es una nueva fase que se abre en el procedimiento registral cuando el título presentado contenga o incorpore una georreferenciación, que el registrador deberá calificar con los criterios del artículo 9 de la LH, como aspecto o circunstancia de la descripción que puede o debe constar en el asiento. Esa calificación registral gráfica comprenderá el análisis de correspondencia de la descripción literaria de la finca con la de la parcela catastral correspondiente y el de coordinación gráfica de la georreferenciación registral auxiliar con valor de calificación con la georreferenciación aportada por el otorgante del título. La calificación negativa determinará que se expresen en la nota de calificación las causas que han llevado al registrador a emitirla y su comunicación al Catastro, pero no impedirá la práctica del asiento, cuando la georreferenciación no sea circunstancia necesaria del asiento y lo impedirá en aquellos supuestos en los que sí lo sea.

3. En el caso del principio de especialidad registral gráfica, la georreferenciación de la finca se convierte en una nueva circunstancia del asiento, con la característica especial de su origen electrónico, integrado por un GML registral, que incorpora al asiento de presentación originado por el título presentado las coordenadas de georreferenciación, que dibujan el contorno o perímetro de la finca y determinan la superficie de la misma y se convierten en un pronunciamiento jurídico formal y solemne que, tras los procedimientos, trámites, garantías y alegaciones y calificación registral que proceda, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales, cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. La firma electrónica reconocida del registrador de ese archivo electrónico GML registral en ningún caso sustituye a la firma del asiento que ha de hacer el registrador en caso de calificación positiva. Esa firma electrónica se utiliza como medio para permitir, mediante la generación del CSV correspondiente la

incrustación del mismo en el asiento, para identificarlo y posibilitar la incorporación de una circunstancia electrónica, como es el archivo GML, a un asiento literario.

4. Respecto al principio de tracto sucesivo registral gráfico, una vez incorporada la georreferenciación al asiento, cualquier modificación descriptiva de la finca debe apoyarse en la situación geográfica anterior, incluso en las operaciones de segregación, donde la incorporación de la georreferenciación debe alcanzar no solo a la finca segregada, sino también a la finca resto, salvo en el caso de que existan segregaciones previas que no han tenido acceso al Registro, que impiden la exacta delimitación de la finca resto. En las divisiones horizontales y complejos inmobiliarios, la coordinación gráfica se referirá a la finca matriz, que se mantiene. La mejora de los instrumentos cartográficos de los que dispone el registrador o las actualizaciones de la cartografía catastral no entran dentro del ámbito del principio del tracto sucesivo registral gráfico, sino que suponen una mejora en los instrumentos que sirven para identificar geográficamente las fincas registrales.

5. Respecto al principio de prioridad registral gráfica, cuando existan presentados dos títulos relativos a la misma finca, que incorporen georreferenciaciones contradictorias entre sí, el mismo determina que el orden de despacho de los títulos es el que resulta del orden cronológico de su presentación en el Registro.

6. En cuanto al principio de oponibilidad registral gráfica este se produce con la incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento correspondiente, momento a partir del cual puede oponerse a todo tercero que no sea el titular registral y no podrá inscribirse otra que se le oponga o sea contradictoria, sin la previa rectificación de la que está inscrita, sea voluntaria o forzosamente, por mandato de la autoridad judicial.

7. La legitimación registral gráfica implica que la incorporación de la georreferenciación de la finca al asiento implica que se presume *iuris tantum* la ubicación y delimitación geográfica de la finca registral, sin que sus efectos deriven del procedimiento de coordinación gráfica, que es un hecho sin efectos jurídicos, los cuales arrancan del asiento y no de una circunstancia externa al mismo. Desde el punto de vista procesal, el principio permite la prueba en contrario, que implica una inversión de la carga de la prueba, pues aquel que sostenga una ubicación y delimitación geográfica de la finca distinta de la que resulta de la georreferenciación inscrita corresponde su prueba en juicio seguido contra el titular registral de la finca con georreferenciación inscrita.

8. El principio de fe pública registral, en su vertiente geográfica, es el único que carece de reconocimiento legal expreso, siendo las escasas alusio-

nes de la Ley al mismo referidas a su vertiente literaria de mantenimiento de la adquisición del tercero. Pero la protección del mismo aplicada a la ubicación y delimitación jurídica de la finca, que la hagan inatacable requiere de la determinación de una serie de requisitos especiales, determinados por la Ley, de igual modo que los exige la protección de la adquisición del tercero en el artículo 34 de la LH, que regula esa vertiente literaria y al cual habría que añadir una parte o inciso referido a su vertiente gráfica, basada en la ausencia de contienda.

Por todo ello, a nuestro juicio, con todos sus defectos, la Ley 13/2015 merece un juicio favorable, como paso importante hacia un Registro digital y gráfico, que sigue esperando ese desarrollo reglamentario. Con ello, una vez consolidado el sistema e identificadas geográficamente las fincas registrales, se abre una nueva fase en la evolución del Derecho Inmobiliario Registral, el de los mercados de recursos energéticos, los cuales se asignan en último término a las fincas en las que se consumen, siempre que sean pesables, contables o medibles. Pero, ello ya será materia u objeto de estudio en otro artículo, o en una nueva saga de ellos.

VI. ABREVIATURAS

Artículo:	art.
CSV:	Código Seguro de Verificación.
DG:	Dirección General.
DGC:	Dirección General del Catastro.
DGRN;	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGSJFP:	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
FD:	Fundamento de Derecho.
GML:	Geographical Markup Language.
LH:	Ley Hipotecaria.
PNOA:	Plan Nacional de Ortofotografía Aérea.
RH:	Reglamento Hipotecario.
RC:	Resolución Conjunta.
RD:	Real Decreto.
RDL:	Real Decreto Ley
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDGSJFP:	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
TRLCI:	Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.
UTM:	Universal Tranverse Mercator.

VII. SENTENCIAS

- STS de 7 de octubre de 1981.
- STS de 7 de febrero de 1988.
- STS de 15 de junio de 1989.
- STS de 10 de febrero de 1997.
- STS de 31 de diciembre de 1999.
- STS de 27 de octubre de 2008.
- STS de 18 de mayo de 2012.
- STS de 5 de marzo de 2013
- STS de 31 de mayo de 2013.
- STS de 19 de mayo de 2015.
- STS de 16 de junio de 2015.
- STS de 20 de abril de 2016.

VIII. RESOLUCIONES

- RDGRN de 16 de enero de 2007.
- RDGRN de 7 de junio de 2012.
- RDGRN de 28 de junio de 2013.
- RDGRN de 6 de abril de 2016.
- RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021.
- RDSJFP de 4 de noviembre de 2021.
- RDGSJFP de 5 de abril de 2022.
- RDGSJFP de 25 de abril de 2022.
- RDGSJFP de 5 de mayo de 2022.

IX. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO RAMOS, J. (2007): Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad, notariosyregistradores.com, diciembre 2007.

— (2013): Las bases gráficas registrales y la interoperabilidad geográfica al servicio de la seguridad jurídica, notariosyregistradores.com, noviembre 2013.

— (2020): La Ley 13/2015 y los principios generales del sistema registral español. ¿los respeta o los incumple? La aplicación de los principios de prioridad, legitimación y fe pública registral a la inscripción de la georreferenciación de las fincas, regispro.es, entrada de 3 de noviembre de 2020.

— (2022): Doctrina de la DGSF sobre la aplicación de los principios registrales a la georreferenciación inscrita, regispro.es, entrada de 29 de abril de 2022.

— (2022): Georreferenciación y artículo 34 de la LH: aplicación del principio de fe pública registral a la georreferenciación inscrita: de modo pleno, en colisiones de

dominio privado, y matizado o excluido en colisiones con el dominio público, regispro.es, entrada de 28 de mayo de 2022.
— (2022): RDGSJFP de 31 de mayo de 2022, aunque la georreferenciación pretendida invada claramente otra ya inscrita, ha de tramitarse el procedimiento del artículo 199. Reseña y comentario crítico, regispro.es entrada de 28 de junio de 2022.
— (2022): *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro. Estudio especial del artículo 199 de la LH*, Aferre, 31 y sigs.
DÍEZ PICAZO, L. (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Colegio de Registradores, 519 y sigs.
ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2022): Representación gráfica que solapa con otras fincas registrales inscritas. Comentario a la resolución de 31 de mayo de 2022 en notariosyregistradores.com, entrada de 5 de julio de 2022.
FANDOS PONS, P. (2016): Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales, Tirant lo Blanch, 629 y sigs.
GARCÍA ARANGO, L. (1949): Elementos de hecho (boceto), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 259, 772 y sigs.
GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993): *Derecho Inmobiliario Registral,* tomo II, Civitas, 403 y sigs.
GORDILLO CAÑAS, A. (2006): El principio de fe pública registral (I), *Anuario de Derecho Civil,* número LIX de 2 de abril de 2006, 509 a 655.
JEREZ DELGADO, C. (2.016): El sistema registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios?, *Revista de Derecho Civil* volumen III, núm. 1, enero-marzo de 2016, 1 a 23.
LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 275 a 277.
MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. (2008): *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores, 607 y sigs.
MORALES MORENO, A.M. (2000): *Publicidad Registral y Datos de Hecho*, Colegio de Registradores, 273 y 274.
ROCA SASTRE, R.M. (1948): Derecho Hipotecario I, 4.ª edición, Bosch, 357.
— (1965): El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la LH guarda el artículo 32 de la misma, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 446-447, julio-agosto 1965, 781-830.
SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947): *Instituciones de Derecho Hipotecario I,* Reus 385 y sigs.
VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2010): *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios,* Bosch, 317 y sigs.
VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021): *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral, t. I, tema 11, el tercero hipotecario,* Tirant lo Blanch, 571 y sigs.

NOTAS

[1] Como dicen MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ: «*En la concepción que podemos llamar clásica, con cierta confusión entre los principios de fe pública y oponibilidad, el principio de fe pública se define como aquel en cuya virtud y a fines de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, el contenido del Registro se reputa exacto e íntegro en beneficio del tercero que adquiera con las condiciones determinadas por la Ley. En esta concepción, el principio de fe pública registral supone dos presunciones: a) Presunción de exactitud. El que adquiere un derecho confiado en los asientos del Registro, deviene titular efectivo de tal derecho. Es una presunción positiva de veracidad, a la que responde el artículo 34 de la LH. b) Presunción de integridad. El que adquiere un derecho confiado en el contenido del Registro, puede rechazar cuanto no aparezca en el Registro. Es una presunción negativa de veracidad a la que responde el artículo 32 de la LH (…). En esta posición se encuadra* ROCA SASTRE *para quien el tercero del artículo 32 es el mismo que el del artículo 34, dada la inspiración romanista de nuestro sistema registral, en el cual no cabe hablar de inoponibilidad, que es una característica propia de los sistemas de transcripción y proviene de la influencia de la doctrina italiana, siendo el artículo 40 de la LH el argumento clave para demostrar que la teoría dualista es errónea (op. cit. 2, 805 y sigs.). En la concepción que podemos llamar moderna* (CARRETERO GARCÍA, DÍEZ PICAZO, GARCÍA GARCÍA) *que separa los principios de fe pública e inoponibilidad, puede definirse como el principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición "a non domino" que realiza, una vez que ha inscrito su derecho con los requisitos exigidos por la Ley*» *op. cit.* 608. También GORDILLO CAÑAS afirma que «*cuando se clarifican ideas, y de la indistinción del principio de publicidad se pasa a la diferenciación —aparte el de legitimación registral— de los de inoponibilidad y fe pública registral, entonces, el originario artículo 23 (actual 32) debe quedar fuera del ámbito propio del principio de fe pública*» *op. cit.* 517.

[2] Como dice VIGIL DE QUIÑONES OTERO, la eficacia ofensiva del Registro es «el poder que la inscripción concede al titular del derecho para poder defenderlo, disponer de él y resultar ser propietario gracias a la inscripción», *op. cit.* (575), siendo este último ámbito el propio de la fe pública registral.

[3] Según DÍEZ PICAZO, «*la protección que otorgan los asientos del Registro y la publicidad registral general operan y se desenvuelven en dos planos distintos, uno en favor del titular inscrito y otro en favor o en beneficio de los terceros. En el primero de los aspectos mencionados, la inscripción registral goza como hemos visto también, de la presunción de exactitud y otorga al titular inscrito la llamada legitimación registral. El segundo de los planos en que se producen los efectos y las consecuencias de la inscripción registral es el plano de la protección de los terceros. Esta protección de los terceros opera a su vez a través de dos líneas fundamentales, de las cuales la primera es la que se puede definir como inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros, regla que recoge el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y la segunda es la regla estricta de lo que puede llamarse la fe pública registral, conforme a la cual el tercero que lleva a cabo el negocio adquisitivo confiándose y amparándose en lo que el Registro publica, ve convertida para él la situación registral en una situación inatacable, regla que recoge el artículo 34*» *op. cit.* (519).

[4] Así, ROCA SASTRE, al poco de publicarse la reforma hipotecaria de 1944-46, entendía que «*los datos registrales sobre hechos materiales no se hallan cubiertos o amparados por la presunción de exactitud del contenido del Registro; y esto, tanto a efectos de la fe pública registral, como de la legitimación registral*», *op. cit.* 4 edición (357). En las ediciones posteriores va flexibilizando su postura respecto a la extensión del principio de legitimación registral a los datos de hecho, pero siempre se mostró contrario a la extensión del principio de fe pública registral a los datos de hecho contenidos en la descripción literaria de la finca. También LACRUZ BERDEJO rechazaba la extensión

de la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a los datos de hecho «*por la forma en que los límites llegan al Registro, que hace imposible un reconocimiento incondicionado de lo que los libros indican, salvo cuando se trate de negocios jurídicos de deslinde, o de alegación de manifestaciones unilaterales en contra del que las hizo, por uno de los propietarios limítrofes*». En el mismo sentido, para SANZ FERNÁNDEZ «*la circunstancia de que en la inscripción figuren o puedan figurar numerosos datos referentes a los inmuebles, ya sean de carácter físico, como su descripción, ya de carácter económico, como su valor, no supone un ensanchamiento del ámbito de la fe pública registral, la cual solo se extiende a los datos de carácter jurídico de aquella. La fe pública se limita a garantizar el contenido jurídico de los asientos; pero no alcanza a los caracteres físicos de las fincas, ni a su valor, ni a sus cualidades, ni siquiera a su existencia misma. El fundamento de esta solución, admitida sin discusión por la doctrina española y por la jurisprudencia, se halla más en las dificultades que para la identificación de las fincas produce la deficiencia del Catastro en España, en la naturaleza de las cosas, ya que aquellas circunstancias son ajenas a la institución del Registro, de carácter esencialmente jurídico*» (*op. cit.* 385). Pero, el propio SANZ FERNÁNDEZ reconoce la dificultad de deslindar lo fáctico de lo jurídico, especialmente cuando las cuestiones de hecho trascienden a la extensión o contenido del derecho inscrito, los cuales «es evidente que quedarán bajo el amparo de la fe pública» (385). Y, este es precisamente el elemento clave para que podamos decir que la doctrina tradicional parte de una contraposición entre datos de hecho y datos jurídicos que, a nuestro entender, es errónea. Al Registro no le interesan los datos de hecho, pues su sustancia es jurídica. Pero, no podemos afirmar que circunstancias como la superficie y los linderos que conforman la geometría de la finca sean datos de hecho, son datos geográficos con trascendencia jurídica en cuanto que delimitan el objeto del derecho inscrito. También lo son los localizadores de la finca. Por ello, cuando se modifican, debe acreditarse el cambio, por aplicación del artículo 437 del Reglamento Hipotecario.

[5] Ya GARCÍA ARANGO, en el año 1949, entendió que *«En cuanto a aquellos elementos que, según indicábamos, son impuestos por la propia Naturaleza, es evidente que no puede el Registro inexacto transformar en verdad la ficción, pues en tales casos, tienen entera aplicación los viejos aforismos (…). Más cuando el elemento objetivo, aunque con soporte real, haya sido moldeado y sea un verdadero producto de la voluntad humana en realidad resultado de un negocio jurídico, la ficción cabe, y en tal hipótesis no parece exista imposibilidad de admitir la fe plena, si bien dentro de los estrechos límites señalados en el artículo 34, que harán en muchos casos difícil su aplicación por la amplitud, como también dijimos, que el Alto Tribunal suele dar a la buena fe. En este último caso el elemento material puede calificarse de jurídicamente trascendente y no de mero hecho*» (*op. cit.* 778), para posteriormente defender que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria era «taxativamente aplicable, aunque ciertamente el juez tendría que resolver sobre la buena fe del tercero, tanto por imperativo del artículo 34 como, en su caso, por lo dispuesto en el artículo 36» (*op. cit.* 781).

[6] Así lo entiende GARCÍA GARCÍA, cuando afirma: «*es más, si la fe pública no se extendiera a los linderos y a la línea delimitadora de la finca, la fe pública registral podría quedar en "vacío", pues, en casos extremos pero posibles, solo garantizaría una titularidad meramente simbólica. Porque ¿de que vale al adquirente confiar en el principio de fe pública registral cuando compra una finca de quinientos metros cuadrados, por ejemplo, si luego se decide judicialmente que solo adquirió cien metros cuadrados y que la fe pública registral no se extiende a los linderos y superficie que figuran en el Registro? ¿No es este el ejemplo de que no se puede separar la "sustancia física" de la "sustancia jurídica"*» (*op. cit.* 403 y 404).

[7] En este sentido, entendía MORALES MORENO: «*En principio, mientras una norma no prevea otra cosa, hemos de asignar a la representación gráfica un valor parecido al que se le asigna al hecho de dejar constancia en el Registro de la referencia catastral. Es decir, el valor de un dato más entre los datos descriptivos de la finca (art. 53 Uno I de la Ley 13/1996). Dato cuyo valor en el ámbito de la publicidad registral no ha de ser, hoy*

por hoy, distinto del resto de los datos de hecho que definen la finca. Aplicando la doctrina jurisprudencial dominante sobre el valor de los datos de hecho y los criterios parecidos utilizados en las normas de conexión entre el Catastro y el Registro, la definición de una finca en la base gráfica del Registro permitirá que opere (por la precisión alcanzada) el principio de legitimación, pero no el de fe pública registral. Se puede presumir exacta la configuración de la finca, pero no se le garantiza al tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Sin embargo, entiende el autor que «Para el futuro podemos esperar que el hecho de que las fincas queden definidas en el Registro con precisión y que esa definición se haya producido con las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de otros sujetos, permitirá revisar la regla que restringe los efectos de la publicidad registral en lo que a la configuración material de las fincas se refiere. Pero antes está pendiente la importante tarea de definir con precisión y seguridad jurídica las fincas» (273 y 274).

[8] Para DELGADO RAMOS: *«La identificación geográfica de la finca debe ser objeto de rogación, calificación, decisión motivada, constancia formal en el folio real y firma por el registrador, y posterior publicidad formal, produciendo los efectos jurídicos propios de los pronunciamientos registrales, y de los que carecen las simples, aunque muy convenientes, identificaciones de oficio que en todo caso debería procurar el registrador*» (Conclusión 2.ª de la obra citada en primer lugar). Ya previamente había afirmado que «*si el titular registral cumple los requisitos cualificados del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, (onerosidad y buena fe) gozará también de la protección cualificada de que tal presunción legal no admitirá prueba en contrario, sino que los jueces están legalmente obligados por el citado precepto a mantenerlo en su adquisición de esa concreta finca que consta identificada gráficamente mediante un asiento registral expreso al efecto previo a su adquisición*» (Efectos jurídicos….2007). Para concluir recientemente que «*la protección del artículo 34 opera respecto a los derechos adquiridos sobre toda la finca, y por tanto, a todas y cada una de sus partes (…). Por ello, estimamos que al tercero del artículo 34 solo le podrían afectar acciones de deslinde o reivindicatorias de terceros sobre una parte concreta del perímetro de la finca en estricta medida en que ello quepa conceptualmente dentro del margen del error, matemáticamente siempre existente, en la precisión de la georreferenciación contemplada e inscrita en su momento. Pero, quedará inmune frente a la pretensión de terceros que aleguen que la finca adquirida no tiene la ubicación y delimitación que resulta de su georreferenciación inscrita*», señalando posteriormente unas excepciones al principio de fe pública registral, en su vertiente geográfica, como: «– *Que no se cumplan los requisitos del propio artículo 34 o se desvirtúe judicialmente la presunción de buena fe del adquirente. – Que la fe pública registral conste enervada mediante el asiento destinado a ello (la anotación preventiva de una demanda que la ponga en cuestión ante los tribunales, o mediante la limitación temporal de dos años del artículo 207 de la LH. – Que la finca inscrita pueda haber invadido el dominio público, inscrito o no, el cual legal y constitucionalmente ha de prevalecer incluso frente a las inscripciones registrales contradictorias. – O que exista un caso de doble inmatriculación, total o parcial, lo cual según la doctrina mayoritaria produciría la inaplicación del artículo 34, que está destinado a regular la relación entre el titular registral y terceros, y no entre historiales registrales enfrentados. Pero, aun así, si solo una de las fincas tiene inscrita su georreferenciación, su titular tendrá todavía una posición procesal muy ventajosa, pues tal georreferenciación se presume exacta y válida, y habrá de ser el titular de la otra finca sin representación gráfica inscrita quien soportará la carga de probar en el proceso cuál es la delimitación geográfica de su finca y con ella, la posible coincidencia entre ambas*». (Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro, 31 a 33). Coincidiendo con la mayoría de las afirmaciones del autor, nosotros partimos del reconocimiento de una auténtica vertiente geográfica del principio de fe pública registral, con unos requisitos propios y más estrictos que los requeridos para que la georreferenciación quede protegida por el principio de legitimación registral, que invierte la carga de la prueba, precisamente por ser de mejor calidad la prueba de la finca inscrita con georreferenciación que aquella que goza de una descripción meramente

literaria. Es decir, abogamos por una separación tajante entre el principio de legitimación registral gráfica, donde basta la georreferenciación aportada, catastral o alternativa, la calificación registral positiva de correspondencia con la finca y la mera notificación a colindantes, sin que resulte oposición, o que la misma sea calificada como no suficiente por el registrador, de la fe pública registral, que requiere además el acuerdo expreso de los colindantes, una georreferenciación precisa, sin contienda y la sanción de la autoridad pública competente, en materia cartográfica, en este caso la Dirección General de Catastro. Con ello, se minimizan las excepciones al principio de fe pública, pues se asegura la ausencia de contienda, básica para poder gozar, a nuestro entender, del principio de fe pública en su vertiente geográfica, que tampoco ha de confundirse con la literaria.

[9] Entiende VÁZQUEZ ASENJO que «*Si el principio de fe pública registral viene a establecer la presunción, ya no* iuris tantum*, sino* iures et de iure*, de uno de los aspectos del contenido de la inscripción registral (el del mantenimiento de la adquisición del derecho inscrito) de determinados derechos reales inmobiliarios adquiridos e inscritos en condiciones también determinadas legalmente, el principio de fe pública gráfica registral establece esa misma presunción respecto de la descripción precisa y objetiva de determinadas bases gráficas registrales, las que revistan una serie de características en su validación*» (*op. cit.* 317).

[10] Así, como dijimos en *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*: «*La fe pública registral solo se aplica a aquellas bases gráficas inscritas con todas las condiciones necesarias para que la misma produzca efectos registrales no solo identificativos, sino descriptivos del perímetro delimitador de la misma. Por lo que esa protección indestructible de la fe pública registral requiere un plus que no se da en la legitimación registral. El titular registral que quiere gozar de esa protección debe complementar la descripción literaria de la finca con una delimitación cartográfica precisa, efectuada por un técnico homologado al efecto con las características técnicas que se determinen legalmente y que esa propuesta de base gráfica suponga una delimitación precisa de la cartografía de la finca registral*» (634).

[11] Así lo entiende, entre otros, JEREZ DELGADO, cuando afirma: «*A mi juicio, no puede afirmarse que a partir de la entrada en vigor de la reforma introducida en la Ley hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria extienda su alcance y pase a proteger al tercero de los errores de cabida que puedan publicarse, por más que la finca esté validada o conste como coordinada. Mucho menos cabe afirmar que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el tercero quede protegido por un nuevo principio de fe pública registral gráfica, incluso adquiriendo por título gratuito. Además de que estos casos serán cada vez más extraños, gracias a las nuevas tecnologías, existe otra razón para negar esta expansión del principio de fe pública registral a los datos de hecho relacionados con la situación georreferenciada del inmueble: La protección de los titulares de las fincas colindantes. En efecto, el artículo 34 de la Ley hipotecaria no contiene más presunciones que la presunción* iuris tantum *de buena fe a favor del tercero hipotecario, sin que se le pueda atribuir presunción alguna* iuris et de iure *de exactitud registral, puesto que rige para todos —en cuanto a la exactitud registral se refiere— lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es decir, la presunción —también* iuris tantum*, como es sabido— de que lo publicado en el Registro se corresponde con la realidad jurídica extrarregistral*»

[12] En este sentido, ya VÁZQUEZ ASENJO afirmaba: «*Cabe afirmar que la presunción* iures et de iure *propia y característica del principio de pública registral va íntimamente unida a los efectos descriptivos de la base gráfica, del mismo modo que el principio hipotecario de legitimación y la presunción* iuris tantum *que presupone, van indisolublemente unidos, en la esfera gráfica, a los efectos identificativos de una base gráfica registral*» (*op. cit.* 321). Entendemos que dicho esquema puede seguir manteniéndose tras la publicación de la Ley 13/2015.

[13] Así, criticando la resolución, DELGADO RAMOS entiende que: «*1. Las dudas son dudas, y las certezas son certezas. Es cierto que "si el registrador, a la vista de la soli-*

citud de iniciación del expediente, tiene DUDAS sobre… la eventual invasión de fincas colindantes… no puede sin más rechazar la iniciación del expediente, sino que lo que debe hacer es tramitarlo, y, una vez concluido, calificar a la vista de lo actuado". Pero cuando las fincas colindantes tienen ya inscrita su correspondiente georreferenciación, ya no nos movemos en el terreno de las dudas, sino de las CERTEZAS, pues basta superponer en la aplicación gráfica registral homologada la georreferenciación pretendida con las que ya constan inscritas y apreciar, con toda certeza, si se produce o no dicha invasión. En caso afirmativo, no tiene ningún sentido iniciar la tramitación de un expediente que está condenado al fracaso, pues el artículo 199 es muy claro y tajante al ordenar que "el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita". Y ello es así sin necesidad de que el titular de la finca cuya georreferenciación inscrita consta invadida formule o no oposición expresa. 2. El registrador tiene obligación de evitar la invasión de la georreferenciación inscrita aunque su titular no se moleste en formular oposición expresa. Por eso es especialmente desafortunada esta resolución de la Dirección General, que no solo ordena tramitar un procedimiento del 199, que como se ha dicho, está condenado al fracaso, sino que dice, y aquí viene lo más grave, que "si hay oposición, será cuando el registrador deberá valorar la misma y podrá denegar la inscripción de la modificación motivando suficientemente las causas de dicha negativa", como dando a entender (lo cual sería una barbaridad) que si no hay oposición expresa el registrador no podrá denegar la inscripción de una georreferenciación que claramente invade otra previamente inscrita. 3. El 199 tiene por finalidad propia inscribir la georreferenciación de una finca, no rectificar alegremente la que ya consté inscrita. Dice la Dirección General que el motivo de fondo por el cual ordena tramitar el 199 aunque haya certeza de invasión de georreferenciaciones inscritas es para permitir que el titular de la finca cuya georreferenciación inscrita resulta invadida pueda "realizar las alegaciones que estimen pertinentes … y que esas alegaciones pueden consistir en solicitar el inicio de un expediente del artículo 199 … para actualizar su descripción y su georreferenciación, si hay acuerdo". Pero: 1) Es muy poco probable que el titular de una finca con georreferenciación inscrita venga a alegar, no en defensa, sino en contra de la georreferenciación que tiene inscrita, y pida expresamente su rectificación. 2) Si se diera esa extraña hipótesis, resultaría claro que la nueva georreferenciación, que sería, por definición, distinta de la que consta inscrita, no respetaría la identidad de la finca, pues añadiría y/o suprimiría determinadas porciones de terreno que ya constan inscritas. Y por tanto, habría que denegar su inscripción por encubrir una alteración de la entidad de la finca, o un negocio de modificación hipotecaria no formalizado debidamente. 3) Si fuera el caso de que la georreferenciación inscrita resultara ser errónea, lo procedente es rectificar los títulos que contenían dicha georreferenciación errónea, con el consentimiento expreso de todos los otorgantes, para sustituirla por la que se considere correcta. Por ejemplo, si la finca se inmatriculó por la vía del artículo 205 LH (dos títulos públicos traslativos sucesivos que tenían por objeto una finca con la concreta georreferenciación resultante de una determinada certificación catastral descriptiva y gráfica), habrá que rectificar ambos títulos, pues estaríamos rectificando el objeto de dichas transmisiones, que quedó perfectamente definido con total precisión (el acierto es ya otra cosa) entre los otorgantes de las transmisiones sucesivas. Si no se hace así (rectificar los títulos inscritos con intervención de todos los otorgantes o sus herederos), estaríamos permitiendo la rectificación unilateral por un solo interesado, y lo que es peor, la rectificación de la inscripción que dice cuál fue el objeto de la venta, sin consentimiento de los vendedores que dijeron con total claridad y precisión (el acierto es otra cosa) cuál era tal objeto. 4) La propia Dirección General ya ha proclamado (ver R. de 18-9-2019) que cuando "resulta evidente que la rectificación … pretendida altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral totalmente coincidente con Catastro … pueden encubrirse operaciones de modificación de entidades hipotecarias no documentadas, circunstancia proscrita por la legislación hipotecaria … por lo que es totalmente correcta la actuación del registrador (que denegó iniciar siquiera el procedimiento del artículo 199

para rectificar la georreferenciación con la que se inmatriculó la finca). 4. Si la Dirección General está pensando en permitir al interesado requerir de conciliación y deslinde al que tiene inscrita su georreferenciación, la vía más adecuada es el 103 bis. Es cierto que en el seno del procedimiento del articulo 199 puede producirse un acuerdo de deslinde entre los interesados, a modo de conciliación registral, como caso concreto de la posibilidad más genérica que contempla el artículo 103 bis. Pero si lo que el promotor del artículo 199 quiere desde un principio es requerir de conciliación o deslinde a otro titular registral, lo lógico es aplicar el procedimiento del artículo 103 bis, que tiene ese objeto precisamente, y no el del artículo 199, que, aunque excepcionalmente pudiera acabar en un acuerdo de conciliación, no está expresamente pensado para ello, ni se le hace saber tal cosa a los destinatarios de las notificaciones. 5. Cuando un nuevo deslinde rectifica el que consta inscrito, ha de calificarse que no se encubran negocios no formalizados debidamente. Además, ese hipotético acuerdo conciliatorio de deslinde ha de ser calificado por el registrador para comprobar "que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente". Con lo que volvemos al punto de partida: la diferencia entre las DUDAS y las CERTEZAS: cuando las fincas constan inscritas con meras descripciones literarias pero no están deslindadas, es decir, no consta expresada con precisión su ubicación y delimitación geográfica, cabe DUDAR si un determinado deslinde que precise por primera vez esa ubicación y delimitación geográfica encubre o no actos o negocios jurídicos de, por ejemplo, segregación, permuta y agregación, no formalizados es inscritos debidamente. Pero cuando una finca ya está deslindada de modo georreferenciado (pues eso y no otra cosa supone haber inscrito ya su georreferenciación), alterarla ahora dicha georreferenciación añadiendo o suprimiendo porciones de terreno que inicialmente estaban incluidas dentro de la georreferenciación inscrita, supone la CERTEZA de que con ese supuesto acuerdo de deslinde (que en realidad sería de rectificación de un deslinde previo) se están encubriendo actos (segregaciones, permutas, agregaciones etc), no formalizados debidamente, y sin contar con los requisitos civiles, fiscales y urbanísticos exigibles». (registro.es entrada de 28 de junio de 2022). Desde otro punto de vista, también ha criticado esta resolución ESQUIROL JIMÉNEZ, al entender: *«No se puede equiparar el caso en que la georreferenciación pueda invadir una finca que no tiene inscrita su representación gráfica con el que nos ocupa, en que sí la tiene inscrita y ambas georreferenciaciones se solapan; en el primer caso es suficiente con la falta de oposición del colindante para inscriba, mientras que en el segundo la falta de oposición no basta por si sola, pues las representaciones gráficas inscritas no pueden solaparse, ya que ello supondría llevar a cabo una doble inmatriculación parcial. Como ya señaló la R. de 5 de abril de 2022 en un caso similar al presente, el procedimiento del artículo 199 no es el cauce más adecuado en este supuesto por razones de economía procesal; pues, una de dos: o los interesados llegan a un acuerdo al respecto, en cuyo caso deberán instar el deslinde o la modificación de alguna de las representaciones gráficas; o no alcanzan acuerdo alguno, en cuyo supuesto la tramitación del artículo 199 tampoco conducirá a nada pues, aunque no haya oposición, la nueva representación gráfica no podrá inscribirse. Es por ello por lo que me parece acertada la nota de calificación, que ahorra al interesado trámites innecesarios y deja abiertas las vías convencional y contenciosa. No me extrañaría que en la práctica prevaleciera el criterio del registrador frente a esta nueva doctrina de la Dirección General. Parece evidente la tendencia de la Dirección General a extender el ámbito de aplicación del artículo 199 más allá de los términos legales; lamentablemente, todo hay que decirlo, a ello se une la actitud de muchos notarios que prefieren remitir al procedimiento del artículo 199, antes que asumir la tramitación del artículo 201.1, como sucede en el presente supuesto. Un último apunte: la inmatriculación de las fincas que ya tienen inscrita su georreferenciación se llevó a cabo por el sistema de doble título del artículo 205, por lo que se privó a los colindantes de la posibilidad de oponerse a la inscripción de la representación gráfica. No se entiende, a la vista de la complejísima lista de requisitos del expediente de dominio del artículo 203, este trato tan favorable en el artículo 205, que lleva casi a la inaplicación de aquel procedimiento en la práctica».*

[14] Esto lo ha expuesto VÁZQUEZ ASENJO con claridad, cuando dice: «*el consentimiento que se requiere del propietario del predio colindante a la finca cuya base gráfica registral se trata de validar no va dirigido a reconocer el dominio de su vecino de manera directa, sino a reconocer el límite o lindero de su propio dominio inmobiliario. Solo por vía de consecuencia se logrará el reconocimiento de la propiedad ajena, puesto que si yo, dueño de mi finca, manifiesto el límite determinado de mi propiedad y mi colindante hace el mismo reconocimiento respecto del límite de la suya, entre ambos habremos fijado la delimitación lineal de nuestras propiedades colindantes, un hecho objetivo, el lindero común. Si concurre el primer consentimiento, el del titular registral respecto a la configuración gráfica de su propia finca, en tal caso podrá concurrir el efecto identificativo de la misma. Si además contamos con el concurso del consentimiento del titular registral colindante, en tal caso la base gráfica podrá tener efectos descriptivos del dominio inscrito. Pero, si contamos con el segundo consentimiento sin tener el primero, ninguna relevancia tendrá su prestación, ya que el efecto descriptivo se apoya en el necesario efecto identificativo de la base gráfica, y si no contamos con este, aquel no tendrá lugar*» (*op. cit.* 330).

[15] Así DELGADO RAMOS entiende que: «*Es casi imposible encontrar juristas que no estén de acuerdo en la aplicación de los principios de prioridad y legitimación a los pronunciamientos registrales inscritos, no solo sobre el sujeto del derecho de propiedad, sino también sobre el objeto del derecho de propiedad (ubicación y delimitación geográfica de la finca). Pero sorprende lo frecuentísimo que resulta encontrar quienes niegan, llegado el caso, la aplicación del principio de fe pública registral a los pronunciamientos registrales sobre el objeto del derecho de propiedad, cuando es claro y siempre se ha dicho que el principio de legitimación y el de fe pública son las dos caras inescindibles de una misma moneda: una cara, la legitimación, protege al primero que inscribe su dominio sobre una determinada ubicación y delimitación gráfica, sin más requisitos, y la otra, la fe pública, protege de modo más cualificado aún al que inscribe con mayor cualificación aún, es decir, habiendo adquirido a título oneroso y de buena fe de otro titular inscrito esa misma ubicación y delimitación gráfica previamente inscrita. En efecto, el principio de fe pública registral, que es el más importante de todo el ordenamiento jurídico registral, implica que el tercero cualificado que cumpla los requisitos del artículo 34 LH queda protegido aunque los tribunales declararan que la finca entera adquirida por él no pertenecía realmente a su transmitente. Como dice la doctrina, este precepto equivale a consagrar, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, incluso la posibilidad de una adquisición a non dominio, es decir, que frente al principio clásico de que nadie puede transmitir lo que no sea suyo, la adquisición es inatacable aunque se demuestre extrarregistralmente que el transmitente no era dueño de lo que transmitió, y todo ello por el principio supremo de protección de la buena fe y la apariencia registral y la seguridad del tráfico jurídico. Es evidente que esta protección al tercero del artículo 34 opera tanto respecto de la finca entera por él adquirida como de cualquiera de las partes o porciones físicas que la integran. No sería congruente conceptualmente decir que este principio opera sobre toda la finca adquirida pero no sobre alguna de sus partes. Recordemos el viejo aforismo de que "quien quiere el todo quiere la parte", y por la misma lógica, de que "la norma que protege el todo protege la parte". Pero también es obvio que esta protección tan radical solo opera frente a otras pretensiones o reivindicaciones de dominio privado con las que colisione, y no frente a la reivindicación, recuperación o deslinde del dominio público, pues este último es imprescriptible, está "a otro nivel" y no puede quedar nunca mermado ni anulado por la aparición de un tercero del artículo 34 LH. Por tanto, si una finca consta inscrita con una determinada ubicación y delimitación geográfica y a favor de un determinado titular registral, el artículo 34 LH implica que el tercero que con los requisitos cualificados de dicho artículo adquiera de dicho titular registral esa finca con esa concreta ubicación y delimitación geográfica previamente inscrita, será mantenido en su adquisición inscrita sobre la totalidad de la ubicación y delimitación inscrita, salvo las posibles rectificaciones que legalmente procedieran por el deslinde o recuperación del dominio público (que no del dominio privado), o las cualificadas excepciones (más bien suspensiones*

temporales) legalmente previstas (P. ej. art. 28 y 207 LH)». Posteriormente, concluye este autor, con ocasión de la crítica a la doctrina de la RDGSJFP de 16 de octubre de 2020, «*Reiteramos aquí que todos los pronunciamientos jurídicos registrales, tanto sobre el sujeto como sobre el objeto del derecho de propiedad, están amparados tanto por el principio de legitimación (presumirse exactos, mientras no se pruebe e inscriba lo contrario) y de fe pública registral (mantenerse vigentes y válidos incluso aunque judicialmente se demostrara lo contrario en los casos concretos del art. 34 LH). Y que la protección del artículo 34 solo tiene las excepciones legales que tiene, como por ejemplo las del artículo 28 y 207 de la LH y la de tratarse de recuperación o deslinde del dominio público. Pero fuera de ellas, no cabe negar que la inscripción de la ubicación y delimitación gráfica de una finca, la cual se produce tras una calificación registral rigurosa, con —casi siempre— la previa tramitación de un procedimiento con todas las garantías de tutela efectiva para colindantes y terceros, y es objeto de una inscripción formal y expresa, (no una simple mención), produce, como asiento registral que es, necesaria, afortunada e inevitablemente todos los efectos que los principios registrales anudan a los asientos registrales: prioridad, legitimación y, llegado el caso, fe pública registral*», (regispro.es entrada de 3 de noviembre de 2020).

[16] Así lo entiende DELGADO RAMOS, cuando afirma que la resolución «*alude de manera clara a dicho principio de fe pública registral, aún sin nombrarlo, cuando dice que "la demanda de nulidad (de la georreferenciación inscrita) habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero" y que "si se desea evitar la posibilidad de aparición de terceros no demandados a quienes no resulte oponible la eventual sentencia, el demandante puede solicitar al Juzgado que decrete la anotación preventiva de la demanda, conforme al artículo 42 de la ley, cuya finalidad esencial es, precisamente, evitar que surjan terceros registrales protegidos." Y todos los juristas sabemos que esos eventuales terceros registrales protegidos cuya aparición se consigue enervar con la anotación de la demanda son los terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (regispro.es, entrada de 29 de abril de 2022)*.

[17] Comentario a la resolución citada en regispro.es, entrada de 28 de mayo de 2022.

(Trabajo recibido el 25 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de octubre 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 4-7-2022
BOE 12-9-2022
Registro de la Propiedad de Oliva.

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 los artículos 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. Precisa-

mente 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 casualizado (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.

Resolución 6-7-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Cocentaina.

BASES GRÁFICAS: NO PUEDE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN CUANDO AL REGISTRADOR LE CONSTA LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Si el registrador tiene constancia de la invasión del dominio público, ha de denegar la inscripción de la base gráfica, aunque el referido dominio público no esté inscrito ni deslindado.

En primer lugar, 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 falta de deslinde impide a la Administración competente el ejercicio de las facultades administrativas de recuperación posesoria.

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 tam-

bién 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 jurídico séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción, como ocurre en el supuesto del presente expediente.

Para lograr la pretensión de inscribir la agrupación y el exceso de cabida, el interesado deberá «restar» o «suprimir» los metros correspondientes a la vía pecuaria y sobre los que existe oposición de la Administración pública, e iniciar un expediente del artículo 199 o 201 de la Ley Hipotecaria, con la correspondiente georreferenciación de la finca agrupada, con notificación a colindantes y Administración afectada.

Resolución de 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Álora.

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 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Álora.

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. Pero sí a un supuesto de vivienda pareada que tiene parte destinada a jardín.

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 caso concreto cabe la posibilidad de que, sobre la indicada vivienda, que dispone de un terreno o jardín, 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 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Álora.

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 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Adra.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas sobre si la finca cuya inmatriculación se pretende está ya inmatriculada con anterioridad han de fundarse adecuadamente en la nota de calificación.

Para que el registrador pueda, para rechazar la inmatriculación, apreciar la coincidencia entre la finca a inmatricular y otra finca ya inscrita, no puede limitarse a objetar que la finca a inmatricular coincide en diversos detalles descriptivos con la registral, debiendo entenderse que la superficie de aquella forma parte de esta como matriz, debiendo expresar los motivos y detalles descriptivos que le han llevado a tal conclusión, y sin que pueda esta omisión ser suplida en el informe que emita una vez interpuesto el recurso. Si la registradora, en la nota simple, solicitada inicialmente, ya expresó tales dudas, en la escritura ahora presentada deberían haberse incorporado pruebas que desvirtuasen las mismas, sin ser suficientes las manifestaciones del vendedor de que no le constaba que su causante hubiese adquirido del titular registral de la matriz; debiendo, en otro caso, acudirse al expediente del artículo 203 de la Ley Hipotecaria. Si bien es cierto que el registrador no puede rechazar la inmatriculación de una finca por el solo hecho de que ya figure inscrita otra finca con la misma referencia catastral, no lo es menos que sí podrá rechazarla cuando concurran otras circunstancias que provoquen la duda razonable de que se pueda producir una doble inmatriculación.

Del escrito de interposición del recurso se desprende que el recurrente reconoce que las fincas que se aportan han accedido al Registro por medios fraudulentos, afirmando la existencia de actuaciones irregulares, que no pueden resolverse en el seno de un recurso como el presente. También se refiere a la existencia de sentencias judiciales en su favor, que no han sido presentadas.

Resolución 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Torrijos.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO ES NECESARIO PARA PRACTICAR LA ANOTACIÓN DE PRÓRROGA LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL NI ES ÓBICE LA REVOCACIÓN DEL CIF DE SU TITULAR.

Para practicar una prórroga de una anotación preventiva no es necesario que la resolución judicial que así lo acuerde sea firme. Tampoco es obstáculo para ello el que la entidad a cuyo favor aparece practicado el embargo tenga el CIF revocado.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en «Vistos») que el recurso tiene por objeto exclusivamente las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la práctica de los asientos solicitados, determinando si han sido o no ajustadas a Derecho (arts. 19, 19 bis, 66 y 326 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario). No es por tanto el recurso el cauce adecuado para dejar sin efecto un asiento ya practicado en los libros del Registro (como es la prórroga de la anotación preventiva en este caso) ni para decidir sobre cualquier otra pretensión del recurrente que no esté directa e inmediatamente relacionada con la calificación del registrador, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

El requisito de la firmeza de la resolución judicial resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 245.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la ejecutoria es el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme. Igual exigencia resulta de lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que respecto de las sentencias no firmes solo prevé la posibilidad de tomar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Tratándose de anotaciones preventivas, no existe ese peligro, porque se trata de asientos provisionales (*vid*. art. 86 de la Ley Hipotecaria) que, además, no atribuyen al anotante la fuerza de la fe pública registral. Si, practicada una anotación preventiva, se revocase posteriormente la resolución judicial que la había decretado al resolverse el recurso que sin efectos suspensivos está previsto legalmente al efecto, bastará con emitir el oportuno mandamiento para cancelar dicha anotación.

La siguiente alegación de la recurrente se centra en la revocación del número de identificación fiscal de la entidad a cuyo favor aparece trabado el embargo, a los efectos de cierre registral por la revocación del NIF previsto en la disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria. La regulación no implica la imposibilidad de practicar una anotación preventiva de prórroga de otra de embargo existente en el Registro y ordenada por la autoridad judicial, que es lo que se pretende impugnar. La prohibición de acceso a cualquier registro público no impide practicar asientos ordenados por la autoridad judicial, pues la norma —de claro carácter restrictivo– no se refiere a estos asientos de forma expresa —a diferencia de lo que ocurre con los correspondientes a documentos notariales–, y mucho menos practicar anotaciones preventivas de embargo que, en realidad, no implican un asiento a favor del anotante, sino de la constancia registral de un embargo ordenado por el juzgado que tramita el procedimiento y a resultas del mismo.

Resolución 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Aoiz.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: POSICIÓN DEL FIDUCIANTE Y FIDUCIARIO EN LA FIDUCIA EN GARANTÍA EN DERECHO NAVARRO.

La intervención del fiduciario de un bien sujeto a fiducia en garantía en el procedimiento es necesaria a efectos de practicar una anotación de embargo.

Entrando ya en la cuestión sustantiva reseñada por la registradora objeto de controversia en el recurso, debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En el presente expediente resulta que el mandamiento objeto de calificación ordena la práctica de una anotación preventiva de embargo respecto de la registral 32 389 de Egüés, inmueble que figura inscrito a favor de una entidad que no ha sido parte en el procedimiento, por título de fiducia en garantía.

Este Centro Directo se ha manifestado ya respecto la referida figura regulada en la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra (resolución de 14 de julio de 2016), reconociendo los efectos de la misma respecto de la adquisición definitiva del dominio por parte del fiduciario en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. No puede desconocerse la posición jurídica que ocupa el titular adquirente conforme a lo dispuesto en la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, y el preceptivo control registral del cumplimiento del principio constitucional de interdicción de la indefensión de todo titular registral.

Así, la letra del último apartado del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y lo establecido en el artículo 140.1.ª del Reglamento Hipotecario justificarían de forma clara la desestimación de este recurso. Ahora bien, nada impide practicar la anotación de embargo respecto de la posición jurídica del fiduciante, pues la transmisión definitiva del inmueble solo se producirá en caso de cumplimiento de la fiducia. Entretanto existe una expectativa de recuperación del inmueble por parte del fiduciante que tiene contenido económico y es transmisible, siendo por tanto embargable.

Resolución de 12-8-2022
BOE 11-10-2022
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

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 26-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Don Benito.

PUBLICIDAD FORMAL: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO DE LAS TRANSMISIONES.

Se recuerda que con carácter general no es posible la consignación en la publicidad formal del precio de las transmisiones.

Con carácter previo debemos recordar (cfr. resoluciones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 14 marzo de 2019, entre otras), que 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.

Como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral. Así serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 3/2018 de 5 de diciembre: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende. En el caso de la segunda transmisión el precio de venta refleja un dato sensible, como es la capacidad económica de los compradores, que no puede incluirse en ninguna de las excepciones a la normativa de protección de datos antes citadas. El anuncio de posibles acciones judiciales no es motivo suficiente para enervar el derecho a la protección de datos de carácter personal.

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. En el presente caso, el recurrente no justifica la presentación de la demanda ante los tribunales de Justicia, por lo que la acreditación del interés legítimo de que se le informe del precio de venta, y demás condiciones, debe ser acreditado suficientemente por otros medios.

Resolución de 26-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019 AL CÓNYUGE DEL TITULAR DE LA FINCA A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 1320 CC EN LOS CASOS DE NEGOCIO COMPLEJO.

La equiparación del cónyuge del titular registral de la finca en los casos del artículo 1320 CC al hipotecante no deudor no es aplicable cuando se está en el supuesto del negocio complejo.

En los casos en que el negocio de adquisición absorbe otro de gravamen por ser el primero predominante, este Centro Directivo ha interpretado que también son los requisitos de aquel los que deben prevalecer frente a los del absorbido, por tratarse de un negocio complejo en orden a una finalidad predominante. Así, se ha permitido al marido comprar un inmueble e hipotecarlo en garantía del precio aplazado sin necesidad de consentimiento de su esposa. Esta misma doctrina se aplicó en el caso de la resolución de 7 de julio de 1998, que admite la inscripción de la compraventa otorgada por la madre como representante legal de sus hijos menores de edad, con hipoteca del inmueble para pago del precio de adquisición, sin necesidad de autorización judicial.

Ciertamente, en relación con la aplicación de las normas de protección que establece la Ley 5/2019, de 15 de marzo, a los garantes de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, este Centro Directivo, en Instrucción de 20 de diciembre de 2019, afirmó que «el cónyuge que, a los efectos del artículo 1320 del Código Civil, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa». Ahora bien, del propio texto literal de esta Instrucción resulta que al hipotecante no deudor se equipara el cónyuge del prestatario que, a los efectos del citado artículo 1320 del Código Civil, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual. Por ello, debe entenderse que no será necesario cumplir las normas de la Ley 5/2019 en todos aquellos casos en que tampoco sea necesario el asentimiento o consentimiento del cónyuge a la constitución de hipoteca, como ocurre en supuestos de negocio complejo como el del presente caso, en el cual ni siquiera se manifiesta, a efectos de lo establecido en el citado artículo 1320, que en el momento de constitución de la hipoteca la finca hipotecada constituya vivienda habitual de la familia.

Resolución de 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

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 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Málaga, número 11.

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 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1.

HIPOTECA: VALOR DE TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA.

El valor de tasación de la finca hipotecada debe ser al menos el 100 % del señalado en el certificado de tasación no caducado que debe incorporarse a la escritura, pero no habría inconveniente en que fuera mayor que esa referencia.

Es cierto que el escrito de recurso tiene un carácter peculiar, ya que formalmente parece que no es tal, sino que se trata de una diligencia en la escritura calificada, a modo de las de subsanación de defectos, en la que el notario argumenta para convencer a la registradora calificante de que modifique su criterio denegatorio. Ahora bien, también es verdad que la calificación registral está identificada, por cuanto se encuentra incorporada a la propia escritura que incorpora la diligencia, y, además, su carácter de recurso viene señalado expresamente en la citada diligencia. Por ello y dado que es propio de todo recurso que el registrador calificante pueda cambiar de opinión a la luz de los argumentos del recurrente (art. 327 de la Ley Hipotecaria), rectificando su calificación y procediendo a la inscripción del documento, razones de economía procesal y sustantivas, llevan a la admisión de la tramitación del recurso.

En cuanto al plazo de vigencia del certificado de tasación de las fincas hipotecadas a los efectos del procedimiento de ejecución judicial hipotecaria y de la venta extrajudicial del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, respectivamente, y la forma de su cómputo, el apartado 1 del artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 marzo, establece que «la fecha de emisión de un informe o certificado de tasación no podrá ser posterior en más de dos meses a la fecha en que se haya efectuado la última inspección ocular del bien valorado», y su apartado 4 que «los informes y certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe»; ello sin perjuicio que en el certificado de tasación, por la razón que fuere, figurare un plazo de caducidad más reducido, en cuyo caso al mismo habría de estarse. El carácter terminante de este artícu-

lo implica que, a priori, no puedan acceder al Registro de la Propiedad tasaciones que tenga su base en certificados caducados; caducidad que, a estos efectos registrales, habrá de computarse atendiendo a la naturaleza del procedimiento hipotecario, el cual, como es sabido, se fundamenta en el carácter público (art. 3 de la Ley Hipotecaria) de los títulos inscribibles, por lo que, como ya señalara la resolución de 25 de mayo de 2019, deberá ser considerada como *dies ad quem* la fecha del correspondiente documento público presentado a inscripción, pues es la única que puede acreditar de forma fehaciente que el certificado de tasación ha sido utilizado dentro del plazo de su vigencia.

Lo que se discute en el presente supuesto es si, con carácter general, es posible la fijación de un tipo de subasta que como se señala en el recurso, es una cantidad fija y exacta que no está condicionada a circunstancia o evento alguno, en particular la terminación de la obra, aunque tenga la particularidad de que coincida con el valor atribuido a la finca para el caso de que se termine la construcción. No existe norma alguna que, en el ámbito de la ejecución hipotecaria, imponga expresamente que el tipo de subasta no pueda ser superior al valor de tasación de la finca hipotecada sino únicamente que el tipo de subasta no puede ser inferior al 100% del valor de la tasación.

Resolución de 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Leganés, número 1.

DOCUMENTOS JUDCIALES: REQUISITOS PARA INSCRIBIR LAS SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA.

Mientras no se acredite por el letrado de la Administración de Justicia el trascurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión solo cabrá practicar anotación preventiva.

La rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía constituye una vía de tutela excepcional que se concede a aquellos demandados declarados en rebeldía que se encuentran en esta situación por una causa que les es involuntaria teniendo por finalidad el reabrir de nuevo la causa con la plena participación del demandado rebelde. Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». El transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Resolución de 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Seo de Urgel.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS FRENTE A TERCEROS ADQUIRENTES.

Los terceros adquirentes de la finca ejecutada no pueden verse afectados por la resolución judicial dictada después de su adquisición declarando la nulidad de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario.

En su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema. En primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber esta concluido por resolución firme. Pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes ajenos a la relación contractual.

En Derecho español la transmisión de la propiedad está basada en el sistema del título y el modo. La concurrencia del acuerdo de voluntades entre las partes y de la entrega de la posesión de la cosa produce el efecto traslativo (arts. 609 y 1462 del CC). La entrega de la posesión puede ser sustituida por la llamada «traditio ficta», que en la práctica habitual de la contratación inmobiliaria viene representada por el otorgamiento de la escritura pública notarial (art. 1462, párrafo segundo, del CC). Una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.

Como consta en los hechos, en el presente caso, la resolución judicial que pone fin al incidente sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del crédito garantizado por la hipoteca se dicta cuando la finca está ya inscrita a favor de un tercero, la sociedad mercantil a la que la sociedad cesionaria del remate y adjudicataria judicial la había aportado en escritura pública de ampliación de capital social de fecha 16 de noviembre de 2018. Por tanto, se trata, no solo de un propietario que ha adquirido el dominio desde de la expedición del testimonio del decreto de adjudicación, sino de un titular posterior y protegido por la eficacia del Registro de la Propiedad. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en la citada sentencia de 17 de mayo de 2022 los terceros propietarios adquirentes en una ejecución hipotecaria o que traigan causa de los mismos, han de quedar protegidos frente a posibles reclamaciones sobre el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Presupuesto necesario para la aplicación de la señalada doctrina sobre el levantamiento del velo es que medie una decisión judicial en el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, sin que, como ya se ha dicho, tal intervención judicial pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso, que por la ausencia de aplicación del principio contradictorio y por la limitación de medios de prueba y cognición, necesariamente

debería pronunciarse sobre hechos eventualmente controvertidos y ajenos a la prueba documental presentada inaudita parte y sin poder garantizar, por tanto, el derecho de defensa (alegando y probando lo que a su derecho convenga) del titular registral con la plenitud que exige el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Resolución de 27-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: REQUISITOS.

No puede solicitar la iniciación del procedimiento quien no es titular registral del dominio de la finca o de cualquier derecho real.

Para resolver el presente recurso se acude, en primer lugar, al tenor literal del artículo 199.1 en su primer párrafo, cuando dispone: «El titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica». Ciertamente esta legitimación no se cumple en el supuesto de hecho del presente recurso, pues la finca figura inscrita a nombre de un matrimonio con carácter ganancial, padres del recurrente, el cual presenta los documentos que acreditan que él es uno de los herederos de los causantes, pero no el único, por lo que no es titular registral del dominio, como el mismo recurrente reconoce en su escrito de interposición del recurso, pues manifiesta que actúa como uno de los cotitulares de la finca.

El defecto expresado por el registrador debe ser mantenido, pues el promotor del expediente no tiene la titularidad dominical de la finca, por lo que no se cumple con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que exige el artículo 199 citado.

Ciertamente, son fundadas las dudas del registrador en la identidad de la finca, las cuales derivan de la propia instancia privada que reconoce esa perturbación de hecho, frente a la cual no puede defenderse mediante el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino mediante las acciones judiciales adecuadas para ello.

Por tanto, en el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a la suspensión del inicio del expediente, por falta de legitimación del promotor del expediente y por no estar acreditada debidamente la identidad del mismo, al no estar la firma legitimada o ratificada ante el registrador y por las dudas en la identidad de la finca.

Resolución de 29-9-2022
BOE 27-10-2022
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *LEX REI SITAE*.

Conforme a la regla del *lex rei sitae* ha de estarse exclusivamente a las normas que regulan el sistema registral español para la inscripción de un inmueble sito en España.

Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta: a) que la ley del lugar de situación del inmueble («*lex rei sitae*»), conduce a la aplicación de la ley española respecto de los requisitos exigibles para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad español, conforme a los artículos 10.1 del Código Civil y 58 y 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (cfr., por todas la resolución de 6 de marzo de 2020; b) que, según esta legislación, la adquisición de inmuebles por una sociedad civil constituida en escritura pública es inscribible en el Registro de la Propiedad a nombre de dicha sociedad, sin necesidad de reflejar en el asiento los datos de identificación de los socios (cfr., por todas, la resolución de 14 de febrero de 2001); c) que el notario autorizante de la escritura calificada ha emitido juicio sobre equivalencia funcional del documento representativo reseñado y sobre juicio de suficiencia de las facultades representativas acreditadas (que incluye juicio sobre existencia de la persona jurídica compradora conforme a la ley alemana —cfr. art. 9.11 del CC español—), sin que pueda quedar desvirtuado por las consideraciones que expresa la registradora sobre la forma de inscripción de negocios análogos en el Registro de la Propiedad alemán que estima aconsejable aplicar (cfr. arts. 98 de la Ley 24/2001 y 56 y 60 de la citada Ley 29/2015), y d) que también se cumple la normativa sobre indicación de número de identificación de extranjero tanto de la sociedad representada como del representante (cfr. arts. 254 de la Ley Hipotecaria, 23 y 24 de la Ley del Notariado, 156.5.ª del Reglamento Notarial y 18.1, 23.1 y 27.2.c) del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio).

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 17.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DETERMINACIÓN DE LOS PROPIETARIOS QUE ADOPTARON UN ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

Para comprobar que los actuales titulares registrales de los pisos y locales participaron en la reunión en la que se adoptó el acuerdo de modificación de estatutos, es necesario que figuren los datos de los que participaron en dicha reunión.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de protocolización de acuerdos con la modificación de los estatutos de una comunidad de propietarios. Dicho acuerdo se toma con el voto a favor de 4 propietarios presentes y 12 ausentes, los cuales fueron debidamente notificados; se computan 4 votos en contra de la propuesta, procedentes de 2 propietarios presentes y 2 notificados, cuyos coeficientes suman en total 35,1381 %; por tanto, el acuerdo reúne el 64,86 % del porcentaje del total de cuotas de la propiedad horizontal. El acuerdo adoptado es el siguiente: «Limitar la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial».

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 mar-

zo, 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, así como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

La cuestión debatida se centra en si es necesario que se exprese la identidad de los propietarios que, presentes, representados o debidamente notificados, hayan tenido intervención en el acuerdo adoptado, de manera que se pueda comprobar la coincidencia entre algunos titulares registrales y los propietarios que tomaron el acuerdo, pudiendo existir propietarios que hayan inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción de los acuerdos, y no hayan aprobado dicha modificación estatutaria.

Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, sería necesario que dicha modificación de los estatutos cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, en el concreto supuesto, tratándose de un acuerdo que requiere solo la mayoría legal, es preciso que se identifiquen los partícipes de ese voto favorable para comprobar que representen al menos las tres quintas partes de las cuotas de participación de titulares registrales en el momento de presentación del acuerdo para su inscripción en el Registro.

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Chantada.

HERENCIA: FACULTADES DEL ALBACEA CONTADOR PARTIDOR.

Constando en el testamento la atribución al albacea de facultades para disponer de los bienes, no cabe objetar su actuación.

Ciertamente la registradora basa su calificación en un hecho erróneo: tras la atribución del causante a la albacea de la facultad de enajenar los bienes hereditarios, expresa la calificación que «la albacea se reservó expresamente la facultad de enajenación de los mismos» en la escritura de partición de la herencia, lo que no es así.

Así, a la vista de los hechos reseñados, no cabe sino concluir que es correcta la apreciación del notario sobre la legitimación de la albacea contadora-partidora, de modo que está facultada suficientemente para la enajenación de los bienes y, por tanto, no puede más que estimarse el recurso.

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO Y EXTENSIÓN DE LA PUBLICIDAD.

Para poder expedir certificación literal histórica de todos los asientos de una finca hay que especificar el interés y la justificación necesaria para ello.

Con carácter previo debe señalarse (cfr. resoluciones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 14 marzo de 2019, entre otras), que 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.

No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos. En el presente expediente, al tiempo de la solicitud de la certificación el interesado únicamente manifiesta que solicita «certificación literal histórica que recoja todos los asientos sobre los propietarios de la finca desde el primero», por tanto, no se manifiesta entonces cuál es la finalidad con la que se solicita la publicidad a fin de que el Registrador pueda valorar si se trata de una de las propias de la institución registral.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. resolución de 21 de noviembre de 2021) que en el recurso no pueden tenerse en cuenta documentos o argumentos que no se han presentado en tiempo y forma a fin de que puedan ser calificados por el registrador.

Por otro lado, la existencia del interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. resolución de 27 de julio de 2022, que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo.

Por ello se reitera desde este Centro Directivo, la conveniencia de explicar motivadamente en la solicitud cual es el objeto para el que se pide la publicidad a fin de que el registrador pueda valorar si la misma está justificada, así como la existencia de interés legítimo.

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Avilés, 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.

En el presente caso no se transmite la propiedad ni ningún derecho real, sino que se constituye hipoteca sobre la finca descrita. Por ello, la objeción que opone el registrador no puede ser confirmada.

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Escalona.

BIENES GANANCIALES: APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La aportación de bienes a la sociedad de gananciales ha de estar basada en una causa onerosa o gratuita, sin que sea suficiente alegar la existencia de aportaciones anteriores realizadas por el esposo.

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.

Los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. 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.

En el presente caso, tiene razón el registrador al afirmar en su calificación que el mero hecho de que el esposo haya podido realizar otras aportaciones a la sociedad de gananciales no aclara nada en relación con el carácter gratuito u oneroso de la aportación formalizada en la escritura calificada, que puede efectuarse tanto a título gratuito como a título oneroso, al igual que la aportación o aportaciones efectuadas por dicho señor. Por ello, la objeción expresada por el registrador debe ser confirmada.

Resolución de 3-10-2022
BOE 31-10-2022
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 7-10-2022
BOE 31-10-2022
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

DERECHO FORAL CATALÁN: ACTUACIÓN DEL TUTOR.

No se puede exigir la autorización judicial al tutor ante un supuesto de posible conflicto de intereses.

Como cuestión previa, debe afirmarse que este Centro Directivo es el único órgano competente para resolver el presente recurso, toda vez que la finca objeto de los actos y negocios formalizados mediante la escritura calificada se encuentra situada en la comunidad autónoma de Andalucía y, en consecuencia, el Registro de la Propiedad del que es titular el autor de la calificación impugnada no se encuentra radicado en la comunidad autónoma de Cataluña.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada, relacionada con el ejercicio de las facultades atribuidas a la tutora, debe determinarse si los actos de ratificación, aceptación, extinción de condominio, exceso de adjudicación oneroso y adjudicación por título sucesorio, que realiza en nombre de su tutelado requieren o no de la correspondiente aprobación judicial. Al interpretar tales normas, debe tenerse en cuenta que uno de los principios fundamentales del Derecho catalán es el de la libertad civil que actualmente proclama el artículo 111.6 del Código Civil de Cataluña. Este principio permite a las personas la máxima libertad en la autorregulación de sus intereses particulares. Esa confianza en la propia capacidad para ordenar la vida privada, tan tradicional en el derecho sucesorio y en el derecho patrimonial, se ha extendido de forma acelerada a los ámbitos del derecho de familia y de la persona, tradicionalmente sometidos al control de los poderes públicos, esencialmente los judiciales.

En el presente caso, la tutora otorga la escritura no solo en ejercicio de dicho cargo representando al tutelado sino también en nombre propio. Atendiendo a las normas antes referidas y a las especiales circunstancias concurrentes en este caso, no puede confirmarse el criterio de registrador por el que exige que se acredite haber obtenido la aprobación judicial de tales operaciones por entender que exceden de lo meramente particional. Cuestión diferente es que al actuar la tutora en nombre de su hermano y también en su propio nombre e interés, pueda existir un conflicto de intereses con dicho tutelado conforme al artículo 222-29 del Código Civil de Cataluña, lo que habría hecho necesario el nombramiento de defensor judicial. Pero la cuestión relativa al conflicto de intereses no ha sido planteada por el registrador en su calificación, por lo que no puede decidirse sobre aquella (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 5-8-2022.
BOE 27-10-2022
Registro Mercantil de Guadalajara.

INFORME DE AUDITORÍA: IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR EL TRABAJO DE AUDITORÍA. — CORRECCIÓN DE ERRORES.

La Dirección General corrige el «confirmar la nota de calificación del registrador» por «revocar la nota», al haber sido estimado el recurso.

Resolución de 12-8-2022.
BOE 27-10-2022
Registro Mercantil de Menorca.

INSCRIPCIÓN CONJUNTA DE ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN Y DE LA DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS QUE SUBSANA AQUELLA.

SE REVOCA

La escritura de constitución de una compañía mercantil se califica con defectos consecuencia de la indeterminación del objeto social, ya que la utiliza una cláusula residual de alcance indeterminado (art. 23 LSC).

En una escritura posterior, fue elevado a público el acuerdo social adoptado por unanimidad en junta general extraordinaria por la que se suprime dicha cláusula y se añade una actividad más dentro del objeto social.

Se presentan las dos escrituras conjuntamente al Registro —constitución y modificación— pero se dan asientos de presentación distintos y se califican separadamente rechazándose la constitución por continuar el defecto y parando la inscripción de la modificación, por falta de previa inscripción de la constitución.

La Dirección General dispone que rectificada la inicial escritura el defecto queda subsanado, debiendo inscribirse conjuntamente ambas escrituras.

Resolución de 2-9-2022.
BOE 14-10-2022
Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número II.

RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

SE REVOCA

El artículo 245.1 LSC dispone que el consejo de administración será convocado por el presidente o el que haga sus veces, y el artículo 246.2 de la Ley

de Sociedades de Capital se reconoce a los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo la competencia para convocarlo. No es necesario reproducir en los estatutos preceptos legales que tienen eficacia por encima de los mismos. A la vista de lo dispuesto en el artículo 245.1 no es imprescindible una atribución de competencia en los estatutos para realizar la convocatoria del consejo, pues legalmente ya corresponde al presidente o quien haga sus veces, y, además, los estatutos sociales podrán contener disposiciones sobre competencia para convocar el consejo más favorable para los miembros del mismo, pero no podrán restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246.2 LSC.

Resolución de 5-9-2022.
BOE 14-10-2022
Registro Mercantil de Almería.

ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS: OTORGAR PODER A UN TERCERO.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que cuando el sistema de administración escogido es de administradores que actúen de forma conjunta, constituye un elemento esencial su actuación conjunta o mancomunada, sin que sean admisibles fórmulas que las desvirtúen (RDGRN de 15 de abril de 2015).

El otorgamiento de un poder de representación para que la competencia representativa sea ejercitada por un tercero es un acto de gestión que exige la actuación conjunta de los administradores mancomunados designados por la junta general.

No es posible que el administrador mancomunado ejerza su competencia por medio de un apoderado designado por él.

Resolución de 6-9-2022.
BOE 14-10-2022
Registro Mercantil de Madrid, número XIV

PRESENTACIÓN DE LA HOJA DE DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL EN EL DEPÓSITO DE CUENTAS: OBLIGACIÓN LEGAL.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma a tenor de lo dispuesto en la Orden JUS/794/2021 —al igual que lo hacía la Orden JUS/319/2018, que el registrador ha citado erróneamente, pero la obligación es idéntica— que la sociedad tiene la obligación de presentar a depósito sus cuentas anuales acompañadas de la declaración de la titularidad real, por ser una obligación legal que se materializa con dicho depósito.

Resolución de 12-9-2022.
BOE 21-10-2022
Registro Mercantil de Madrid, número VI.

CONVOCATORIA POR CORREO DE JUNTA GENERAL. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.

SE CONFIRMA.

La Dirección General reitera que se debe evitar una sucesión de calificaciones, pero también declara que queda justificada la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporánea, sin perjuicio de la responsabilidad en la que se incurriría (Resoluciones de la Dirección General de 12 de noviembre de 2001, 28 de diciembre de 2004, 5 de marzo de 2014 y 13 y 22 de febrero de 2019, entre otras).

Con respecto a la convocatoria por correo de junta general, y conforme a doctrina reiterada de la Dirección General, se debe llevar a cabo a través de la «Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.", porque las notificaciones efectuadas por este gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (…), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos.

El socio irregularmente convocado, que no asistió a la junta, tiene legitimación para ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos adoptados.

Resolución de 13-9-2022.
BOE 21-10-2022
Registro Mercantil de Burgos.

DOMICILIO SOCIAL.

SE REVOCA

La Dirección General confirma que el domicilio social que deben incluir los estatutos sociales deben expresar la calle y número o el lugar de situación, la localidad y el municipio, y, si estuviese fuera de poblado, bastará con indicar el término municipal y el nombre del lugar o cualquier otro dato de localización (art. 23 LSC y 38 RRM).

Resolución de 26-9-2022.
BOE 27-10-2022
Registro Mercantil de Guipúzcoa, número II.

CONDICION DE EMPRENDEDOR. NO LA TIENEN LOS LLAMADOS «AUTÓNOMOS SOCIETARIOS».

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que «los autónomos societarios» ejercen su actividad a través de sociedades, en el caso que nos ocupan, además, ellos mismos las administran, es decir no tienen la condición de emprendedores.

A tenor del artículo 3 y 7 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el emprendedor es una persona física que ejerce la actividad en su propio nombre y consecuencia de ello puede limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de su actividad empresarial o profesional mediante la adquisición de la condición de «emprendedor de responsabilidad limitada", es decir, mediante la inscripción como emprendedor en el registro mercantil.

Resolución 3-10-2022.
BOE 31-10-2022
Registro Mercantil de Barcelona, número XII.

SENTENCIA ORDENANDO LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO MEDIANTE LA INSCRIPCIÓN DE DOS ESCRITURAS NO INSCRITAS. CESE DEL ADMINISTRADOR: TÍTULO INSCRIBIBLE. BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que la hoja registral está abierta a nombre de un sociedad que no ha sido parte del proceso judicial en el que se declara la inexactitud del registro, por ello para llevar a cabo la inscripción solicitada es necesario que se presenten las escrituras públicas que documentan los actos a inscribir y pendientes de inscripción, en el caso que nos ocupa el cese y el nombramiento del administrador único y el cambio de socio único, sin que puedan ser suplidas por la declaración judicial, pues en el presente caso el juez no se pronuncia sobre el fondo del asunto ni sobre la situación de cierre registral y no es indiferente la especie de documento auténtico que se presente en el Registro, pues es distinto el ámbito de la calificación de los documentos judiciales y notariales.

El órgano directivo, tal y como ha dicho en numerosas ocasiones, indica que estando vigente la nota marginal del cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada por no estar ante ninguna de las excepciones previstas en la ley, ya que el cese de administrador único se podría practicar consecuencia de una sentencia judicial, pero no estamos ante ese supuesto porque el título que da lugar a la inscripción son unas escrituras públicas.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Importancia del desarrollo emocional y afectivo del menor en la corresponsabilidad parental

Importance of the emotional development of the child in parental co-responsibility

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN. La importancia del desarrollo emocional y afectivo del menor es elemento esencial en la corresponsabilidad parental, pero sobre todo en los diferentes regímenes de relaciones personales entre padres e hijos, pues no solo debe afectar a los derechos e intereses individuales de los padres, sino que, es fundamental en la defensa de los derechos y deberes de los menores. El desarrollo emocional del menor encuentra plena justificación como principal elemento básico de interpretación e integración de la corresponsabilidad parental en las relaciones personales paterno-filiales, pero también como elemento imprescindible en la adopción.

ABSTRACT. The importance of the emotional and affective development of the minor is an essential element in parental co-responsibility, but above all in the different regimes of personal relationships between parents and children, since it must not only affect the individual rights and interests of the parents, but also, It is fundamental in defending the rights and duties of minors. The emotional development of the minor finds full justification as a basic element principle of interpretation

* 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.

and integration of parental co-responsibility in personal parent-child relationships, but also as an essential element in adoption.

PALABRAS CLAVE: Desarrollo emocional. Desarrollo afectivo. Corresponsabilidad parental. Patria potestad. Menores. Niños. Niñas. Adolescentes.

KEY WORDS: Desarrollo emocional y afectivo. Emotional development. Affective development. Parental co-responsibility. Parental authority. Minors. Boys. Girls. Adolescents.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PATRIA POTESTAD Y CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. INCLUSIVIDAD EN EL LENGUAJE.—III. CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. 1. Marco Legal. 2. Cuestiones básicas.—IV. DESARROLLO EMOCIONAL Y DESARROLLO AFECTIVO DEL MENOR. BÚSQUEDA DE SU BIENESTAR E INTEGRACIÓN SOCIAL. 1. El necesario acompañamiento de progenitores, familiares y allegados cercanos en el desarrollo emocional del menor. 2. El vínculo de apego y la gestión de emociones.—V. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES ASPECTOS DEL *DESARROLLO EMOCIONAL DEL MENOR. LA BÚSQUEDA DE SU BIENESTAR*. 1. Desarrollo emocional y afectivo en situaciones de declaración de desamparo e integración en familias de acogida. 2. Desarrollo emocional y afectivo tras la disolución matrimonial. 3. Desarrollo emocional y afectivo como requisito esencial de integración en la adopción internacional.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento del derecho de los menores y la evolución operada en derecho de familia ha sido el fenómeno social de más importancia dentro del Derecho Civil de los últimos tiempos. Fenómenos que han originado un cambio radical en la forma de regular directamente el ámbito primario de la familia. Por un lado, el alto número de divorcios y, por otro lado, el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, esto es, de filiación no matrimonial, origina la configuración de las nuevas familias, y, en lo que nos atañe las relaciones entre progenitores e hijos.

En las próximas líneas vamos a analizar la importancia del desarrollo social y afectivo del menor y que debe ser esencial en los diferentes regímenes de relaciones personales entre padres e hijos, pues no solo debe afectar a los derechos e intereses individuales de los padres, sino que, es fundamental en la defensa de los derechos y deberes de los menores.

De ahí que nos centremos en el interés del menor, y, particularmente en su desarrollo integral que, teniendo en cuenta el principio general existente en nuestro ordenamiento, debe residir tanto en casos de crisis matrimonial como en la vida cotidiana sin ruptura de los progenitores, e incluso en otros ámbitos diferentes.

Para ello en el primer caso expuesto de ruptura matrimonial debemos analizar la interpretación y concreción aplicativa de los principios que rigen el régimen de cuidado personal de los hijos y la relación directa y regular del padre no custodio a fin de evitar o, al menos, minimizar los efectos negativos que surgieran.

El objetivo de este trabajo es, además abordar el estudio del principio de corresponsabilidad parental en las relaciones personales paterno-filiales, donde el desarrollo emocional del menor encuentra plena justificación en el valor general de los principios como elementos básicos e imprescindibles de interpretación e integración.

II. PATRIA POTESTAD Y CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. INCLUSIVIDAD EN EL LENGUAJE

El concepto previo a la corresponsabilidad parental es el de patria potestad que como es sabido aúna el conjunto de derechos, atribuciones y deberes que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. La patria potestad corresponde a los progenitores con independencia de que estén casados entre sí o no, ya que se fundamenta en las relaciones paterno-filiales y se regula en el Código Civil en su artículo 154[1].

Este precepto da paso con posterioridad al de la corresponsabilidad en el artículo 156, donde se establece que «*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...*»[2]

Mucho se ha escrito últimamente en relación con el lenguaje inclusivo y las normas jurídicas máxime teniendo en cuenta que puede considerarse la posible existencia y, consiguientemente, el uso de un lenguaje sexista en algunas de sus disposiciones, propio del lenguaje heredado de disposiciones históricas. En la actualidad no tendría justificación alguna más aun como ocurre en el caso que estamos estudiando, donde se quiere evolucionar, por ejemplo, podría considerarse contradictorio el término de patria potestad con el de corresponsabilidad parental, pues mantener explícitamente en el artículo 154 el término y seguidamente en el artículo 156 introducir la corresponsabilidad, podría legitimar y naturalizar la primera expresión que puede ser discriminatoria, y que revelan estereotipos de otros tiempos incidiendo en la percepción e interpretación errónea de la institución.

Así pues, las *expresiones patriarcales, de desequilibrios de poder, invisibilidad o subordinación como «los padres», «patria potestad», «relaciones paterno-filiales», «los hijos están bajo…»…»* seguían criterios de *no reconocimiento de la actual diversidad familiar* al, en cierto modo, limitar lingüísticamente el matrimonio al hombre y la mujer, (cuando desde 2005 se ha reseñado que al señalar el artículo 44 que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código, no se refiere únicamente a que sea entre sí, abriéndose paso al matrimonio homosexual), o, cuando continúan existiendo *expresiones que pueden considerarse patriarcales, de desequilibrios de poder, invisibilidad o subordinación*…. Expresiones que deberían ser modificadas en próximas reformas legislativas[3].

Terminología inclusiva de la diversidad de género que no está únicamente en los textos legales, sino también en la doctrina, en la jurisprudencia y en los operadores jurídicos…. Educándose e influyendo de este modo a los que intervienen en el ámbito de derecho de familia (alumnos, operadores jurídicos…).

III. CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Marco Legal

En el último tercio del siglo XX los cambios en el Derecho de familia han sido evidentes, específicamente en un principio se introdujeron mejoras en la posición jurídica de los miembros de la familia, especialmente los más necesitados de amparo, la mujer, los menores..., siempre pensando en el primer caso en la equiparación de derechos, y, en el segundo caso, para su amparo y protección. Pero no ha sido hasta el cambio de siglo cuando se ha desarrollado con carácter progresivo el derecho de los menores.

Modificaciones que obedecen a un progresivo cambio en la consideración de los sujetos, en la naturaleza de las relaciones y de los vínculos jurídicos que les unen, en sus intereses, y, en la forma de prevenir o solucionar los conflictos.

Cambios propiciados desde el ámbito internacional y europeo y su introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el primer plano ha influido decisivamente, la propia *Declaración Universal de Derechos Humanos*[4] que señala que el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (art. 16)[5], agregando que la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especial y que todos los niños nacidos dentro del matrimonio o fuera de él tienen derecho a igual protección social (art. 25)[6]. También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[7] adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966, en términos semejantes se refiere a la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, además establece que en caso de disolución se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos (art. 23.4.º)[8].

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1989[9], es según la doctrina[10], uno de los instrumentos que marca un punto de inflexión en materia de la *responsabilidad de los padres,* al tener presente en su preámbulo la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y afirmar que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. El artículo 5 letra b) establece que los *Estados parte* tomarán las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. También, en su artículo 16 letra d) se impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en las mismas, la consideración primordial será el interés superior de los hijos; y en su letra f) establece que los Estados parte asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas y en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. A partir de ahí, se fijan dos parámetros

relevantes: la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades como progenitores y el interés superior de los hijos como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores.

La *Convención sobre los Derechos del Niño*, en su artículo 18 habla de las obligaciones comunes de los padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y a su interés superior como preocupación fundamental de los padres. Su fundamento se haya en la responsabilidad común de los padres, inmodificable en el caso de divorcio o separación ni siquiera por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde o establezca.

2. Cuestiones básicas

Como es sabido la corresponsabilidad parental es un concepto reciente en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque previamente la doctrina, la había utilizado como elemento esencial en la argumentación para la modificación del Código Civil en relación con la preferencia en la atribución de la custodia de los menores y el otorgamiento del derecho de visita a los padres, tal vez basada en estereotipos.

La relevancia del concepto de corresponsabilidad parental se centra en la necesidad de compartir ambos progenitores ámbitos que con anterioridad se habían atribuido a uno u otro en exclusiva.

Cambio jurídico que en cierto modo pretendía provocar *transformaciones de roles* y que poco a poco va calando en la actitud de la sociedad. Así, por ejemplo, la regulación de la custodia compartida posibilita que ambos progenitores puedan tener parte activa en la toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos. La cuestión a abordar es si la custodia compartida es una modalidad de la responsabilidad parental o si esta es un principio que informa la custodia compartida. En cualquier caso, en el ámbito de la relación de filiación los padres deben desempeñar ciertas funciones básicas respecto de sus hijos; e implica el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial.

Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello se entiende que el principio de corresponsabilidad implica avanzar en la distribución equitativa entre ambos padres de las distintas funciones propias de la autoridad parental.

Pero ello ¿significa que ambos padres se responsabilizan, participan, y asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación? Para que se pueda hablar de corresponsabilidad, en principio es necesario que haya dos progenitores, recordemos la posibilidad en nuestro ordenamiento de la monoparentalidad en la familia, ya sea impuesta, por viudedad, o por haberse retirado la patria potestad a un progenitor, o sea monoparentalidad originaria, y los supuestos de monoparentalidad por elección dentro de la cual se encuentran los supuestos de inseminación artificial y de la adopción por un progenitor.

Pero, que supondría ¿la distribución o reparto equitativo? El término utilizado podría originar confusión, a mi juicio, *la corresponsabilidad implica que ambos progenitores deben tomar las decisiones de manera conjunta y de común acuerdo, y no que haya un reparto de las funciones* (por ejemplo, que uno se

ocupe de la crianza habitual y otro de los hobbies o actividades extraescolares, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional…)

Parece que el legislador, y así lo entiende doctrina y jurisprudencia considera que la responsabilidad parental alude a la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. En definitiva, se trata de una responsabilidad compartida y solidaria de ambos para no solo la satisfacción de sus derechos o la consecución de sus obligaciones o deberes, sino para el mejor desarrollo del menor.

Los progenitores, por otro lado, no pueden sustraerse de su responsabilidad, no hay libre disposición: deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, pues el legislador contundentemente ha indicado que *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro…* está, pues, redactado en términos imperativos e inexcusables y así lo hemos reseñado en otro estudio[11].

Si los padres se encuentran separados, y no hay custodia compartida, no solo mantiene estas funciones o deberes el progenitor que asume el cuidado personal integrado en la guarda y custodia, sino también aquel que no lo tiene, ya que tiene solo el derecho de comunicaciones personales y visitas. En ese caso, deberá concretarse con carácter previo en el convenio la forma de tomar este tipo de decisiones de común acuerdo. Siempre teniendo en cuenta el precepto 156 del Código Civil. *Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, 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 el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».*

En el caso de existir la custodia compartida donde hay un cuidado personal de los menores compartido la corresponsabilidad parental se materializa en que ambos progenitores actúan en esferas que con anterioridad se habían atribuido a uno u otro en exclusiva. De manera que durante el tiempo que padres e hijos compartan tiempo, el progenitor deberá velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral además de representarlos y administrar sus bienes.

En conclusión, la problemática de la corresponsabilidad de los progenitores no está resuelta de manera efectiva en el ámbito legislativo. Parece que se intuye en el caso de la custodia compartida, aunque no se expresa legalmente. En los casos en que no se adopta ese régimen, por la ausencia de las condiciones materiales y personales necesarias y que radica en uno de los padres, el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor que no tiene el cuidado personal *debe* conducir a similares resultados.

En suma, la corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos. Desde la perspectiva de los padres, se centra en la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente. Ambos progenitores mantienen el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad aunque estén separados. Corresponsabilidad parental como criterio orientador previo y fin al mismo tiempo.

IV. DESARROLLO EMOCIONAL Y DESARROLLO AFECTIVO DEL MENOR. BÚSQUEDA DE SU BIENESTAR E INTEGRACIÓN SOCIAL

1. El necesario acompañamiento de progenitores, familiares y allegados cercanos en el desarrollo emocional del menor

Y, ¿cómo conectamos dentro de la corresponsabilidad parental el necesario *desarrollo emocional* del menor? Partimos del concepto de desarrollo emocional o afectivo, otorgado por los psicólogos, según el cual es un proceso por el cual el niño construye su identidad (su yo), su autoestima, su seguridad y la confianza en sí mismo y en el mundo que lo rodea, a través de las interacciones que establece con sus pares significativos, ubicándose a sí mismo como una persona única y distinta. A través de este proceso el niño puede distinguir las emociones, identificarlas, manejarlas, expresarlas y controlarlas. Es un proceso complejo que involucra tanto los aspectos conscientes como los inconscientes»[12].

Hay veces que se separan los conceptos y se otorga un valor más definido al desarrollo afectivo separándolo del emocional. Por ejemplo, en este caso se podría argumentar que el *desarrollo afectivo* es un proceso que da comienzo desde el momento en el que el niño establece sus primeras relaciones (por ejemplo, el bebe utiliza el llanto como mecanismo de comunicación a la espera de que sus necesidades sean cubiertas). Proceso continuo y complejo, con múltiples influencias, a través del cual el menor inicia su andadura en el establecimiento de vínculos interpersonales, fundamentales para la supervivencia en sociedad, que va a marcar el estilo de relacionarse con los demás. Proceso de evolución de unas cualidades innatas del ser humano (cualidades con las que nacemos).

Y recalcamos que es un proceso educativo, continuo y permanente, que pretende potenciar el desarrollo de las competencias emocionales como elemento esencial del desarrollo humano, con objeto de capacitarle para la vida y con la finalidad de aumentar el bienestar personal y social, debemos ser conscientes que dicho proceso es gradual, lento y continuo… y que se origina con el contacto y las interacciones con los progenitores, familiares y allegados cercanos, por lo que la cuestión que nos afecta en nuestro estudio es que *los progenitores deben estar para acompañar y capacitar en todo momento al menor… y eso es lo que desde el punto de vista jurídico civil hay que potenciar diariamente,* independientemente del tipo de familia o régimen familiar en que se encuentre el menor.

2. El vínculo de apego y la gestión de emociones

Los menores presentan desde su nacimiento la necesidad de ser sostenidos emocionalmente por otros. Tienen una predisposición innata para la construcción del *vínculo de apego que es el nexo de unión entre el bebé y sus cuidadores*, que en primer orden deben ser los progenitores, a través del cual sentirse seguro y protegido cuando se produce de manera sana, libre de rechazos y conductas ambivalentes.

La relación de apego es la que provee las oportunidades para comenzar a *empatizar*, ya que se configura como el contexto privilegiado donde, el menor, aprende a *expresar, interpretar y compartir emociones* a través de las diferentes interacciones con sus progenitores, el cual influirá en el establecimiento de las relaciones futuras.

La clave del desarrollo emocional se haya en la ayuda a los menores en la *gestión de sus propias emociones y que se conviertan en un futuro en adultos maduros emocionalmente*.

Una emoción es un impulso involuntario, originado como respuesta a los estímulos ambientales, que provoca sentimientos y conductas de reacción automática en los seres humanos. Las emociones se identifican con las «respuestas o hábitos viscerales», es decir, aquellos en los que participan el estómago, los intestinos, la respiración, la circulación… Hay tres emociones básicas, el *miedo, la ira y el amor*, cada una de ellas provocada de modo innato por una clase específica de estímulos que las condicionan, por tanto, las emociones las producen la situación en la que se encuentra la persona. Son por consiguiente las reacciones a las informaciones que recibimos en nuestras relaciones con el entorno.

Por ejemplo, la *felicidad*, es un estado de ánimo que se produce en la persona cuando cree haber alcanzado una meta deseada y buena que origina paz interior, un enfoque del medio positivo, y estimula a conquistar nuevas metas.

El *miedo* es un intenso sentimiento desagradable provocado por la percepción de un peligro, real o supuesto que activa nuestra vigilancia, incrementa la precaución, hace que nos protejamos, etc…¿Cuál es la respuesta de la corresponsabilidad parental ante estas emociones? Pues ante el miedo evitar la pérdida repentina de apoyo a un estímulo sensorial o inesperado, el cual se manifestará a través del llanto. Los más usuales pueden ser la separación de la madre durante mucho tiempo o quedarse solo en un lugar desconocido, miedo a los accidentes, enfermedades graves, divorcio de los padres…

La *ira* es una reacción emocional frente a algo que la desencadena, como la ofensa, la frustración por no conseguir algo, desesperarse por conseguir algo (frustración), etc. Y se manifiesta a través de la agresividad verbal, los apodos, rabietas y las intimidaciones…

La *tristeza* es provocada por un decaimiento de la moral que se expresa mediante el llanto, el rostro abatido, la falta de apetito, negatividad… Puede surgir ante la muerte de un ser querido, la separación de sus padres, peleas en la casa, bajas notas en el colegio, por ejemplo.

La corresponsabilidad parental debe estar presente también en el desarrollo social o la socialización del menor. Como todo aprendizaje, el menor debe adaptarse a sus grupos, normas, imágenes y valores. Es importante la permanencia en todo momento en el acompañamiento de los menores en este aprendizaje, pues como es sabido la socialización es particularmente intensa durante sus primeros años.

Se comienza con la *adquisición de la confianza* que origina el aprendizaje ante la toma de riesgos, por ejemplo, en relación con nuestro tema de estudio si un bebé es abandonado o maltratado desarrollará desconfianza que puede hacer que el menor tenga miedo de probar cosas nuevas. Otra crisis es la de autonomía versus vergüenza donde el menor desarrolla la autoconfianza e independencia a través de la exploración de sí mismo y de su entorno. Si los padres son negligentes o no permiten que el niño asuma algunos riesgos se mermará su autoconfianza.

Otra competencia es la relativa a la *culpa* donde el menor desarrolla el sentido de planear y hacer las cosas por su cuenta tal como vestirse. Si un padre le disuade de hacer estas cosas ya sea porque las hace incorrectamente o porque le toma mucho tiempo, el niño tendrá miedo de intentar proyectos debido a un temor por la desaprobación.

El escalón de la *diligencia* frente a inferioridad es crucial para que el niño desarrolle un sentido de competencia. Si fracasan en la tarea escolar o que no se les permite desarrollar su potencial se sienten inferiores.

Otra etapa es la de la *identidad* versus confusión de roles, donde se adquiere su propia identidad a través de la auto exploración. Si se ve obligado a ajustarse a un ideal de los padres desarrollará una confusión de identidad sin saber quién es como individuo.

En cuanto al *desarrollo moral* se desarrolla en cada individuo en diferentes fases o etapas que no surgen de la maduración biológica estando las últimas ligadas a la interacción con el ambiente. El *desarrollo e intelectual biológico* es una condición necesaria para el desarrollo moral, pero no suficiente. En el desarrollo moral influye el desarrollo de la inteligencia, las relaciones entre iguales y la progresiva independencia de la coacción de las normas de los adultos.

V. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES ASPECTOS DEL *DESARROLLO EMOCIONAL DEL MENOR. LA BÚSQUEDA DE SU BIENESTAR*

Tras lo señalado vemos que el desarrollo del menor se tiene en cuenta en áreas muy específicas dentro del Derecho de familia. Resulta muy significativo pues es un concepto que dentro de la ciencia de la psicología que está en continuo estudio y evolución y que tiene importancia en distintas áreas del derecho de menores que vamos a exponer a continuación.

La vinculación de los menores con los progenitores es el cordón umbilical por el que aprenden y alimentan sus necesidades emocionales, es el canal por donde fluye la información necesaria para establecer límites, para transmitir afecto y protección, para marcar pautas de imitación y para instalar valores y rutinas útiles para la vida. Es imposible aprender todo eso sin conectarse afectivamente a alguien. El vínculo es una función mental imprescindible, una auténtica necesidad biológica, muy interesante de conocer[13].

1. Desarrollo emocional y afectivo en situaciones de declaración de desamparo e integración en familias de acogida

En los supuestos en los que se declara el *desamparo del menor* se alega el desarrollo emocional del menor para potenciar y mantener el acogimiento familiar del menor frente a su estancia en la familia de origen, de donde se le ha «sacado» para evitar la escasa evolución en los diferentes ámbitos escolares, sociales… que el menor ha tenido con su familia biológica. Debemos tener en cuenta que el *desarrollo afectivo,* conforme hemos indicado antes es un proceso de evolución de unas cualidades innatas del ser humano (cualidades con las que nacemos) donde se desarrollan afectos que son los sentimientos que tenemos hacia los demás (cariño, amor, amistad, compasión, pena, etc.) favoreciendo el bienestar del menor y a la vez su integración social.

No olvidemos que el *bienestar del menor* depende y variará considerablemente en función de los factores vinculados a su situación personal y del contexto donde se encuentre.

En el reciente auto del TS, Sala Primera de lo Civil de 26 de enero de 2022 se concreta que la menor desde el acogimiento avanza muy positivamente en todos los ámbitos, realizándose una valoración muy positiva de él, y altamente

beneficiosa para el bienestar y desarrollo de la menor, en sus distintas áreas de su vida. Concluye que la familia acogedora educadora le proporciona a la menor rutinas y hábitos adecuados de seguridad y estabilidad, encontrándose la menor arraigada. Se desestima el recurso de apelación presentado por los progenitores y los abuelos maternos ya que no son los más idóneos para garantizar el bienestar y adecuado desarrollo emocional y afectivo de la menor[14].

En la SAP de Cádiz de 9 de diciembre de 2020 no cabe la posibilidad de encontrar el bienestar de los menores con su madre, ya que no es posible alcanzar el desarrollo emocional ni afectivo entre ambas partes. En este supuesto la apelante solicita la reintegración de su hijos, pero el equipo de protección de menores emitió informe en el que, una vez descartada la recuperabilidad de la progenitora y en ausencia de familia extensa dispuesta a hacerse cargo de los menores, estimaban que lo más conveniente en interés de estos era constituir su acogimiento familiar permanente estimando que las visitas de los menores con su madre no eran convenientes para la estabilidad emocional de los menores, dado el rechazo de estos a mantener contacto alguno con su progenitora, no habiéndose formulado oposición frente a ninguna de las resoluciones anteriormente descritas[15].

Concreta por la Audiencia que las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor, estimando que las visitas de los menores con su madre no eran convenientes para la estabilidad emocional de los menores, dado el rechazo de estos a mantener contacto alguno con su progenitora.

La SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2020 en un supuesto de impugnación por la madre de la resolución administrativa de la Consejería de Familia y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid que declaró la situación de desamparo de los menores se alega su disconformidad con que no se haya tenido en cuenta la *preferencia del núcleo familiar sobre núcleos ajenos,* y, la vulneración del principio fundamental de proteger el interés de los menores, al haberse limitado el acuerdo impugnado a intentar proteger solo su bienestar material inmediato[16]. La Audiencia discrepa de la argumentación del recurso y señala que ha quedado constatado a través de los documentos aportados que la madre tiene suspendidas las visitas con sus hijos por el deterioro físico y psicológico que presenta y que puede afectar al desarrollo emocional de estos, además de encontrarse actualmente en paradero desconocido.

Recordemos que el *deterioro psicológico* del menor se produce poque las emociones negativas que pueden invadirle tales como la rabia, la tristeza, la frustración, la culpabilidad, los sentimientos de inferioridad, la impotencia…, se pueden conjugar en una mezcla explosiva que atenta contra su autoestima destruyéndola por completo.

La SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2019[17], en un asunto de acogimiento familiar analiza el régimen de visitas de los abuelos, y su aumento temporal, a los que previamente se les había denegado el acogimiento solicitado por ellos con base en los artículos 160 y 172 ter CC. Se argumenta la infracción del artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC por no haberse tenido en cuenta en la sentencia que *debe primar la integración del menor en situación de desamparo en su propia familia y, sin embargo, en el presente caso se ha optado por el ingreso del menor en primer lugar en un centro y después en acogimiento en una familia*

ajena, cuando lo cierto es que los abuelos se encargaron del menor desde que nació por el grado de inmadurez de los padres, dejando de ser idóneos para ello como consecuencia de un informe emitido en fecha 28 de junio de 2013 (la madre biológica y los abuelos paternos no se llevan bien), lo que supone separar al menor de su núcleo familiar.

Teniendo en cuenta el *interés superior del menor*, la Audiencia no ha considerado acertado acordar un mayor régimen de visitas a favor de los abuelos, pues el menor ha precisado de terapia psicológica, y los informes psicológicos aconsejan ni aumentar ni imponer un mayor régimen de visitas, lo cual no supone indefensión para los abuelos.

La SAP de Alicante de 25 de enero de 2017[18] analiza un supuesto de impugnación de la declaración de desamparo de un menor de corta edad por falta de capacidad para autogobernarse o buscar ayuda, sumado a la carencia de un ambiente favorable para su desarrollo emocional, no siendo cubiertas las necesidades de protección y atención que requiere para desarrollarse. La Audiencia teniendo en cuenta que los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso y teniendo en cuenta el interés superior del menor señala que *para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos*, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno.

Con rotundidad la Audiencia aclara que es menester que para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y *compensen* su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar debe tenerse en cuenta, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Como es lógico se enfatiza en la situación del menor y en alcanzar y mantener su bienestar a través del desarrollo emocional y afectivo del menor, en este caso en la familia de acogida que no se va a producir en la familia de origen pese a que los padres biológicos hayan evolucionado positivamente.

También puede ocurrir que tras la declaración de desamparo la menor se integre en un *acogimiento permanente provisional bajo la custodia de la tía paterna*; es el supuesto de hecho que se analiza en la SAP de Orense de 26 de octubre de 2016[19].

La Audiencia entiende que es más adecuado al interés de la menor, mantenerla en su actual entorno familiar y social, aceptando, las conclusiones del informe pericial psicosocial-IMELGA, en el que se hace constar, que la menor actualmente está muy integrada en su entorno, «proporcionando sus tíos un ambiente emocionalmente estable que permitirá un adecuado desarrollo emocional de la menor, así como la continuidad de los contactos con la familia materna, aspecto, que en caso contrario quedaría muy comprometido, dada la actual actitud de hostilidad de los abuelos maternos y la madre hacia la familia paterna y sus acogedores». Resulta pues aventurado el retorno a la situación anterior de acogimiento familiar en el entorno materno, desde el punto de vista del interés de la menor, que prima en la materia, en tanto no existan garantías de la superación de la madre de su historial adictivo y de estabilización de su vida personal. Si bien, parece adecuado que se amplíen las visitas durante los periodos vacacionales, con la familia materna, superando el marco limitado del

punto de encuentro, a fin de mantener el contacto de la menor con su entorno familiar y social de origen».

No podemos dejar pasar desapercibidamente la situación compleja y más aguda que tiene lugar para el desarrollo emocional del menor en un supuesto de desamparo y violencia[20]. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer en sentencia de 17 de octubre de 2013 señala que desde la declaración de desamparo del menor, según informes del equipo psicosocial, las dificultades de desarrollo emocional del menor son evidentes y que en la actualidad ha iniciado terapia psicológica en el centro de salud mental infantil a causa de las alteraciones emocionales comenzando este año su escolarización en un centro de educación especial.

2. Desarrollo emocional y afectivo tras la disolución matrimonial

La disolución del matrimonio cambia la vida de cada uno de los miembros de la familia. Aunque sean los padres los que se separan o divorcian, la familia sigue cuando hay hijos comunes, aunque con otra forma de vida, pero siguen teniendo el mayor enlace que puede tenerse: los hijos. Será posible construir nuevas relaciones familiares menos típicas, pero perfectamente funcionales para el desarrollo afectivo de cada una de las personas si cada uno se esfuerza para comprender, madurar y probar nuevas formas de quererse, de convivir, de ser felices, aunque no vivan juntos, siempre pensando en que debe ser beneficioso para el *desarrollo emocional y afectivo de los menores*. Sin olvidar que las reacciones del niño ante la separación parental se ven influidas por su edad, capacidad y grado de desarrollo para integrar, tanto intelectual como afectivamente, la realidad de su nueva situación familiar.

Los menores que mantienen un desarrollo emocional equilibrado es percibido por los operadores que les tratan (jueces, psicólogos, educadores sociales…) quienes saben que ambos progenitores han sabido mantenerles alejados del conflicto y siguen manteniendo una sana y enriquecedora relación con ambos, pues los comentarios de los menores denotan que los progenitores han procurado transmitir el respeto por la otra figura parental o que no han transmitido a los hijos los aspectos negativos del otro[21].

Desarrollo emocional y afectivo que puede verse frustrado bajo el nuevo régimen de vida que se instaura tras la ruptura de familia, por la *disolución matrimonial si el conflicto de los padres no se aleja de los menores*. Situación que varía cuando no se ha optado por el régimen de custodia compartida, sino que existe el sistema de custodia única y derecho de comunicación de visitas del otro progenitor. En este caso también se acude al argumento del desarrollo emocional del menor para esgrimir la modificación de medidas, generalmente para la ampliación del régimen de visitas.

El auto del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 16 de febrero de 2022 afirma que los enfrentamientos entre los progenitores si repercuten negativamente en el desarrollo emocional del menor[22]. Por eso consideró que cuando la motivación de la solicitud de una custodia compartida lo está en el interés del progenitor y no en el interés del menor, como es el caso, debe rechazarse en beneficio del menor... La situación hasta el momento de custodia compartida afectaba negativamente en el desarrollo emocional del menor; quien manifestó sus preferencias por permanecer como hasta el momento en custodia materna pues el menor está inmerso en un conflicto de lealtades respecto de sus padres.

Diferente es la situación en la que se quiere potenciar la instauración del régimen de custodia compartida, pues en ese caso se esgrime el desarrollo de menor como proceso necesario en el que debe participar la figura paterna.

Y, esto es lo que precisamente sucede en la SAP de Barcelona, sentencia de 7 de junio de 2022[23] donde se esgrime como argumento para establecer el régimen de guarda y custodia compartida o conjunta concretado en este caso fijando un régimen de visitas amplio[24] que «la presencia de la *figura paterna en el desarrollo emocional del menor* y su influencia en la adquisición de una adecuada autoestima y seguridad son básicos siempre que no se vean alterados por factores externos».

Otra perspectiva en el supuesto de hecho pero que no modifica nada la línea argumental que estamos desarrollando se produce en el supuesto de la SAP de Barcelona, de 2 de diciembre de 2021[25], donde se discute en un divorcio contencioso que la madre pidió la *suspensión del ejercicio de la potestad parental* frente a lo cual la Sala señala que «partimos de la necesidad de fomentar la relación paternofilial y también de la importancia de ambas figuras parentales para un adecuado desarrollo emocional del menor».

Insistiendo en que la relación paternofilial constituye un derecho tanto del progenitor, no guardador, como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurran circunstancias graves que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución en que se fije.

La SAP de Pontevedra, de 21 de febrero de 2022[26], en un divorcio contencioso, donde se analiza la guarda y custodia compartida o conjunta, el informe de la trabajadora social del IMELGA concluye que lo más adecuado para los menores sería establecer la custodia compartida, lo que *favorecería el adecuado desarrollo emocional de los menores*, ya que en este caso ambos progenitores presentan buenas condiciones para poder ocuparse adecuadamente de sus hijos, por lo tanto resuelve la Audiencia que no existe motivo para modificar el régimen de guarda y custodia compartida decretado en la sentencia de instancia.

3. Desarrollo emocional y afectivo como requisito esencial de integración en la adopción internacional

En otro ámbito totalmente diferente, cuando los menores aún no forman parte de la familia, pero donde debe analizarse con carácter previo, resulta un principio muy importante para introducir al niño en una nueva familia: nos referimos al supuesto de la *adopción internacional*, como argumento favorecedor de la idoneidad de los adoptantes en la adopción.

Se analiza el concepto de desarrollo emocional no ya solo del menor, sino también de la futura madre que adopta en solitario y que se le considera inidónea porque el proyecto de adopción no está elaborado (o no lo está suficientemente) y, por tanto, no puede conducir a una valoración positiva y que la futura relación con el niño adoptivo comprometa su desarrollo emocional. En el contexto de la valoración psicosocial de la idoneidad de las candidatas, el «estar soltera» puede acabar siendo representado como un síndrome psicológico con consecuencias negativas y desventajas para el futuro niño adoptado. Las personas que adoptan en solitario, una vez que reciben la valoración positiva, entran en el circuito de la adopción internacional y participan en él junto a las parejas heterosexuales. En

este proceso se ven envueltas en una dinámica caracterizada por el desequilibrio entre la demanda de niños adoptables y la oferta hecha por cada país[27].

Llega a la Audiencia Provincial de Valencia un supuesto de revisión de la resolución administrativa de fecha 31 de marzo de 2004 que declaraba la no idoneidad para el ejercicio de la patria potestad en la filiación adoptiva y tramitación de adopción internacional, de una persona que ya había adoptado con anterioridad[28]. En este supuesto no se va a considerar que sea negativo para el desarrollo del menor adoptado la consideración de la madre adoptante que debe ser de idónea.

La Administración argumenta su declaración de inidoneidad en que conforme al informe psicosocial de fecha 19 de enero de 2004 aunque no existe riesgo para la *integración sociofamiliar y desarrollo emocional* de sus hijos, *esta estabilidad podría verse afectada con la introducción de un nuevo niño en el núcleo familiar posibilitando la aparición de riesgos significativos tanto para sus hijos ya existentes como para el nuevo solicitado.*

En la motivación del informe considera que la idoneidad no es *tanto por la diferencia generacional que se dará con su hijo mayor como por la escasa implicación emocional de estos en su proyecto adoptivo* quedaría dificultado el establecimiento de vínculos adecuados con el menor adoptado y no favorecería su desarrollo integral.

Por otro lado el informe psicosocial de los Juzgados de Familia en relación con la evaluación de la capacidad educativa de la adoptante, es negativa debido a la visión idealizada y poco realista de la adopción que se observa también respecto a sus expectativas del nuevo proyecto adoptivo, indicando que incluso minimiza e incluso niega las posibles dificultades que puedan surgir en el proceso de adaptación e integración de un nuevo menor, las repercusiones que pudiera tener en los otros menores del núcleo familiar y la inversión personal (tiempo, esfuerzo, coste emocional...) que le va a suponer a ella misma. Así, y a pesar de haberse definido a la adoptante como una persona eminentemente pragmática, se advierte en su discurso rechazo a reconocer los riesgos inherentes a la adopción.

La Audiencia, que estima el recurso de apelación, entiende que, no obstante, no se observó ningún desajuste emocional en la adoptante, declarada inidónea quien, por tener un hijo biológico mayor de 18 años, ya hubo de tenerse en cuenta ese llamado ahora «desajuste generacional», cuando en un momento anterior se aprobó y permitió la adopción de una niña de origen chino de solo 6 años de edad. En aquel entonces ese desajuste generacional no impidió la adopción que resultó sin duda un éxito cuando se reconsidera la posibilidad de nueva adopción. Ningún desajuste se ha producido en su núcleo familiar por la adopción de aquella niña, y es probable que no exista tampoco en la nueva adopción que se pretende. La idealización que se le reprocha de la relación fraternal no puede ser de la entidad suficiente como para impedir a la recurrente ampliar su núcleo familiar.

En un supuesto anterior, referido también al desarrollo del menor en la adopción internacional la SAP de Barcelona de 8 de mayo de 2012, donde se recurre la resolución de declaración de no idoneidad para adopción internacional y se declara la idoneidad de los actores, para la adopción de un menor de 0 a 3 años. Argumentación que se centra en lo señalado en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en su artículo 10, que dice que se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional, y sobre todo, el test CUIDA, el actor hará frente con calma y de manera adaptativa a los sucesos que se planteen con el menor. Obtuvo una alta

puntuación en empatía, por lo que entenderá lo que siente el adoptado. Es asertivo y tiene alta autoestima, por lo que *favorecerá el desarrollo emocional del menor.* Es flexible y tiene capacidad para establecer vínculos afectivos. Será tolerante, comprensivo, dialogante y cariñoso[29].

VI. CONCLUSIONES

I. La *corresponsabilidad parental* aúna el conjunto de derechos, atribuciones y deberes que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos. Si los padres están separados puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables.

II. La relevancia del concepto de corresponsabilidad parental se centra en la necesidad de compartir ambos progenitores esferas que con anterioridad se habían atribuido a uno u otro en exclusiva. Por ello se entiende que el principio de corresponsabilidad implica avanzar en la distribución equitativa entre ambos padres de las distintas funciones propias de la autoridad parental.

III. La corresponsabilidad implica que ambos progenitores deben tomar las decisiones de manera conjunta y de común acuerdo, y no que haya un reparto de las funciones, por ejemplo, que uno se ocupe de la crianza habitual y otro de los hobbies o actividades extraescolares, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional…

Se trata de una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Una responsabilidad compartida y solidaria de ambos para no solo la satisfacción de sus derechos o la consecución de sus obligaciones o deberes, sino para el mejor desarrollo del menor.

IV. Los progenitores no pueden sustraerse de su responsabilidad, no hay libre disposición. Deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Si los padres se encuentran separados, y no hay custodia compartida, no solo mantiene estas funciones o deberes el progenitor que asume el cuidado personal integrado en la guarda y custodia, sino también aquel que no lo tiene, ya que tiene solo el derecho de comunicaciones personales y visitas. En el caso de existir la custodia compartida donde hay un cuidado personal de los menores compartido la corresponsabilidad parental se materializa en que ambos progenitores actúan en esferas que con anterioridad se habían atribuido a uno u otro en exclusiva. De manera que durante el tiempo que padres e hijos compartan tiempo, el progenitor deberá velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral además de representarlos y administrar sus bienes.

V. El *desarrollo emocional o afectivo* es un proceso por el cual el niño construye su identidad, su autoestima, su seguridad y la confianza en sí mismo y en el mundo que lo rodea. A través de este proceso el niño puede distinguir las emociones, identificarlas, manejarlas, expresarlas y controlarlas. El *desarrollo afectivo* es un proceso que da comienzo desde el momento en el que el niño establece sus primeras relaciones. Proceso educativo, continuo y permanente, que pretende potenciar el desarrollo de las competencias emocionales como elemento esencial del desarrollo humano, donde *los progenitores deben estar para acompañar y capacitar en todo momento al menor… y eso es lo que desde el punto*

de vista jurídico civil hay que potenciar diariamente, independientemente del tipo de familia o régimen familiar en que se encuentre el menor, o en el que vaya a entrar, como ocurre en el supuesto de la adopción.

VII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- ATS, Sala Primera de lo Civil de 26 de enero de 2022. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Sección: Primera Número Recurso: 6678/2020. Numroj: ATS 946:2022. Ecli: ES:TS:2022:946.ª
- Auto Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 16 de febrero de 2022. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 6660/2021. Numroj: ATS 2361:2022. Ecli: ES:TS:2022:2361.ª
- SAP de Barcelona, Sala de lo Civil de la Sección duodécima, Sentencia de 7 de junio de 2022. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS Número Sentencia: 370/2022 Número Recurso: 1143/2021. Numroj: SAP B 6439:2022. Ecli: ES:APB:2022:6439
- SAP de Pontevedra, sección primera, de 21 de febrero de 2022. Ponente: Eugenio Francisco MÍGUEZ TABARES. Número Sentencia: 156/2022 Número Recurso: 855/2021. Numroj: SAP PO 551/2022. Ecli: ES:APPO:2022:551.
- SAP de Barcelona, sección decimoctava de 2 de diciembre de 2021. Ponente: Myriam SAMBOLA CABRER. Número Sentencia: 736/2021 Número Recurso: 414/2021. Numroj: SAP B 14999/2021. Ecli: ES:APB:2021:14999
- SAP de Cádiz, sección quinta de 9 de diciembre de 2020. Ponente: Ángel Luis SANABRIA PAREJO. Número Sentencia: 1220/2020 Número Recurso: 620/2020. Numroj: SAP CA 2428/2020. Ecli: ES:APCA:2020:2428,
- SAP de Madrid, sección vigesimosegunda de 24 de septiembre de 2020. Ponente: Jose María PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS. Número Sentencia: 700/2020 Número Recurso: 739/2020. Numroj: SAP M 10038/2020. Ecli: ES:APM:2020:10038.
- SAP de Madrid, sección vigesimosegunda de 10 de diciembre de 2019. Ponente: María José ALFARO HOYOS. Número Sentencia: 1048/2019 Número Recurso: 922/2019. Numroj: SAP M 16741:2019. Ecli: ES:APM:2019:16741.
- SAP de Alicante, sección sexta de 25 de enero de 2017. Ponente: José María RIVES SEVA. Número Sentencia: 27/2017 Número Recurso: 808/2016. Numroj: SAP A 131:2017. Ecli: ES:APA:2017:131
- SAP de Orense Sección primera de 26 de octubre de 2016. Ponente: María José GONZÁLEZ MOVILLA. Número Sentencia: 360/2016 Número Recurso: 347/2016. Numroj: SAP OU 634:2016.Ecli: ES:APOU:2016:634.º.
- SAP de Barcelona, Sección decimoctava de 08 de mayo de 2012. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número Sentencia: 305/2012 Número Recurso: 26/2012.
- SAP de Valencia. Sala de lo Civil, sección 10.ª. Sentencia de 14 de marzo de 2005. Número Sentencia: 181/2005 Número Recurso: 84/2005 Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer sección tercera de 17 de octubre de 2013. Ponente: Gabriela Paula SAGRADO PESSAGNO. Número Sentencia: 54/2013 Número Recurso: 6/2013
- STSJC 63/2014, de 2 de octubre, 69/2014, de 30 de octubre y 29/2015, de 4 de marzo.

VIII. LEGISLACION CITADA

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), (art. 25)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, 4.º)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 5 letra b); artículo 16 letra d) letra f))
- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18)
- Código Civil (arts. 154 y 156)

IX. BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: El principio de corresponsabilidad parental, en *RDUCN* vol. 20 núm. 2 Coquimbo. 2013. *versión On-line* ISSN 0718-9753. *http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002*

CALVO RODRÍGUEZ, D.; CABALLERO PACHECO, J.M.ª: Sobre el principio de contrastación científica. Un análisis sobre la pericial de parte en derecho de familia, en *Derecho De Familia*. Coordinadores: Teresa Echevarría de Rada, Enrique Ortega Burgos. Tirant lo Blach. Valencia. 2022.

HAEUSSLER I.: Desarrollo emocional del niño, incluído en GRAU MARTÍNEZ, A. y otros (2000), *Psiquiatría y psicología de la infancia y adolescencia*. Madrid: Editorial médica Panamericana, 55 (Versión on line: *https://idoc.pub/documents/desarrollo-emocional-ylyx0zqrmznm*).

IGLESIA MONJE, M.ªI. DE LA: ¿Se puede renunciar a la patria potestad?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 95, N.º 771, 2019, 347-356.

RIVAS, A.M.; JOCILES, M.ªI.; POVEDA, D. y LORES, F.: Discurso experto sobre la idoneidad e instrumentalización del principio del interés superior del menor en la valoración de las familias monoparentales en *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia.* Coordinadores: María Isabel Jociles Rubio, Raquel Medina Plana. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

SANTANA PÁEZ, E.: La audiencia de menores en los procesos de familia ¿Qué nos dicen los niños?, en *Derecho De Familia*. Coordinadores: Teresa Echevarría de Rada, Enrique Ortega Burgos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.

NOTAS

[1] «*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º 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.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo

caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

[2] *Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. 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 padres 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 defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, 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 el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

[3] Así pues, en vez de «los padres», debería referirse a progenitores (no pensando en progenie… donde no estarían incluido los adoptivos…)

Los hijos e hijas por descendencia, o menores, según el caso

Eliminar las referencias a vínculos afectivos únicamente heterosexuales, como, «entre un hombre y una mujer», y sustituirse por «entre personas».

Emplear determinantes sin marca de género, como: cada o cualquier o cualquiera en lugar de todos.

[4] https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

[5] 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

[6] 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

[7] *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights*

[8] Los Estados parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

[9] *https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf*

[10] ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA: El principio de corresponsabilidad parental, en *RDUCN* vol.20 no.2 Coquimbo. 2013. *versión On-line* ISSN 0718-9753.

http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002

[11] *Vid*. mi trabajo sobre ¿Se puede renunciar a la patria potestad?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 95, N.º 771, 2019, 347-356, donde se analiza como un progenitor no puede renunciar a la patria potestad sobre sus hijos menores como excusa para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, pues dicha decisión responde al propio interés del padre y no al interés y beneficio del menor. Los deberes que son inherentes a la patria potestad son inexcusables al estar establecidos en favor del menor.

[12] HAEUSSLER, I., Desarrollo emocional del niño, incluído en GRAU MARTÍNEZ, A. y otros (2000), *Psiquiatría y psicología de la infancia y adolescencia*. Madrid: Editorial médica Panamericana, 55 (Versión on line: *https://idoc.pub/documents/desarrollo-emocional-ylyx0zqrmznm*)

[13] CALVO RODRÍGUEZ, D.; CABALLERO PACHECO J.M.ª: Sobre el principio de contrastación científica. Un análisis sobre la pericial de parte en derecho de familia, en *Derecho De Familia*. Coordinadores: Teresa Echevarría de Rada, Enrique Ortega Burgos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022

[14] ATS, Sala Primera de lo Civil de 26 de enero de 2022. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Sección: Primera Número Recurso: 6678/2020. Numroj: ATS 946:2022. Ecli: ES:TS:2022:946.ª

[15] SAP de Cádiz, sección quinta de 9 de diciembre de 2020. Ponente: Ángel Luis SANABRIA PAREJO. Número Sentencia: 1220/2020 Número Recurso: 620/2020. Numroj: SAP CA 2428/2020. Ecli: ES:APCA:2020:2428

[16] SAP de Madrid, sección vigesimosegunda de 24 de septiembre de 2020. Ponente: Jose María PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS. Número Sentencia: 700/2020 Número Recurso: 739/2020. Numroj: SAP M 10038/2020. Ecli: ES:APM:2020:10038.

[17] SAP de Madrid, sección vigesimosegunda de 10 de diciembre de 2019. Ponente: María José ALFARO HOYOS. Número Sentencia: 1048/2019 Número Recurso: 922/2019. Numroj: SAP M 16741:2019. Ecli: ES:APM:2019:16741

[18] SAP de Alicante, sección sexta de 25 de enero de 2017. Ponente: José María RIVES SEVA. Número Sentencia: 27/2017 Número Recurso: 808/2016. Numroj: SAP A 131:2017. Ecli: ES:APA:2017:131

[19] SAP de Orense Sección primera de 26 de octubre de 2016. Ponente: María José GONZÁLEZ MOVILLA. Número Sentencia: 360/2016 Número Recurso: 347/2016. Numroj: SAP OU 634:2016.Ecli: ES:APOU:2016:634

[20] Juzgado de Violencia sobre la Mujer sección tercera de 17 de octubre de 2013. Ponente: Gabriela Paula SAGRADO PESSAGNO. Número Sentencia: 54/2013 Número Recurso: 6/2013

[21] SANTANA PÁEZ, Emelina: La audiencia de menores en los procesos de familia ¿Qué nos dicen los niños?, en *Derecho De Familia*. Coordinadores: Teresa Echevarría de Rada, Enrique Ortega Burgos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2022.

[22] Auto Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil de 16 de febrero de 2022. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número Recurso: 6660/2021. Numroj: ATS 2361:2022. Ecli: ES:TS:2022:2361.ª

[23] SAP de Barcelona, Sala de lo Civil de la Sección duodécima, Sentencia de 7 de junio de 2022. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. Número Sentencia: 370/2022 Número Recurso: 1143/2021. Numroj: SAP B 6439:2022. Ecli: ES:APB:2022:6439

[24] En las STSJC 63/2014, de 2 de octubre, 69/2014, de 30 de octubre y 29/2015, de 4 de marzo, entre otras, hemos puesto en valor las ventajas que se pueden atribuir al régimen de custodia compartida, puesto que no cabe duda que la guarda conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor en tanto evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de dichos menores con su padres y favorece la comunicación de estos entre sí, estimándose que el reparto equilibrado de las cargas derivadas de la relación paterno-filial resulta algo consustancial y natural, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de igualdad de sexos.

[25] SAP de Barcelona, sección decimoctava de 2 de diciembre de 2021. Ponente: Myriam SAMBOLA CABRER. Número Sentencia: 736/2021 Número Recurso: 414/2021. Numroj: SAP B 14999/2021. Ecli: ES:APB:2021:14999

[26] La SAP de Pontevedra, sección primera, de 21 de febrero de 2022. Ponente: Eugenio Francisco MÍGUEZ TABARES. Número Sentencia: 156/2022 Número Recurso: 855/2021. Numroj: SAP PO 551/2022. Ecli: ES:APPO:2022:551.

[27] RIVAS, Ana María; JOCILES, María Isabel; POVEDA David¸ y LORES Fernando: Discurso experto sobre la idoneidad e instrumentalización del principio del interés superior del menor en la valoración de las familias monoparentales en *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia.* Coordinadores: María Isabel Jociles Rubio, Raquel Medina Plana. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

[28] AP de Valencia. Sala de lo Civil, sección 10.ª Sentencia de 14 de marzo de 2005. Número Sentencia: 181/2005 Número Recurso: 84/2005 Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA.

[29] La SAP de Barcelona, Sección decimoctava de 8 de mayo de 2012. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número Sentencia: 305/2012 Número Recurso: 26/2012.

1.2. Derecho de Familia

Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio

Legal regime of the judicial defender after the reform operated by Law 8/2021, of June 2

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

RESUMEN: La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio procede a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que, dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, 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, proporcionalidad y mínima intervención de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Se impone así un cambio de sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien tomará sus propias decisiones y en la adopción de medidas de apoyo cuya función consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho y también de la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza o, como medida formal de apoyo cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o, en fin, como complemento de la capacidad del menor de edad emancipado.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del defensor judicial, atendiendo a la doble regulación que constituye una novedad. Así, por un lado, trataremos el régimen jurídico del defensor judicial del menor de edad no emancipado; y, por otro, el de la persona con discapacidad. También, su actuación respecto al menor de edad emancipado.

ABSTRACT: The reform operated by Law 8/2021, of June 2, procedes to adapt our legal system to the International Convention of The Rights of Persons with Disabilities, made in New York on Decembre 13, 2006, wich provides that Persons with disabilities have legal capacity on equal terms with others in all aspects of life, and obliges States Parties to adopt the pertinent measures to provide persons with disabilities Access to the support to adopt the pertinent measures to provide persons with disabilities Access to the support they made need in the exercise of their juridical capacity. The new regulation is inspired by respect for the dignity of the person, in the protection of their fundamental rigths and in respect for the free will of the person with disabilities, as well as in the principles of necessity, proportionality and minimun intervention of the support measures that, where appropriate, that person may need to exercise their legal capacity on equal term with others.

Thus, a system change is imposed based on respect for the will and preferences of the person who will make their own decisions and on the adoption of support measures whose function will be to assist the person with disabilities in the exercise of their legal capacity, in the areas where it is necessary, respecting their will, wishes and preferences. When specifying the supports, the new regulation gives preferences to voluntary measures, preventive powers and mandates acquire special importance, as well as the possibility of self-healing. Outside of them, it is worth highlighting the reinforcement of the figure of the facto guardian and also of the figure of the judicial defender, especially foreseen for certain types of situations, such as that in which there is a conflict o interest between the figure of support and the person with disability, or that in which there is a circunstancial impossibility for the usual support figure to exercise it or, as a formal support measure when need for support is required occasionally, even if it recurrent; or finally, as a complement to the capacity of the emancipated minor. In the context, the present study will to center on the analysis of the judicial defender, taking into account the double regulation that constitutes a novelty.

Thus, on the one hand, we will deal with the legal regime of the judicial defender of the non-emancipated minor; and, on the other, that of the person with disability. Also, his actions regarding the emancipated minor.

PALABRAS CLAVE: Defensor judicial. Menores de edad no emancipados. Menores de edad emancipados. Persona con discapacidad. Medidas de apoyo. Conflicto de interés. Imposibilidad. Capacidad jurídica. Curador. Guardador de hecho.

KEY WORDS: Judicial defender. Non-emancipated minors. Emancipated minors. Person with disabilities. Support measures. Conflicto of interest. Impossibility. Legal capacity. Curator. Deed keeper.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DEFENSOR JUDICIAL.—III. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—IV. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—V. CAUSAS DE INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—VI. NOMBRAMIENTO Y ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: 1. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. ÁMBITO OBJETIVO: *A) Supuestos concretos de actuación*. *B) Funciones del defensor judicial*. *C) Derechos y obligaciones del defensor judicial de la persona con discapacidad*. *D) Responsabilidad civil del defensor judicial*. —VII. INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.—VIII. EXTINCIÓN Y CESE DEL DEFENSOR NOMBRADO.—IX. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO Y SITUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. —XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la aprobación de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el derecho español —preferentemente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil— se pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, instrumento ratificado por España, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008 y, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Tal reforma viene a recoger el modelo social de discapacidad de la citada Convención y se funda en el reconocimiento y desarrollo de la dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad. Particularmente, tiene por objeto el desarrollo del artículo 12 de la Convención, que persigue la igualdad del reconocimiento como persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad a través de la adopción de las medidas de apoyo para su ejercicio, de un lado y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, del otro. Y, además, dichos apoyos ya no van a poder incluir de ninguna forma, la privación de derechos (art. 269 CC).

Con la reforma aprobada por la citada Ley 8/2021 se supera el hasta ahora sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, el régimen de tutela de la autoridad judicial, aun con las notas de flexibilidad y graduación ya introducido para ajustarlo a la situación de la persona con discapacidad por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009[1], formando un sólido cuerpo doctrinal de aplicación del derecho vigente a la luz de la propia Convención, sobre la base de la necesaria graduación de las medidas de apoyo apropiadas para cada persona —sobresaliendo la curatela— en función de sus variadas características y circunstancias —lo que se ha venido a llamar el «traje e medida»—[2].

El apoyo deberá producirse cuando sea necesario (principio de necesidad) y vendrá determinado por la falta de aptitud o habilidad de la persona para la toma de decisión (la capacidad de decisión), esto es, cuando las alteraciones que padece, tengan incidencia, en mayor o menor medida, en la formación de

una voluntad libre y consciente. Además, las medidas de apoyo habrán de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ajustarse al principio de mínima intervención y, por supuesto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales[3].

Por su parte, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental en la información y formación del consentimiento de la persona con discapacidad para que emita correctamente su declaración de voluntad, pueden establecerse las salvaguardas voluntarias y judiciales (arts. 250 y 251 CC) necesarias para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses. De todas formas, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten salvaguardas que eviten circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada de apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso debe extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyo y sus salvaguardas y, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona ni actuar, ni tomar decisiones por falta de discernimiento, se puede acudir a la criterio de su interés, como nos recuerdan las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021[4].

Ahora bien, se impone un cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones[5]. Por lo que, los apoyos no se establecen en la correspondiente resolución desde una perspectiva paternalista o médico asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino se debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existe (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responde a una voluntad bien conformada y no perjudique a un tercero. La capacidad de la persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga una referencia genérica[6] y se parte de una presunción de capacidad en favor de toda persona[7]. Además, al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; y, en fin, las salvaguardas que introduce la legislación vigente pretenden asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona[8].

Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 del Código Civil, la reforma introduce las medidas voluntarias de autoorganización, medidas judiciales o de heterorregulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho. Asimismo, dispone un orden jerárquico en la determinación y adopción de las medidas de apoyo, estableciendo con preferencia las de carácter voluntario y, supletoriamente, las de origen judicial (curatela y defensor judicial)[9].

Más allá de las medidas voluntarias (arts. 249, 254 y 255 CC) como son la escritura de previsión, la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar por su amplio carácter, como indica la exposición de motivos de la Ley 8/2021, todo

tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Y, en último caso, ciertamente, la representación en la toma de decisiones.

En todo caso, la posibilidad legal de nombrar curador (autocuratela) representa una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso, excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo. Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes: 1. Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues, proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues, pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considerada más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirla o incluso excepcionalmente, representarla, con la confianza, que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249 y 250 CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (art. 274 CC); 3. Es un negocio jurídico *inter vivos*, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso, ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art. 271 CC); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación en los términos del párrafo segundo del artículo 272 del Código Civil; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribe en el Registro Civil (art. 4.10.º de la Ley de Registro Civil); y, 8. Por último, las facultades de la persona interesada no solo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art. 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (art. 271.2 CC)[10].

Ahora bien, en la doctrina científica también se destaca que los poderes y mandatos preventivos son la manifestación más genuina del principio de autonomía de la voluntad por el sujeto de su derecho a regir su persona y bienes para cuando necesite determinados apoyos, en cuanto que la actividad judicial no interviene en su determinación al haberlo hecho ya el interesado, y por eso, en

el sentido de pleno respeto a la voluntad del sujeto que el artículo 258 del Código Civil declara que los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente o previstas por el propio interesado. Los llamados poderes preventivos tanto pueden ser otorgados *ad cautelam* (para el supuesto que en el futuro el otorgante precise de apoyo (art. 257 CC), como en previsión de la continuidad de su vigencia, si en el futuro su otorgante precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC). La declaración de la vigencia de estos poderes, pese a la constitución de otras medidas de apoyo, como puede ser la curatela (art. 258 párrafo 1 CC), constituye un paso más en el respeto y preeminencia de la voluntad del sujeto afectado de discapacidad, pues, paralelamente a esa declaración, la Ley 8/2021 reformó el artículo 1732 del Código Civil, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa; lo que no significa su vigencia perpetua, pues, su extinción viene regulada en el artículo 51 bis, añadido por la Ley 8/2021 a la de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), de acuerdo con el cual podrá promover la extinción del poder si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

Sobre tales bases, las instituciones jurídicas de apoyo previstas legalmente son la guarda de hecho, la curatela, y el defensor judicial (art. 250 CC), al suprimirse para tal finalidad la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Lo cierto es que la nueva regulación sitúa a la guarda de hecho y a la curatela en nivel preferente y subsidiario. La medida de apoyo judicial continuada —aunque limitada a las ocasiones en que se exige por sentencia su asistencia— más común será la curatela. Con ella se logra, al contrario de la sustitución en la capacidad, el complemento en su ejercicio mediante la asistencia (arts. 269 y 282 CC) de la persona necesitada del apoyo, aunque existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (art. 269 CC), generalmente, cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado.

Pero, si bien, la curatela es la principal medida de apoyo estable y continuado, su constitución será subsidiaria de los apoyos voluntarios que, la propia persona haya previsto, de un lado, y de la guarda de hecho que sea suficiente y funcione de manera adecuada, del otro como expresamente indican los artículos 255.5 «*solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*» y, 269 del Código Civil «*la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*»[11].

La guarda de hecho, que por su propia naturaleza es una figura de apoyo informal (art. 249 CC) se desarrolla ya como medio ordinario, preferente y no provisional de apoyo sin necesidad de reconocimiento o investidura judicial —a salvo de los supuestos legales que existan un control judicial previo, como los actos que requieren acreditar la representación y para prestar el consentimiento en los actos que enumera el artículo 287 del Código Civil—, es decir, sin necesidad

que se constituya por una sentencia judicial —que, todo lo más, puede declararla en cuanto que se pruebe su existencia—[12].

Atendiendo a la figura del defensor judicial su nombramiento procede cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, esto es, cuando se precise su nombramiento para un acto de trascendencia patrimonial para el que no es preciso proveer a la curatela y no se quiere atribuir por algún motivo la representación al guardador de hecho[13]. Su extensión resulta determinada en la correspondiente resolución judicial.

En este contexto, el defensor judicial como tal medida de apoyo tendrá por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, debe estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. El defensor judicial como persona que presta apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Asimismo, como inherente a cualquier medida de apoyo, se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (de ahí, la temporalidad y la mínima intervención de la medida). A la vez que, se fomenta la necesaria revisión de todas las medidas de apoyo, con lo que tales planteamientos casan perfectamente con su naturaleza ocasional, aun siendo su actuación recurrente, su temporalidad —pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado—, su carácter subsidiario al entrar en juego cuando no operan adecuadamente otras medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares; su provisionalidad; la variedad de supuestos de actuación —pues, su campo de operatividad no se limita a la resolución del conflicto de intereses, sino que se le dota de un ámbito competencial propio y diferenciado de otras medidas—; su designación o nombramiento será judicial, y en fin, como medida de apoyo formal ocasional y autónoma, su actuación se desvincula de las otras medidas de apoyo[14]. Junto con la guarda de hecho dejan de ser instituciones de protección y guarda «secundarias», para convertirse en auténticas medidas de apoyo con idiosincrasia propia.

Por otra parte, recordemos que, en sede de menores el defensor judicial es un cargo autónomo que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela)[15]; además de una institución formal de apoyo, y con funciones asistenciales, de complemento de la capacidad en el caso de menores de edad emancipado.

Como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (arts. 235 y 295 CC). En consecuencia, será aquella la que determine las concretas funciones que se le asignan o los asuntos en que sea necesaria su intervención, atendiendo a las circunstancias del caso y de la persona con discapacidad; especialmente, si tenemos presente que se nombra un defensor judicial cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. De todas formas, el ámbito funcional de esta medida de apoyo coincide con el que con carácter general se concreta en el artículo 249.3 del Código Civil de naturaleza asistencial de las medidas y solo excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus

creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

De todas formas, el defensor judicial comparte muchas de las características de otras figuras de guarda como la tutela y la curatela en la defensa de los intereses tanto de los menores de edad no emancipados, menores emancipados y personas con discapacidad[16].

Ahora bien, en la Ley 8/2021 el título IX del libro primero pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. En consonancia con ello, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que, no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. También se recoge la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquellas en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o entre el menor y sus representantes legales, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Ciertamente, tanto el defensor judicial como la curatela solo son posibles cuando no existe guardador de hecho[17].

Por otra parte, se ofrece un tratamiento diferenciado entre el defensor judicial del menor de edad no emancipado —artículo 235 y 236— y, el defensor judicial de la persona con discapacidad —artículos 295 a 298—, a diferencia de la regulación anterior que optaba por un tratamiento unitario (arts. 299 a 302 CC). Fuera de esta regulación específica, también en el ámbito normativo del Código Civil se hace referencia al defensor judicial en: el artículo 163.1 en caso de interés opuesto entre los progenitores y sus hijos menores de edad no emancipados, o también respecto a un interés opuesto del hijo menor emancipado cuya capacidad debe completar; el artículo 181 en caso de persona desaparecida de su domicilio podrá el letrado de la Administración de Justicia a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar defensor judicial para que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Si bien, se exceptúan los casos en que aquel estuviese legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183; los artículos 249 a 254 contenidos en el capítulo I del título XI relativo a las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo; el artículo 289 respecto a la partición hecha por el defensor judicial que deberá obtener autorización judicial, salvo que se hubiera hecho otra cosa al hacer el nombramiento; y, reiterando en parte lo previsto en este último precepto, el artículo 1060 apartado 3 en caso de partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hubieran establecido medidas de apoyo, necesitará autorización judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» —se hace referencia a diferencia del anterior artículo tanto a la partición de la herencia del menor como de la persona discapacitada con medidas de apoyo—. En el ámbito de la ley adjetiva, el artículo 8.2 de la LEC respecto de la integración de la capacidad procesal cuando haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asume la representación y defensa de este hasta que se produzca el nombramiento de aquel; y artículo 758.2 de la citada Ley respecto a la personación del demandado, pues, una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no

compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente. Asimismo, en el campo de la jurisdicción voluntaria, los artículos 27 a 32 de la LJV se refieren a la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial, como analizaremos.

En todo caso, la regulación del Código Civil relativa al defensor judicial determina el obligado complemento de la misma con el tratamiento que a tal fin ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia. No obstante, conviene señalar que, la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre supuso una nueva redimensión del cargo de defensor judicial, ampliando los supuestos y ámbito de su intervención, y al mismo tiempo el otorgamiento de una regulación legal de la que carecía. Ciertamente, la actuación originaria del defensor judicial solo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (antiguo artículo 165)[18], que fue objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretando su actuación en la existencia de un interés opuesto de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados (antiguo artículo 163); que, posteriormente, se amplía con la citada reforma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares[19], regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica. Se dirigía la citada regulación a la protección de los menores de edad no emancipados, personas con la capacidad modificada judicialmente (con nombramiento de tutor o curador) y a los pródigos. Con la actual reforma, se ha suprimido la prodigalidad como institución autónoma; de forma que, los supuestos contemplados por ella, encuentran ahora encaje en las normas sobre medidas de apoyo.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del régimen jurídico de la figura del defensor judicial de persona con discapacidad y del menor de edad tras la reforma operada por la Ley 8/2021.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DEFENSOR JUDICIAL.

No se conoce antecedente directo de la figura de defensor judicial; sin embargo, alguna parte de la doctrina señala como posible precedente legal el artículo 159 del Proyecto del Código isabelino de 1851, que establecía que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serían estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que, se les nombraría judicialmente para cada uno de los casos. Se trataba de un representante en juicio nombrado por el juez y cuando existiese «conflicto de intereses»[20]. El propio GARCÍA GOYENA señalaba que el origen del artículo 159 se encontraba en el artículo 365 del Código Civil holandés, haciendo constar la irrelevancia de la denominación que, se adoptase —procurador, curador *ad hoc.*, etc.—, pues, en definitiva «el nombrado haría las veces del protutor en la tutela», y, remitiéndose al artículo 188.1 en que se establecía como obligación del protutor «*1. A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor*»[21].

Por otra parte, no faltan quienes yendo más atrás, hacían referencia a la regulación que sobre la curaduría especial se contenía en los artículos 533 a 540

dentro del capítulo XIII, del título XIII dedicado a la tutela y a la curaduría del proyecto de Código Civil de 1836, en cuyo artículo 533 se establecía que, curador especial es el que se da para uno o varios negocios determinados. Si bien, cuando se trata de pleitos, la persona encargada se llama curador *ad litem*[22]. Como señala COUTO GÁLVEZ el criterio que sigue el proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO[23].

Fuera del ámbito estrictamente legal, en el año 1977 se publicó por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales —SEREM—, un Anteproyecto para la reforma de los preceptos relativos a la tutela redactado por los profesores DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, en cuyo artículo 222 se enumeraba como instituciones tutelares: 1) La patria potestad prorrogada; 2) La tutela; 3) La curatela; 4) El defensor judicial; 5) La guarda de hecho, y, se dedicaba el Capítulo V, artículos 301 a 306, a regular la institución del defensor judicial. Este trabajo sirvió de base para la elaboración de los sucesivos Proyectos de Ley de reforma en materia de tutela, que culminaron finalmente en la citada Ley 13/1983[24].

Sobre tales posibles precedentes, el defensor judicial, en palabras de LETE DEL RÍO, se puede definir como «un cargo mediante el cual la persona que lo ejerce suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor, para la representación y amparo, o asistencia del menor»[25]. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que «el defensor judicial es la persona que, en virtud de resolución judicial, asume temporalmente la representación y amparo de los menores de edad en los casos previstos en la Ley —STS de 17 de enero de 2003—, y con las atribuciones que le hubiera conferido el juez al designarlo —antiguos artículos 299 y 302 del Código Civil—[26]. Con respecto a la nueva regulación define el defensor judicial de la persona con discapacidad como «la persona que, en virtud de la correspondiente resolución, asume la función de prestar apoyo de modo ocasional a la persona que lo precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica»[27]. ORDAS ALONSO lo conceptúa como «la persona que asume temporalmente los intereses de los menores de edad o de los incapacitados (personas con discapacidad), cuando la persona que legalmente puede hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen»[28]. Conforme la nueva regulación, si bien referido al defensor judicial de menores de edad no emancipados ÁLVAREZ ÁLVAREZ lo determina como «un cargo a través del cual una persona de manera provisional y temporal suple a los progenitores o al tutor para la representación y amparo del menor». A lo que añade «le representa y ampara, es decir, comprende tanto la representación como la asistencia, pero entendidas en sentido general y no técnico»[29].

Con anterioridad, se caracteriza básicamente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la relativa continuidad temporal de la tutela y de la curatela; y al propio tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor de edad[30]. Lo cierto es que, como destacaba LETE DEL RÍO el cargo de defensor judicial era *temporal*, *ocasional o esporádico* porque su nombramiento obedecía a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer estas se extingue y cesa la figura —frente a la continuidad de la tutela—; a la par que tenía carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; *provisional* para supuestos concretos y evitar que se quede sin protección el menor de edad no emancipado o la persona con discapacidad; y su designación o nombramiento era *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial[31]. A estos ca-

racteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial, GETE-ALONSO y CALERA añadía la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela[32]; y FLORENSA I TOMÀS la supletoriedad, porque exigía la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifestaba en que el defensor, se nombraba para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es «algún asunto»); o, se nombraba a un nuevo tutor o curador. Una vez solventado el asunto conflictivo, y con ello desaparecida la contradicción de intereses, o cesada la causa que, había motivado el no desempeño adecuado de las funciones; o designada, en su caso, otra persona para ocupar el cargo de tutor o curador, la función del defensor judicial había concluido[33]. De forma que, atendiendo a tales caracteres, no era posible considerar que, el defensor judicial fuese un representante originario y permanente del menor de edad no emancipado, sino que su intervención iba a exigir siempre la existencia de un previo representante o legitimado legal al que sustituir durante un tiempo determinado. Esto no quiere decir que, el cargo de defensor judicial careciese de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria.

Con la actual reforma, el defensor judicial, además de una medida de apoyo formal con funciones asistenciales como regla general (excepcionalmente, representativa), es un cargo principal o autónomo ya que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones al curador o guardador de hecho cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente[34]; también complementa la capacidad el caso de menores de edad emancipados —lo que antes llevaba a cabo el curador—. De forma que, partiendo que se puede designar ahora un defensor judicial tanto para el apoyo de las personas con discapacidad como para la protección de menores son caracteres: la *transitoriedad* —actuación concreta y delimitada en el tiempo—; la *subsidiariedad* y *supletoriedad* —cuando los padres, tutores o no desempeñaban por las razones que fueran sus funciones de guarda y asistencia; o respecto de la persona con discapacidad si existe con la medida de apoyo —curador o guardador de hecho— un conflicto de intereses o, resulta una imposibilidad operativa en el cumplimiento de sus funciones e, incluso, cuando se trata de un apoyo ocasional, aunque recurrente—; y, la *temporalidad* en el nombramiento judicial se mantiene en relación con los menores de edad no emancipados. Sin embargo, tales caracteres resultan matizables en su alcance en relación con las personas con discapacidad cuando se configura como una medida de apoyo formal; lo que, determina su carácter autónomo como tal cargo, aunque la necesidad de apoyo sea puntual y reiterada en el tiempo (art. 295.5 CC)[35]. Ello supone que, una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo de manera habitual y permanente, pero si una asistencia puntual, aunque recurrente en su operatividad. Lo que justifica su carácter estable, transitorio, temporal y no permanente —como lo es la curatela—. Si bien, tal planteamiento conviene precisar que, la subsidiariedad puede también tener lugar en la actuación del defensor judicial como medida de apoyo, cuando, precisamente, suple las funciones otorgadas a la medida de apoyo nombrada en los supuestos de conflicto de intereses, imposibilidad, excusa, remoción; como con respecto a su actuación como medida de apoyo respecto de las medidas de tal naturaleza que, tienen carácter voluntario —apoderamiento preventivo o autocuratela— (art. 249 párrafo primero CC). Asimismo, actúa de forma compatible con las medidas de apoyo nombradas (curatela y guarda de hecho); si bien, su existencia como tal institución de apoyo puede no depender necesariamente de

aquellas. En fin, con relación a los menores de edad emancipados, el defensor judicial cumple con una función de complemento de la capacidad en defecto de sus progenitores o tutor en cuanto necesita el consentimiento de aquel para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 247 CC). Por lo que, opera en sustitución de los progenitores y para aquellos actos claramente fijados legalmente (transitoriedad).

Ahora bien, como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (arts. 235 y 295 CC). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, o a la concreta medida de apoyo, pero nunca por sí mismo al cargo protector, pues, coexistirá con los padres, tutor, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (art. 235 CC)[36] y su función de apoyo será ocasional, manteniéndose en su caso la medida judicial de curatela establecida. Partiendo de esta configuración, será también preferente al nombramiento de curador tal como establece el artículo 269 párrafo primero del Código Civil en cuanto esta medida de apoyo opera «*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*». De todas formas, la titularidad del cargo solo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o del curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como cargo tutelar en el supuesto de menores de edad no emancipados, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 200.1 del Código Civil.

A estos caracteres, la doctrina añade la necesidad que el defensor reúna determinadas condiciones personales tales como: *independencia* que, significa ausencia de influencias posibles por parte de los titulares de la representación legal suspendida en todo o en parte; *honorabilidad*, como ausencia de reproche social en su comportamiento; *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones[37]; y, habrá de responder a los principios de *proporcionalidad, necesidad* y *mínima intervención*, como atender a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad en su configuración como medida de apoyo formal y autónoma[38].

III. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.

Con respecto a este cargo y su nombramiento el artículo 236 del Código Civil señala «el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos», a diferencia del antiguo artículo 299 del citado cuerpo legal que aludía a que el defensor judicial representa y ampara los intereses de una persona, sin hacer referencia directamente al menor como en la regulación actual; ya que la anterior regulación, como hemos indicado, era unitaria —tanto se protegía a los menores como a las personas con discapacidad—. Lo que determina que, se tendrá en cuenta la voluntad, los deseos del menor atendiendo a su personalidad en el ejercicio de sus derechos, sin perder el principio fundamental que preside toda intervención en la que hay menores de edad no emancipados, como es la de tomar en consideración lo que es mejor para su interés (interés superior del menor).

En este contexto, corresponde al juez, el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (art. 235 CC)[39]. De forma que, no puede extralimitarse en las funciones atribuidas por el juez, aunque sustituya en el cargo a los representantes legales.

En este supuesto, actúa como representante del menor; mientras, como veremos, en el caso de defensor judicial de la persona con discapacidad tiene como toda medida de apoyo una función asistencial, aunque excepcionalmente puede llegar a ser representativa[40].

El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender[41]. Así, en caso de conflicto de intereses las atribuciones del defensor judicial se limitan al contenido del «asunto» —acto o contrato específico de que se trate— (art. 235.1 CC habla de «algún asunto»); de forma que, la sustitución de los padres o del tutor por el defensor judicial quedará limitada a ese asunto o asuntos concretos donde haya contraposición de intereses, siendo compatible con tales cargos en los restantes asuntos en los que estos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte del tutor contenido en el artículo 235.2 del Código Civil el defensor sustituye en el cargo a tal representante legal o legitimado para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor, como si de un tutor se tratara, sin que pueda extralimitarse en las funciones asignadas por el juez, y, sin que, asimismo, pueda tener un ámbito de actuación más amplio que el que corresponde precisamente, al representante legal (tutor) al que sustituye temporalmente, alcanzándole, igualmente, las limitaciones inherentes a tales cargos. En consecuencia, cuando el defensor se extralimite en sus funciones o no habiéndose concretado, su actuación excede de lo que representa el contenido atribuible a la legitimación legal suspendida (tutela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 del Código Civil merece el acto realizado en nombre de otro sin autorización, es decir, lo que se ha venido considerando como un supuesto de «ineficacia relativa» e «irrelevancia» del acto o negocio, con la consiguiente posibilidad de ratificación[42].

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá en los términos del artículo 235.1 del Código Civil «representar y amparar» los intereses del menor en los supuestos regulados y anteriormente mencionados[43] y en juicio o fuera de él[44]. En todo caso, la representación y amparo alcanza tanto a los intereses patrimoniales, como a los personales y familiares o morales.

Ahora bien, la naturaleza supletoria y subsidiaria del defensor judicial —pese a ser un cargo tutelar autónomo— le impide tener un contenido funcional propio, como sucede con los demás órganos de protección. Se puede decir que, su función tutelar goza de cierta versatilidad, pues, unas veces intervendrá, sustituyendo completamente al tutor, representando a los menores de edad o emancipados o asistiendo a los menores de edad no emancipados; y otras veces, esa representación o asistencia se concretará en un asunto con el que exista conflicto o contraposición de intereses. Por eso, como dice PUIG FERRIOL «el defensor judicial tendrá las mismas atribuciones que la ley confiere al tutor o curador, a los cuales sustituye provisionalmente, a menos que el juez acuerde otra cosa al hacer cada concreto nombramiento»[45]. De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem*[46]; y, estará sometido a las prohibiciones establecidas en el artículo 226 del Código Civil para el tutor. Asimismo, si este necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor

judicial en cuanto sustituye a tal representante legal en sus funciones. En esta línea, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene un defensor judicial en representación de los menores de edad no emancipados ante un conflicto de intereses existente con los padres o tutor, necesita o no de la aprobación judicial, o está implícita ya esta en el propio contenido de su actuación determinado judicialmente. En este punto, se ha optado mayoritariamente por un tratamiento homogéneo con independencia del cargo protector al que sustituye el defensor judicial; de manera que, este no necesitará de la aprobación judicial de la partición en la que interviene representando a los menores, tanto si en tal acto sustituye a los padres o al tutor; siendo, en consecuencia, aplicable en ambos casos la norma contenida en el artículo 1060 del Código Civil, y ahora el artículo 289 del Código Civil en sede de curatela por la remisión del artículo 224 del Código Civil en la tutela[47].

Una vez concretado por el juez el ámbito de actuación del defensor, esto es, el contenido funcional que legitima su intervención, ante cualquier duda que, pueda surgir relativa a su alcance, sobre todo en los casos del artículo 235.2.º del Código Civil, si el juez no precisara nada en particular. La doctrina se muestra vacilante: así algunos autores optan por una de interpretación restrictiva, considerando que, no se puede actuar más allá del mandato que se le ha conferido, sin que, por tanto, pueda entenderse que, asume siempre las mismas funciones que, la ley asigna al tutor, pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de este, al tratarse de una figura distinta a la tutela y necesariamente provisional[48]; frente a quienes defienden que, el defensor judicial podrá intervenir también en aquellos asuntos, que aparezcan necesariamente enlazados con el que ha determinado su nombramiento, esto es, que la actuación del defensor se puede desplegar en todo el ámbito propio del tutor al que sustituye provisionalmente[49].

Corresponde al juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las «atribuciones» (funciones) del mismo y su extensión y límites[50].

En cuanto al nombramiento del defensor judicial, tanto la designación de la persona como la delación de cargo es atribución exclusiva y excluyente del juez, así lo dispone el artículo 235 del Código Civil. Por tanto, la designación y delación del defensor es siempre dativa; de ahí, su consideración de cargo judicial y su denominación como defensor judicial. El expediente de jurisdicción voluntaria para nombramiento de defensor judicial se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de este (art. 28 de la LJV)[51].

En este contexto, el nombramiento de defensor judicial en sede de relaciones paterno-filiales resulta operativo cuando la oposición de intereses de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados alcanza a ambos progenitores; pues, si tal conflicto u oposición es con uno solo corresponderá al otro, actuar como defensor judicial, en una suerte de atribución *ex lege* y automática de la representación, al no necesitar especial nombramiento para representar al hijo o completar su capacidad[52] —supuesto que acoge, asimismo, a la patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intranscendente que, los padres del menor se encuentran o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad, la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación está determinada respecto de uno de los progenitores, o, estándolo respecto a ambos, uno de ellos ha fallecido, el conflicto de intereses que tengan lugar entre los hijos menores de edad y el único progenitor reconocido o supérstite, exige el nombramiento de defensor judicial

Por otra parte, aunque el artículo 201 del Código Civil posibilita que, los padres puedan ordenar en testamento o documento público cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados —incluso el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela—, entre las que se podría incluir la designación de defensor judicial, —si se dieran las circunstancias para su nombramiento-; lo cierto es que tal designación no vinculará al juez, que simplemente podrá tenerla en cuenta; y, en todo caso, podrá nombrarlo, si lo considera adecuado para el cargo[53].

Efectivamente, el juez solo nombrará como defensor a quien considera más idóneo para el cargo, ya sea un pariente o un extraño, sin que proceda aplicar la preferencia legal contenida en el artículo 213 del Código Civil —tutela legítima—[54], dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 235 confiere al juez para que, decida quién es la persona más adecuada para los intereses del menor de edad[55]; siendo la capacidad exigible para su desempeño, la misma que se exige a los titulares que vaya a sustituir, o la requerida para el acto o negocio sobre el que va a actuar representando o asistiendo al menor (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad de los artículos 216 y 217 del Código Civil (art. 211 del citado cuerpo legal)[56].

En esta línea, cabe preguntarse, si puede el menor emancipado ser nombrado defensor judicial. A favor de la tesis afirmativa se argumenta que: 1.º. El menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos —que incluye la facultad de representación y administración de bienes (art. 154.2.2.º CC)— sin asistencia de ningún tipo (art. 157 CC interpretado a *sensu contrario*); de forma que, no parece que pueda existir inconveniente en que sea defensor, sobre todo teniendo en cuenta que la actuación como tal puede estar limitada a un asunto concreto; 2. El menor emancipado puede ser mandatario (art. 1716 CC), por lo que tiene capacidad para actuar sobre un patrimonio ajeno (facultad de representar o poder para ello); 3. La actuación del menor emancipado como defensor puede ser modulada en atención a su capacidad, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 247); de manera que, habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento, y a las concretas funciones atribuidas por el juez; 4. Además, puede por sí solo comparecer en juicio. De ahí que, se considere que podrá desempeñar las funciones del cargo de defensor en la medida que, sea designado para actos concretos que, pueda realizar por sí solo[57]. Sin embargo, en contra de esta posibilidad se aduce que, la emancipación solo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y, no para regir la persona o bienes de otro[58].

Por otra parte, no parece que pueda existir inconveniente en que, el juez, si lo estima oportuno, pueda nombrar a una misma persona defensor judicial de varios hermanos, especialmente cuando se trate del supuesto comprendido en el artículo 235.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal[59].

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial se realiza siguiendo los trámites previstos en los artículos 27 a 31 de la LJV, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, siendo competente para el conocimiento de este el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquel correspondiente al juzgado de primera instancia que esté

conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (art. 48.1 de la LJV). Este expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de este. En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador.

Durante la tramitación del expediente, esto es, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

En el caso que el menor haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

Respecto a la comparecencia, el letrado de la Administración de Justicia convocará a tal comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera.

El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial en el caso previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 27, esto es, hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio, se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción (art. 30 de la LJV).

Por otra parte, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento y, le serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el letrado de la Administración de Justicia competente.

En todo caso, se podrá nombrar como defensor judicial a una persona física como jurídica —al igual que, sucede con el curador— y a quien el juez considere como la persona más idónea para el cargo, sea o no pariente del menor o de la persona con discapacidad[60].

Ahora bien, el defensor judicial del menor de edad no emancipado ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con sus personalidad y con respeto a sus derechos (art. 236 CC); mientras que el defensor judicial de la persona con discapacidad, como analizaremos, conforme al artículo 295 párrafo segundo del Código Civil habrá de respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella. Frente al interés del menor de edad no emancipado están la voluntad, deseos y preferencias de la personas con discapacidad.

En fin, respecto a los supuestos de complemento de la capacidad procesal, el artículo 7.2 de la LEC establece que, las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley[61]; y añade en caso de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se estará al alcance y contenido de estas. En cuanto a la intervención del defensor judicial en la partición hereditaria el artículo 1060 del Código Civil dispone que: «*Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización*

judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Por tanto, el defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación judicial para realizar esta, salvo que el letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

En cuanto a la partición realizada por el defensor judicial del menor de edad no emancipado o de la persona con discapacidad con medidas de apoyo, necesitará también autorización judicial, salvo que otra cosa se hubiera dispuesto por el letrado de la Administración de Justicia cuando se hizo el nombramiento[62].

IV. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO

El artículo 235 del Código Civil enumera tres supuestos distintos de actuación del defensor judicial, de los que nos vamos a ocupar a continuación: 1) Si en algún asunto existe un conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley precisa otra forma de salvarlo. Coincide con la previsión normativa del artículo 163 del Código Civil: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de que en algún asunto concreto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) Cuando el menor emancipado requiere el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 del Código Civil y, a quienes corresponda prestarlo no pueden hacerlo o existe con ellos un conflicto de intereses[63].

1. Conflicto de intereses entre menores y sus representantes legales: concepto y ámbito de aplicación: el Código Civil en el apartado 1 del artículo 235 ordena nombrar defensor judicial «*cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales*»[64]. Lo que, opera para quienes ejercen la patria potestad en línea con lo previsto en el artículo 163 del Código Civil[65]; y con relación al tutor, así el artículo 226.2.º del citado cuerpo legal prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista un conflicto de intereses; y, asimismo, no podrá ser nombrado tutor a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela, no de forma ocasional, sino prolongada en el tiempo (art. 217.5 CC).

No se define en tal precepto que se entiende por «conflicto de intereses», por lo que corresponde a la doctrina concretar el significado de tal concepto jurídico indeterminado.

No obstante, conviene precisar que, nuestro Código no siempre emplea la expresión «conflicto de intereses», sino que utiliza otras denominaciones equivalentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que «el Código Civil utiliza indistintamente «conflicto de intereses» (art. 162.2.º, 163.2.º, 217.5, 295.2 CC); «oposición de intereses» (art. 220 CC); «interés opuesto» (arts. 163.1 CC); o «incompatibilidad de intereses» (art. 220 CC)»[66] —adaptado a la actual regulación—.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ señala que «existirá intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo»[67]. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL entiende por oposición de intereses «posturas antagónicas en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética; el choque de los intereses personales del padre con los del hijo, de modo que necesariamente en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos»[68]. Para FLORENSA I TOMÀS existirá, pues, «conflicto de intereses» determinante del nombramiento de defensor, «siempre que de la situación originada por intereses por sí mismo incompatibles —no por razón de negociación— haya de resultar el beneficio del titular del cargo protector en detrimento del sujeto protegido, agravando la posición o condición de este; beneficio que no debe entenderse adecuado solo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de «interés», incluyendo el personal o moral»[69]. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003[70] «el conflicto existe cuando en la realización de actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, solo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva, sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo del que ostenta la representación[71], siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado[72]. Asimismo, su alcance debe ser objeto de una interpretación restrictiva; e impone un examen particularizado por parte del juez de cada caso a fin de comprobar la índole y extensión de los actos o contratos, tarea que la resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995[73] considera dificultosa[74]. Los conflictos pueden afectar a intereses de naturaleza patrimonial —en este caso, se dará cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra—[75], y extrapatrimoniales o familiar/personal[76].

Tales conflictos han reunir las siguientes características: a) El *conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico[77]. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismos, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto *ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir,

la simple consideración de que pueda o no producirse; c) Los intereses *han de ser incompatibles*[78]; d) El conflicto ha de ser de cierta importancia o magnitud, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del tutor (antiguos artículos 216, 217 y 223 CC). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares[79]; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores[80]; e) Afecte a un asunto concreto[81]; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo.

Ahora bien, hay que diferenciar conflicto de intereses, de reciprocidad de intereses que se implica que dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, es decir que «su satisfacción es compatible, aunque sea desequilibrada»[82]; y de la «simple concurrencia o coincidencia de intereses», que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados[83]. La simple coincidencia de intereses, como precisa HERNÁNDEZ GIL, «no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor»[84]; si bien, coincide con el conflicto de intereses, en palabras de FLORENSA I TOMÀS en que «ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica al contrario de la reciprocidad de intereses»[85]. La concurrencia de intereses es, a su vez, una situación teórica o idealmente previa, y que, puede desembocar en la situación del conflicto de intereses, pero como manifiesta GONZÁLEZ MARTÍNEZ que «en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación»[86].

Además de la delimitación objetiva del conflicto de intereses en los términos expuestos, para completar la precisión de su alcance, se ha de proceder, asimismo, a concretar el ámbito subjetivo en el que se desarrolla, o lo que es lo mismo, se han de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 235.1 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad no emancipado y los dos padres (representantes legales)[87], pues, en el caso que el conflicto solo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos —como señala el citado precepto *in fine* «salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo»—. Así el artículo 163.2 del citado cuerpo legal «si el conflicto existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad».

No obstante, si uno solo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque solo se haya determinado respecto de él la filiación, o bien porque el otro ha sido privado de ella, y resulta que con él es precisamente con quien el hijo tiene intereses contrapuestos, debe nombrarse defensor judicial dándose el supuesto contenido en el artículo 235.1 del Código Civil y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, en caso de tutela —tutela plural y tutela unipersonal tanto personal como patrimonial—, el defensor judicial va a actuar respecto de la situación de conflicto. Por lo que, los representantes legales del menor —padre y tutor— seguirán operando en el resto de la esfera personal o patrimonial del menor de edad no emancipado. En principio, el defensor judicial será nombrado para amparar los intereses del menor de edad no emancipado en esa concreta situación de conflicto y para ese menor. De tener hermanos también menores de edad no emancipados que tengan el mismo conflicto de intereses con sus representantes legales, el juez podrá nombrar un defensor judicial que actúe

en defensa de los intereses de todos los menores de edad no emancipados, o si considera conveniente un defensor judicial para cada hijo menor no emancipado.

Sobre tales bases, se ha de tener en cuenta que, en este caso, el defensor no es representante legal del menor, sino que actúa, prestándole su asistencia en orden al complemento de su capacidad. Cabe plantearse su aplicación en relación con el *nasciturus* (hijo concebido y no nacido), al respecto se pronunció afirmativamente HERNÁNDEZ GIL con relación al régimen legal derogado[88], y, con tal parecer coinciden otros autores, argumentando al respecto que: 1) En base a los artículos 29 y 627 del Código Civil es posible sostener que el *nasciturus* puede ser representado; 2) El conflicto de intereses entre el representante legal y el concebido tiene las mismas posibilidades de producirse que, si el representado fuera nacido[89].

Por otra parte, el interés opuesto puede tener lugar entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres. Ante el silencio de la norma, como argumento a favor de la posibilidad de nombrar defensor en estos casos, se aduce que no pueden los padres representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro, pues, necesariamente, se beneficiará el interés de uno en perjuicio del otro; por lo que estaríamos ante la hipótesis de oposición de intereses prevista en el artículo 235.1 del Código Civil[90].

En todo caso, el citado artículo 235.1 del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir «entre los menores y sus representantes legales»[91]. Dentro de los representantes legales, obviamente, se incluyen a los progenitores y tutores. Respecto, a los menores ha de entenderse que se incluye en tal concepto, por un lado, a los menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad o tutela (art. 199.2 CC); y por otro a los menores de edad no emancipados «cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deben completar» (art. 163.1 *in fine* CC).

En cuanto a los «asuntos» que puede ser motivo de conflicto en la tutela y patria potestad, serán tanto personales o familiares, como patrimoniales.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 218 del Código Civil y darse la posibilidad prevista en el artículo 235.1 *in fine* del citado cuerpo legal que, la ley prevea otra forma de salvarlo. Si existen cargos distintos respecto de la persona y bienes del tutelado, cuando el conflicto de intereses surja con uno solo de ellos; el otro no podrá representar al tutelado, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial[92]. En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 220 del Código Civil posibilita que sea realizado el acto por el otro tutor, o de ser varios, por lo demás en forma conjunta. Si no ejercen los tutores el cargo de forma mancomunada, sino solidaria, la solución es similar a la anterior, pues, lo ejercerá el otro tutor (art. 219.1 CC)[93]. Asimismo, si la tutela se encomienda a varios tutores se ejercitará conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. No obstante, si no hay acuerdo, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar nuevo tutor (art. 219.2 CC).

En este contexto, habrá *conflicto de intereses* en materia sucesoria, cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (resolución de la DGRN de 12 de octubre de 1895; y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1968); si se trata de la división de la herencia en que padre e hijo sean cohere-

deros o la madre, faltando el padre, tiene derecho a la cuarta marital (resoluciones de la DGRN de 10 de noviembre de 1910; de 31 de enero de 1913; de 21 de junio de 1917; y de 25 de enero de 1928); si la madre representa al menor en herencia en que se le adjudican bienes en usufructo de los que sean nudos propietarios los hijos (resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1896); cuando los padres e hijos son respectivamente herederos y legatarios en una misma sucesión, siendo indiferente que el legado sea de cosa específica, genérica o de cantidad (resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 1915; y de 6 de noviembre de 1934); en la partición de la herencia en la que el padre o la madre y el hijo concurren a la herencia como coherederos (resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987)[94], o para la formación de inventario y la partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad de ella y a sus dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Se entiende que, puede haber una posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegar a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado (resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995)[95]; o cuando el hijo es heredero y el padre o la madre tienen derecho a la liquidación de la sociedad conyugal en cuyo caso, surge el conflicto no en la realización del inventario de los bienes gananciales, sino en el momento de las adjudicaciones, salvo si se adjudican en comunidad romana (resoluciones de la DGRN de 25 de mayo y 5 de octubre de 1906; de 6 de febrero de 1995; y, de 15 de septiembre de 2003)[96]; en el caso de aceptación de herencia, entrega de legados y venta de bienes comunes con el resto de los herederos y, de bienes de los que es propietaria en pleno dominio la persona incapaz[97]; igualmente, se considera que existe un conflicto de intereses entre los hijos y su madre que obliga al nombramiento de un defensor judicial para otorgar escritura de aceptación de la herencia[98]; asimismo, en la división de la cosa común formando lotes entre los interesados (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996)[99]; o, en la partición de la herencia en que el tutor es también heredero (resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017)[100]; también en la partición de la herencia para garantizar la imparcialidad en la defensa de los intereses del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007[101]); asimismo, en relación con alguno de los medios de conmutación del usufructo vidual (art. 839 CC) y hay hijos menores representados por el cónyuge viudo en esta elección, sin que sea posible atribuir para ello bienes en propiedad son el consentimiento expreso de todos los herederos, por lo que, procede el nombramiento defensor judicial en cuanto existe oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores[102]; o cuando se grava o condiciona la legitima con una cautela socini[103], entre otros supuestos. En un ámbito negocial, hay conflicto en la cancelación de una hipoteca entre la madre dueña de la finca hipotecada y los menores dueños de aquella (resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1900); en la constitución de una hipoteca voluntaria (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en el supuesto que, el hijo presta su consentimiento como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, y no tiene intereses directos en la operación (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 18 de noviembre de 1996[104]); cuando ambos progenitores pretenden utilizar el porcentaje de participaciones de las que el menor es titular para formar las mayorías legales y/o estatutarias exigidas para la adopción o rechazo de los acuerdos de la sociedad mercantil (sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de

2001[105]); en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquellos del derecho de adquisición preferente (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 9 de junio de 2000)[106]; para evitar poner en peligro el patrimonio del menor, si se permite al progenitor paterno administrarlo[107]; y, en supuesto de autocontratación[108]. Finalmente, en materia familiar (extrapatrimonial) habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales[109], y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad)[110], entre otros.

Por otra parte, *no hay conflicto de intereses*, cuando se efectúa la partición por amigables componedores con autorización judicial (resoluciones de la DGRN de 10 de septiembre de 1902; y, de 22 de noviembre de 1911); cuando el padre o la padre renuncia a sus derechos sucesorios o sobre bienes gananciales (resoluciones de la DGRN de 9 de octubre de 1901; de 26 de noviembre de 1906; y de 23 de noviembre de 1910)[111], siempre que la renuncia sea anterior al acto en que se representa al hijo (resolución de la DGRN de 26 de febrero de 1906); en la manifestación de la herencia cuando la madre en nombre propio y como legítima representante de sus hijas menores en ejercicio de la patria potestad respecto de la herencia del esposo y padre respectivamente[112]; en la adjudicación *pro indiviso* de dos fincas hereditarias al ser una operación sin trascendencia económica, y desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia[113]; en la reclamación de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son quienes han de recibirlas, estas al ser determinadas por los Tribunales en cantidad fija quedan los padres privados de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio[114]; cuando los intereses sean paralelos, como si los padres e hijos son coherederos que reclamen derechos comunes (resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1909; y, de 27 de enero de 1987)[115]; cuando piden un crédito común (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1903); o hipotecan posiciones indivisas de una misma finca (resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en convenio de resolución de compraventa celebrada por el padre como comprador antes de su fallecimiento. Actuación de la viuda en representación de sus hijos. El interés de estos y de la propia herencia fue el que determinó la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio elevado. Se entiende válido lo convenido[116]; en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes[117]; o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son parte (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912). En el ámbito extrapatrimonial, no se aprecia conflicto de intereses por el posterior nombramiento judicial como tutor al instituto que intervino como defensor judicial[118]; ni en la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia en cuanto la atribución preferente por la viuda del causante de la vivienda habitual, no hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo[119]; ni en el caso del curador que carece de interés en la herencia[120].

Ahora bien, la existencia de conflicto de intereses de los padres o, en su caso, del tutor no solo determina el nombramiento de un defensor judicial, sino también en el ámbito de la tutela la inhabilidad para ser tutor al disponer el ar-

tículo 217.5.º del Código Civil que la autoridad judicial no podrá nombrar tutor: 5. A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

2. No desempeño de las funciones tutelares por el tutor: En este caso, no se nombra el defensor por incompatibilidad de intereses, sino por falta de ejercicio de la función de guarda por el tutor en un determinado momento por cualquier causa (art. 235.2.º CC). Se plantea en dos supuestos diferentes: 1) Los de imposibilidad de hecho, temporal, en los que se nombra defensor judicial hasta que la causa transitoria que ocasiona la desatención desaparezca (dice el Código Civil «hasta que cese la causa»); y, 2) Los casos de imposibilidad duradera o definitiva, en los que procede el nombramiento de defensor judicial hasta que otra persona ocupe el cargo, esto es, hasta el nombramiento de un nuevo tutor, bien sea por causa de excusa (arts. 223 y 279 CC), por remoción del cargo al incurrir en alguna de las causas de inhabilidad establecidas en la Ley (arts. 216 y 217), o de cualquier otra que determine, igualmente, tal remoción (arts. 223 y 278 CC)[121], o bien por muerte, desaparición, declaración de ausencia, o se trate de un tutor que necesite apoyos representativos (curador), o por abandono del cargo por parte de los mismos. En ambos casos, el nombramiento del defensor judicial no exime al tutor de su eventual responsabilidad por abandono, dejación o irregularidad en sus funciones[122].

Por otra parte, no existe una posición definida en la doctrina acerca de, si se puede aplicar analógicamente el artículo 235.2 del Código Civil ante el incumplimiento de los deberes por los titulares de la patria potestad, de forma que, se nombre un defensor judicial, que represente y ampare al menor no emancipado hasta que cese la causa determinante de aquel, o se someta a tutela (art. 199.2 CC). En todo caso, habrá de tener lugar dicho incumplimiento por parte de ambos padres, pues, si fuese imputable a uno de ellos, corresponde al otro la representación legal de los menores. De todas maneras, la posible falta de protección y representación ante el no ejercicio por parte de los titulares de la patria potestad de sus funciones determina la intervención de la autoridad judicial (art. 158.6 del Código Civil —que puede «entre las disposiciones que considere oportunas a fin de apartarle al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», estar el nombramiento de defensor judicial como medida cautelar—); o, si fuera necesario, la asunción de la tutela automática por la Administración (art. 172 CC)[123]. Ciertamente, la falta del ejercicio de las funciones de guarda por los padres o tutores pueden ser temporales o duraderas o definitivas. De ser temporales procede el nombramiento de un defensor judicial; de ser duraderas se exige en caso de que sean los padres los que no cumplan con los deberes de guarda y protección inherente a su cargo, se nombre un tutor; y si es el tutor nombrado el que no actúa adecuadamente, lo procedente es su cese y el nombramiento de nuevo tutor —salvo en el supuesto de tutela plural—[124].

En todo caso, atendiendo a la remisión del artículo 236 del Código Civil a la normativa del defensor judicial de la persona con discapacidad y del artículo 297 del citado cuerpo legal a su vez, a las causas de inhabilidad, excusa y remoción de la curatela: por un lado, el artículo 278 del Código Civil prevé que durante la tramitación del expediente de remoción, la autoridad judicial podrá suspender al curador (tutor) en sus funciones y de considerarlo necesario, acordar el nombramiento de un defensor judicial; y por otro, el artículo 279 del Código Civil mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador,

quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

Ahora bien, tanto en este supuesto de imposibilidad del tutor para ejercer sus funciones como en el supuesto que los padres tengan un interés opuesto a su hijo menor de edad no emancipado, el defensor judicial que se nombre tendrá funciones representativas[125].

3. Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad. La emancipación tiene lugar: 1. Por la mayor edad; 2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 3. Por concesión judicial (art. 239 CC); y habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Por lo que puede actuar en su esfera personal sin necesidad de asistencia (*vgr.*, para contraer matrimonio (art. 46.1 del Código Civil *a sensu contrario*; para solicitar la nulidad, separación o divorcio del matrimonio previamente contraído o para el reconocimiento de hijos, son necesidad de audiencia del Ministerio Fiscal y aprobación judicial (art. 121.1 del Código Civil; para ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos (art. 157 del Código Civil; para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), para ejercitar acciones de filiación o realice actos conducentes a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española y la vecindad civil). Asimismo, en la esfera patrimonial puede contratar por sí mismo [por ejemplo, ser depositario (art. 1716 CC)], realizar actos de administración ordinaria o de disposición, salvo que se trate de los actos previstos en el artículo 247 del Código Civil. Así no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. En caso de conflicto de intereses con uno de los progenitores, el artículo 163.2 del Código Civil establece al respecto que corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

En consecuencia, podrá el menor emancipado actuar como prestamista, y respecto a la enajenación se incluyen cualquier tipo de transmisión *inter vivos* —a título oneroso o gratuito—, pero no a las transmisiones *mortis causa*, ni a los actos de administración de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

En todo caso, el menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio, esto es, tiene capacidad procesal y puede instar las acciones que competen a su defensa (art. 247.2 del Código Civil y artículo 7.1 de la LEC).

Ahora bien, como dispone el citado artículo 247 del Código Civil lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

En este contexto, el menor emancipado no puede ser adoptado, salvo la excepción prevista en el artículo 175.2 del Código Civil que será posible la adopción, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año. Tampoco podrá ser representante o defensor nato de su cónyuge desaparecido (art. 181.2 CC), ni designado representante de su cónyuge ausente (art. 184 CC).

Ahora bien, eliminada por la LJV la posibilidad de emancipación por razón del matrimonio, el menor casado deberá emanciparse previamente. No obstante, el artículo 248 del Código Civil establece una regla relativa a su capacidad. Si bien, exige la concurrencia de tres requisitos: 1. Que el emancipado haya contraído matrimonio; 2. Que vaya a enajenar o gravar bienes inmuebles, esta-

blecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor; 3. Que dichos bienes sean de titularidad común.

Para tales actuaciones el citado artículo 248 del Código Civil dispone que, si es mayor el otro cónyuge basta el consentimiento de los dos; pero si también es menor, necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro. Por lo que, si uno de los cónyuges es menor, para la disposición o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. De ser estos, menores de edad para la disposición o gravamen de los bienes comunes mencionados se requiere el consentimiento de cada uno de los cónyuges y del de sus respectivos progenitores o, a falta de estos, del defensor judicial. No resulta suficiente que concurran los progenitores de uno de los cónyuges, pues, han de consentir los de ambos.

A diferencia del artículo 247 del Código Civil no se incluyen en el mencionado artículo 248 del mismo cuerpo legal la referencia a los establecimientos industriales y tomar dinero a préstamo. La doctrina entiende que, la falta de la primera referencia es una omisión voluntaria del legislador; mientras que, la segunda responde a la intención de este de someter este contrato al régimen general del artículo 247 del Código Civil[126].

Sobre tales bases, el defensor judicial del menor emancipado no le representa —a diferencia del menor de edad no emancipado— sino que le asiste en el ejercicio de sus derechos, complementa su actuación, cuando esta actuación no la realizan sus padres; siendo los supuestos concretos de actuación los citados en este apartado que se contienen en el artículo 247 del Código Civil —tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales u objetos de extraordinario valor—[127].

Finalmente, como señalamos en líneas precedentes, el artículo 236 del Código Civil dispone que, el defensor judicial del menor deberá ejercer su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos; asimismo, es posible que se nombre tutor al que ha sido defensor judicial[128]; y, aunque no se dice expresamente, que se nombre defensor judicial mientras se tramita el procedimiento de remoción del tutor, si el juez lo estima conveniente (art. 278 CC), o en los supuestos de excusa del cargo de tutor, pues, aunque el tutor debe seguir ejerciendo su función mientras se resuelve la excusa, si este no lo hace, se nombrará defensor judicial (art. 279 párrafo cuarto CC).

En todo caso, las resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 2017[129] y de 15 de octubre de 2019[130] señala procedente el nombramiento de un defensor judicial en relación con la herencia yacente, si bien limitado a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento, considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

V. CAUSAS DE INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.

Por la remisión del artículo 236 del Código Civil le son aplicables al defensor judicial del menor, las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (arts. 295 a 298 CC). En concreto, le son aplicables las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador (art. 297 CC)[131].

Con todo, esta transposición en bloque de tales normas en sede de curatela, exige una adaptación al cargo del defensor judicial, pues: 1. En cuanto a la causa de inhabilidad del artículo 275.2.3.º del Código Civil debe entenderse que no solo se refiere a haber sido removidos de una tutela anterior, sino también de una anterior curatela y de otro cargo de defensor judicial; 2.º. La causa de inhabilidad contemplada en el artículo 275.3.1.º (haber sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela), implica de por sí un impedimento para el desempeño de las funciones del cargo de defensor judicial; 3.º. El artículo 275.3.3.º y 4.º determina que, la persona que actúe como administrador concursal y haya sido sustituido en sus facultades durante el procedimiento concursal o le sea imputable la declaración como culpable de un concurso solo puede ser nombrada para actuar en la esfera personal y no patrimonial atendiendo a lo dispuesto en el artículo 235.2; y, 5.º. Al ser la designación del defensor siempre judicial, parece que la previsión del artículo 201 del Código Civil respecto al nombramiento de los padres en testamento o documento público notarial de tutor no vincularían al juez la designación de defensor judicial; a no ser que se haya previsto una sustitución de la persona del tutor en caso de conflicto de intereses o de no desempeño adecuado de su función de tutor que, el juez ha de tener en cuenta en interés del menor de edad no emancipado de acuerdo con sus personalidad y con respeto a sus derechos[132].

Una vez concluida su gestión, deberá rendir cuentas de la misma al juez (art. 298 apartado segundo del CC por la remisión del citado artículo 236)[133]. A esta rendición de cuentas le son aplicables, en principio, las reglas que se contienen en los artículos 292 a 293 del Código Civil respecto de la curatela, con excepción de aquellas que se refieren a los plazos, dado que estamos ante un cargo temporal, con un mandato específico para un asunto o acto concreto o determinado[134]. Al no establecerse nada sobre la obligación o no, de hacer inventario y/o prestar fianza en el Código Civil, corresponderá, en todo caso, al juez determinar si el defensor judicial debe o no cumplir con tal obligación, aplicando por analogía las reglas de la curatela[135]. Asimismo, si lo considera oportuno, podrá fijar una retribución para el defensor judicial[136]. Todo ello, sin perjuicio, del derecho que tiene al resarcimiento a cargo de los bienes del defendido por los daños que sufra sin su culpa en el ejercicio de su cargo de los que no pueda obtener resarcimiento por otro medio (art. 230 CC en sede de tutela)[137].

VI. NOMBRAMIENTO Y ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

El artículo 1 párrafo 2 de la Convención de Nueva York identifica de forma amplia a las personas con discapacidad como aquellas que tengas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, nuestro Código Civil no define lo que se entiende por persona con discapacidad. No obstante, la disposición adicional cuarta de este cuerpo legal indica «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 el artículo 249 apartado 2 del mismo establece que «las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma

de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro». Por lo que, podrán intervenir eficazmente en el tráfico jurídico en el proceso de toma de decisiones. En consecuencia, como señala acertadamente MARTÍN AZCANO podemos inferir que persona con discapacidad «es aquella cuya discapacidad puede afectar a la habilidad o aptitud para adoptar decisiones autónomas y, por ende, para realizar actos jurídicos válidos»[138]. Por su parte, PALACIOS GONZÁLEZ indica que «la Convención se dirige a todas las personas con discapacidad —física, psíquica o sensorial—, pero las mayores dificultades para establecer un sistema de apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica se presenta en relación con la discapacidad psíquica, a la que desde su punto de vista viene referido el grueso de la reforma»; a lo que precisa que «habrá situaciones de personas con una discapacidad intelectual —ej., déficit cognitivo, demencia, etc.— y las que tienen una discapacidad psicosocial con problemas de salud mental —ej., esquizofrenia, bipolaridad—»[139].

1. Nombramiento de defensor judicial de la persona con discapacidad

El artículo 295 del Código Civil enumera los supuestos de nombramiento de un defensor judicial respondiendo algunos a: su carácter de medida de apoyo ocasional o coyuntural (conflicto de intereses o en tanto se promueven el procedimiento de provisión de apoyos y la autoridad judicial o considera pertinente, o se resuelva sobre la excusa o remoción del cargo de tutor); como medida transitoria más o menos prolongada en el tiempo (ante la imposibilidad o el defectuoso cumplimiento de las funciones por los titulares de medidas de apoyo —guardador de hecho, curador—), o en fin, como medida de apoyo autónoma que, entra en juego de forma ocasional —eventual—, y, aun siendo recurrente en su actuación (reiterativo, periódico y en su caso, cíclico). Por lo que, opera de forma independiente de las demás medidas de apoyo en cuanto ejerce funciones de asistencia, y excepcionalmente, representativas.

Ahora bien, el último apartado del citado artículo 295 del Código Civil dispone que, una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

El procedimiento para el nombramiento del defensor judicial se regula en los artículos 27 a 30 de la LJV. Será competente para el conocimiento de este expediente el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquel correspondiente al juzgado de primera instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial. Se iniciará el expediente de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de este. En su tramitación no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador.

En todo caso, se instará la habilitación cuando el menor no emancipado o la persona con discapacidad, siendo demandado o siguiéndosele gran perjuicio de no promover la demanda, se encuentre en alguno de los casos siguientes: a) Hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo

su regreso; b) Negarse ambos progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo a representar o asistir en juicio al menor o persona con discapacidad; c) Hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio. No obstante, se nombrará defensor judicial al menor o persona con discapacidad, sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, o cuando se hallare legitimado para ello cuando se inste por el Ministerio Fiscal un procedimiento para la adopción de medidas de apoyo respecto de la persona con discapacidad. No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con discapacidad (art. 47 de la LJV).

Ahora bien, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate. En el supuesto que el menor o persona con discapacidad haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

El letrado de la Administración de Justicia convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieren suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal. En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera. El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial se remitirá al Registro Civil (art. 30 de la LJV)[140].

Sobre tales bases, procede señalar la importancia que, tiene que el juez oiga a la persona con discapacidad antes de proceder al nombramiento del defensor judicial con la finalidad de que sea la persona más idónea para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que representan el eje central sobre el que se sustenta la regulación y las diferentes modalidades de apoyo. De forma que, se nombrará a quien además de respetar e interpretar mejor su voluntad, deseos, y preferencias; tome la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir su intervención. Al tratarse de una medida de apoyo judicial corresponde a la autoridad judicial decidir quién es a persona idónea para ser nombrado defensor al concurrir en él las circunstancias descritas. Por lo que, respecto al nombramiento, el artículo 30 de la LJV interpretando de forma conjunta con el artículo 295 del Código Civil —conocimiento del expediente y nombramiento a quien estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera (letrado de la Administración de Justicia) y nombramiento (autoridad judicial)—, pues, se parte de una medida de apoyo formal. Desde tal planteamiento no casa bien la redacción de ambos preceptos, pues, mientras la LJV habla de nombramiento por el letrado de la Administración judicial, el artículo 295 del Código Civil es la autoridad judicial la que debe nombrar al defensor judicial que considere más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se debería haber procedido a concordar ambos cuerpos normativos con el objeto de determinar a quién corresponde nombrar defensor judicial. Si atendemos a la LJV esa competencia corresponde al letrado

de la Administración de Justicia; para el Código Civil es al igual que la curatela una medida formal de apoyo de carácter judicial. Parece que la ley especial prevalece sobre la ley general; por lo que, el nombramiento sería por el letrado de la Administración de Justicia quien, determinará sus funciones y ante el que se ha de rendir cuentas una vez que el defensor judicial cese en sus funciones[141].

En todo caso, no parece que pueda ser nombrado aquel que en el trámite de audiencia haya rechazado la persona con discapacidad, o, como sucede con el artículo 275.2 número 1 del Código Civil que, no podrán ser nombrados curadores a quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo en un documento de autocuratela, o a través de acuerdos o instrucciones de apoyo previstas en el artículo 255 del citado cuerpo legal.

En este contexto, además no podrán ser nombrados defensores judiciales al no poder ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo (art. 250 *in fine* CC).

Asimismo, no procederá el nombramiento de defensor judicial en caso que las medidas de apoyo se hayan encomendado a más de una persona (medidas de apoyo plurales), salvo que, ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento (art. 296 CC).

Ello acontece cuando hay más de un curador y, por ejemplo, la imposibilidad de actuar o el conflicto de intereses existe respecto de uno de ellos.

Ahora bien, como bien sabemos, se podrá nombrar un curador solo para la persona y otro curador solo para el patrimonio; o una pluralidad de ellos en cada ámbito o para ambos, si la voluntad y necesidades de la persona que precisa apoyo lo justifica (art. 277 CC). Por su parte, el artículo 283 en su apartado primero del Código Civil dispone que, «cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias»; a lo que añade que, «si fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses». Por lo que, el nombramiento de defensor judicial no procede cuando además de una pluralidad de curadores, estos tienen atribuidas funciones homogéneas.

Si bien, como hemos indicado, se pueden separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes (art. 277 CC) no existe en esencia una pluralidad de curadores; por lo que no resulta aplicable el artículo 296 del Código Civil, salvo que exista más de un curador personal y más de un curador patrimonial y, ninguno pueda actuar o, la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.

Por tanto, se procederá al nombramiento de defensor judicial cuando ninguna de las personas nombradas para prestar apoyo, puedan actuar en un determinado momento y hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona (art. 295.1 CC). O aun existiendo una medida de apoyo plural es posible que, se nombre un defensor judicial porque la autoridad judicial lo considera conveniente, debiendo motivar para ello el nombramiento (art. 296 *in fine* CC).

En esencia, en caso de pluralidad de personas nombradas en una concreta medida de apoyo, el nombramiento del defensor judicial opera de forma subsidiaria, esto es, cuando la propia autoridad judicial entiende que resulta procedente su nombramiento, pese a la existencia de apoyos plurales.

En todo caso, también procede el nombramiento de defensor judicial por el juez y no por el letrado de la Administración de Justicia: por un lado, durante la tramitación del expediente de remoción disponiendo al respecto el artículo 278 apartado 3 del Código Civil «la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial»; y, por otro, respecto de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de bienes del menor o de la persona con discapacidad «si el juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor o del apoyo a la persona con discapacidad, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial» (art. 88 de la LJV)[142].

Por otra parte, en su consideración de medida de apoyo autónoma, procede señalar que, en el expediente de provisión de apoyos, el artículo 42 bis b) 3 de la LJV referido al procedimiento establece que si, en la comparecencia se procediese a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, se la informará acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo como puede ser el defensor judicial, se pondrá fin al expediente.

Respecto del expediente de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad, el artículo 42 bis a) 1 de la LJV señala que «cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad, se seguirán los trámites previstos en el capítulo III Bis». En este caso, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador (apartado 4).

En todo caso, en cuanto a su nombramiento, el defensor judicial está sometido a las prohibiciones del artículo 251.1 y 3 del Código Civil por lo que, no podrá recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor, ni adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Por otra parte, se puede nombrar como defensor judicial a quien considere más idóneo para asumir el cargo; después de oír a la persona con discapacidad y, asimismo, sobre la base de la previsión general contenida en el artículo 255 del Código Civil podrá prever o acordar en escritura pública como medida de apoyo un defensor judicial. Este podrá ser persona física —mayor de edad— y también persona jurídica sin ánimo de lucro de carácter público o privado —fundaciones, asociaciones—[143]. También, como planteamos en relación con el defensor judicial de menores de edad no emancipados, la posibilidad de que sea nombrado como defensor judicial de la persona con discapacidad un menor emancipado, siempre que se trate de asuntos en los que no necesite completar su capacidad con la asistencia de sus progenitores o de su defensor judicial (art. 247 CC)[144].

Corresponde al letrado de la Administración de Justicia fijar la concreta actuación del defensor judicial, siendo estas diversas, atendiendo al caso concreto y la coexistencia con la medida de apoyo nombrada —intervención del defensor judicial sustitutiva—. No obstante, en ocasiones, entre otras facultades le corresponde la que tenga la medida de apoyo al que sustituye, reemplazando a la medida de apoyo suspendida en el ejercicio de sus funciones —*vgr.* las de la curador y las de la guardador de hecho—[145].

En fin, cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función (art. 253 CC). La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas. En este caso, se parte de la existencia de falta de apoyos, pues, no hay ni curador ni guardador de hecho y la persona con discapacidad necesita de modo urgente una medida de apoyo. Por lo que, en lugar de proceder al nombramiento de un defensor judicial, se encomienda a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de las personas con discapacidad asumir el apoyo provisionalmente.

2. Actuación del defensor judicial de la persona con discapacidad. Ámbito objetivo

A) Supuestos concretos de actuación

El artículo 295 del Código Civil se refiere a los supuestos de actuación siguientes: 1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo; 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial; 5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

1. *Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona*: en este caso el defensor judicial reemplaza en el ejercicio de la función de apoyo al titular nombrado como curador o al guardador de hecho que, por cualquier causa no puede prestar el apoyo necesario. Coincide con la redacción del antiguo artículo 299.2 del Código Civil, si bien, referido este al tutor que no podría desempeñar sus funciones por cualquier causa hasta que cesase la causa determinante de ello, o se designase otra persona para ocupar el cargo[146].

Su actuación, por tanto, opera con un doble alcance: cuando existe una imposibilidad temporal y ocasional en el ejercicio de las funciones por parte del titular de la medida de apoyo actual y existente, en tanto se resuelve; o, cuando tal imposibilidad se convierte en duradera o definitiva, que impide el adecuado desarrollo y actuación de la medida de apoyo, operará el defensor judicial hasta que se nombre otra persona que ocupe el cargo, *vgr.,* del curador[147].

Precisamente, en sede de curatela y guarda de hecho, se hace referencia a este nombramiento de defensor judicial en este concreto campo de actuación. Así, el artículo 283.2 del Código Civil dispone que cuando el curador esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, como dispone el citado precepto se nombrará defensor para un caso concreto. No obstante, cabe incluir también en este supuesto de imposibilidad transitoria, cuando esta tenga lugar respecto de toda la esfera de actuación del curador[148].

En este contexto, precisa, en su apartado 3 que, si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

Por su parte, el artículo 264.4 del Código Civil para el guardador de hecho establece que, la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. Recordemos que la guarda de hecho es una medida de apoyo informal y puede darse supuestos en que el guardador de hecho no pueda actuar, por no estar habilitado para ello. En estos casos, la autoridad judicial podrá designar un defensor judicial para que supla esa carencia funcional de actuación del guardador de hecho. De forma que, ambas medidas de apoyo se complementan y suplen, y con ello se evita, asimismo, el nombramiento de curador para realizar una concreta actuación necesaria para la persona con discapacidad. No obstante, en este contexto, también es posible el nombramiento de un defensor judicial cuando haya una imposibilidad transitoria en la actuación del guardador de hecho. Todo ello, sin perjuicio, de si la imposibilidad de actuación del guardador de hecho es definitiva, o no se cumple adecuadamente con las funciones inherentes a esta medida de apoyo informal, se proceda a activar el nombramiento de un curador, si las circunstancias del caso y la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad así lo exigen.

A tal supuesto concreto de actuación, podemos añadir que la persona que presta apoyos no ejerza adecuadamente sus funciones o exista un desacuerdo a la hora de operar en la esfera personal o patrimonial entre la persona con discapacidad y la persona que ejerce el apoyo.

Asimismo, el artículo 278 apartado 3 del Código Civil prevé el nombramiento de defensor judicial durante la tramitación del procedimiento de remoción del curador cuando la autoridad judicial decida suspenderle de sus funciones y de considerarlo necesario. El nombramiento del defensor judicial tendrá lugar durante la tramitación del citado procedimiento y hasta que se nombre un nuevo curador.

En todo caso, el nombramiento de un defensor judicial no exime al curador de responder de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo (art. 294.1 CC).

Este número 1 del artículo 295 se refiere «a quien haya de prestar apoyo», por lo que, además del curador y el guardador de hecho referidos en líneas precedentes, se puede incluir a aquellos nombrados voluntariamente por la persona con discapacidad, esto es, de las medidas voluntarias de

apoyo —apoderamiento preventivo, autocuratela, escritura de previsión de apoyos—[149].

2. Conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que presta apoyo: Cuando analizamos los supuestos de actuación del defensor judicial de menores de edad, destacamos que, tales conflictos han reunir las siguientes características: a) El *conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico[150]. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismos, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto *ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse[151]; c) Los intereses *han de ser incompatibles (opuestos o contrapuestos)*[152]; d) El conflicto ha de ser *de cierta importancia o magnitud*, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del curador (art. 278 CC). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares[153]; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores[154]; e) Para un supuesto concreto de actuación; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo. Además, puede afectar a intereses patrimoniales y extrapatrimoniales, remitiendo a lo manifestado en dicho análisis para evitar reiteraciones[155]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2012[156] tiene lugar el fallecimiento de un matrimonio con cinco hijos, dándose la circunstancia que ambos cónyuges fallecen con apenas meses de diferencia, legando a su hijo, cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, una finca. Se considera que el hijo con discapacidad es tan heredero legitimario como sus hermanos y participa en la herencia representado por el tutor, que al ser un hermano, no se descarta la existencia de un conflicto de intereses. En el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2022[157] se plantea un conflicto de intereses en materia de partición de la herencia. Y, en la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP) de 19 de julio de 2022[158] en un supuesto de compraventa manifiesta que «De este modo, el objeto del recurso ha de ceñirse a las objeciones expresadas en dicha calificación registral, según la cual «(…) existe un evidente conflicto de intereses, conflicto prohibido expresamente en el caso especial en que nos encontramos por el artículo 251.2 del Código Civil y así el artículo 275.3 establece que la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo, por lo que en el presente caso, el tutor necesitará la autorización judicial prevista en el artículo 287 del Código Civil (…)». Por lo que, concluye en dicha nota que «el acuerdo del Consejo de Administración de 21 de febrero de 2022, no viene a solucionar el problema existente de conflicto de intereses, al intervenir la entidad vendedora y transmitente representada por sus apoderados mancomunados D. I y D. J.L.C.D., en virtud de poder con facultades suficientes y además este último D. J.L.C.D., interviniendo también como tutor de la compradora Dª. M.L.C.D., conflicto prohibido expresamente en

el caso especial en que nos encontramos, por el artículo 251.1 del Código Civil, como se indicó en mi calificación de fecha de 16 de febrero de 2022, recogida con el apartado de hechos, en la que me reitero totalmente y por los mismos fundamentos de derecho que en ella se indican, sin que dicha nota pusiera en entredicho lo actuado por la sociedad vendedora, sino única y exclusivamente la actuación del tutor, necesitada de autorización judicial que sigue sin acreditarse». Centrado el conflicto de interés, se confirma la nota de calificación, pues debe guardarse especial cuidado con relación a los representantes legales de los discapacitados (como el caso de la curatela representativa que nos ocupa) y debe aplicarse plenamente lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil. Por su parte, el artículo 295.2 del Código Civil establece que «se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad (…) 2.º. Cuando existe conflicto de interés entre la persona con discapacidad y la que haya de presentarle apoyos». En este contexto, la Dirección General precisa que «no se proscribe en la Ley la autocontratación, sino la mera existencia de conflicto de interés, aunque no haya autocontrato. Ciertamente, se produciría una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona, con su sola voluntad, pueda vincular a dos o más patrimonios o centro de intereses diversos que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión; de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro. Pero en el caso concreto de este expediente la situación de autocontrato puede entenderse salvada por la intervención de otro apoderado mancomunado en la conformación de la voluntad de la sociedad vendedora y la ratificación expresa por parte del Consejo de Administración de la sociedad vendedora. Por el contrario, lo que no salva es la apreciación de la existencia de conflicto de intereses, que es una situación subjetiva, que existe siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de otra. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el que una determinada persona —curador— no solo es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora, sino al mismo tiempo representante legal (curatela representativa) del comprador con discapacidad, de manera que, económicamente lo que le favorece como vendedor (como es la fijación de un precio cuanto más alto mejor, le perjudica al comprador discapacitado por él representado. Debe destacarse que para salvar ese conflicto de interés, ni siquiera existe justificación alguna de la conveniencia de la compra de las plazas de garaje por parte de la persona con discapacidad. Necesariamente el beneficio como representante de la sociedad vendedora deriva del perjuicio o menoscabo de la posición de discapaz, por la propia estructura del contrato, como ocurre en todos los contratos onerosos con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas». Por lo que concluye que «hay conflicto de interés en el curador, cuya voluntad como apoderado mancomunado de la sociedad vendedora es decisiva para la formalización del negocio jurídico que, sin ella no se hubiera producido y cuyo interés está —como representante de la sociedad vendedora— en contraposición a los del discapaz comprador por él representado. Y el hecho que el mismo tutor —ahora curador— forme parte del Consejo de Administración de la sociedad vendedora hace que la ratificación por el Consejo no salve la concurrencia de conflicto de intereses, sino que lo acentúe, a diferencia de lo dicho en materia de autocontratación. Todo ello, dentro de un contexto en que claramente se prohíbe al curador, conforme al artículo 251.2 prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en favor de la protección del discapacitado, por lo que

debe entenderse que su comparecencia personal en la escritura nada obvia la existencia de autocontratación, ni el conflicto de intereses».

Por su parte, MARTÍN AZCANO entiende que «el conflicto en cuestión debe sobrevivir a la designación de quien presta el apoyo, puesto que, de lo contrario, el nombramiento no habría tenido lugar»[159]. En esta línea, precisa el artículo 250 penúltimo párrafo del Código Civil precisa que «al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida». Asimismo, en sede de curatela el artículo 275.3 dispone al respecto que «la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 2. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo».

Ahora bien, si fueran varias personas los que prestan apoyo —de forma mancomunada o conjunta, o solidariamente— y el conflicto solo se plantea respecto de una de ellas, las demás podrá actuar en apoyo de la persona con discapacidad —asistencial o excepcionalmente, representativa— y no será necesario nombrar defensor judicial.

No obstante, si la situación de conflicto se reiterase o se prolongase en el tiempo, lo procedente es solicitar la remoción de la persona que presta apoyo —de ser un cargo unipersonal—.

En todo caso, el conflicto entre el curador y curatelado puede provenir de una discrepancia en cuanto a una concreta actuación que, como lo plantea este, puede depararle un perjuicio. De modo que, si el curador sigue las directrices marcadas por el propio curatelado —su voluntad, deseos, preferencias—; tal forma de operar puede no resultarle ni beneficioso, ni útil y en último término depararle un daño o perjuicio. En estos casos, más que un conflicto de intereses en el sentido expuesto, existe un derecho a no recibir apoyo, aunque sea necesario; por lo que, más que el nombramiento de un defensor judicial, exigiría una necesaria intervención judicial *ad hoc* ante un desacuerdo que, puede derivar en un perjuicio de la persona con discapacidad por un entendido derecho a equivocarse; correspondiendo a la autoridad judicial atender a esa voluntad, deseos y preferencias de la persona, como, asimismo, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación; y, en última instancia su propio interés, atendiendo a las circunstancias del caso[160].

Ahora bien, la existencia de conflicto de intereses entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad, en el caso del curador, además de determinar el nombramiento de defensor judicial, puede ser causa de inhabilidad del cargo tal como dispone el artículo 275.3.2.º: *«la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 2. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo»*[161].

3. *Cuando durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario*: esta posibilidad está establecida en el artículo 279.4 del Código Civil respecto del curador al que se obliga a ejercer su función en tanto se resuelve acerca de la excusa por la autoridad judicial. De no hacerlo y fuese necesario una actuación de apoyo, es cuando ha de procederse a nombrar un defensor judicial que sustituya, precisamente, al curador, quedando este responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

El apartado primero del citado precepto establece que, será excusable el desempeño de la curatela, si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Aunque la norma hace referencia solo a la tramitación de la excusa, se puede perfectamente aplicar al caso de remoción del curador, pues, como bien indica el artículo 278.3 del Código Civil durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial[162].

4. *Cuando se hubiera promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial*: a esta previsión se refería el antiguo artículo 299 bis del Código Civil cuando se tenía conocimiento que una persona debería ser sometida a tutela o curatela, en tanto no recayera autorización judicial que, pusiera fin al procedimiento, asumiría su representación y defensa el Ministerio Fiscal. Pero, si en tal caso, además del cuidado de la persona, hubiera de procederse al de los bienes, el letrado de la Administración de Justicia podría designar un defensor judicial que administrase los mismos, quien debería rendir cuentas de su gestión, una vez concluida.

Ahora, conforme la actual regulación, en tanto se concluye el procedimiento de provisión de medidas de apoyo, el juez podrá nombrar defensor judicial, si lo considera procedente (arts. 88 de la LJV y 762 de la LEC).

Efectivamente, si el juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse del apoyo a la persona con discapacidad, adoptando para ello las que entienda procedentes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y nombrar, si procediere, un defensor judicial (art. 88 de la LJV).

O en los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo, como medidas cautelares se puede proceder al nombramiento de un defensor judicial. Así lo establece el artículo 762.1 de la LEC «*Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*».

En este supuesto no existe medida de apoyo nombrada, pero se entiende que se ha de proceder a su designación, para lo cual se inicia un expediente de provisión de apoyos, y si el juez lo considera procedente nombrar un defensor judicial para proveer a la administración de bienes, con la coordinación en su actuación del Ministerio Fiscal (art. 3.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal).

Lo cierto que, no hay mucha diferencia con respecto a la anterior regulación, sino una adaptación al sistema de provisión de apoyos.

5. *Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente*. Estamos ante una medida de apoyo autónoma, formal; lo que, representa la verdadera novedad de la reforma, pues su nombramiento no descansa ya en actuar ante una situación conflictual, o ante la imposibilidad temporal de operar el titular de la medida de apoyo ya constituida, o su constitución ante la excusa o remoción del cargo de curador

o guardador de hecho. Señala ÁLVAREZ LATA que este defensor judicial está llamado «a sustituir a las curatelas de baja intensidad que se establecían en los supuestos de afecciones o enfermedades transitorias o de carácter cíclico, en la que se constataba una necesidad de apoyo esporádica»[163]. O, incluso, recuerda a la figura de la asistencia contenida en el antiguo artículo 226.1 del Código Civil catalán que procedía a su nombramiento cuando «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria». Por su parte, MARTÍN AZCANO considera que esta variante de la institución «podrá servir, además, para integrar la laguna existente en el régimen anterior respecto de quienes padecen alguna afección no persistente o puntual, como el trastorno límite de la personalidad (los casos concretos conocidos vulgarmente como *borderline*) o episodios depresivos puntuales, e, incluso los de carácter cíclico, cuyas manifestaciones aparecen y desaparecen con cierta regularidad, como la depresión recurrente, el trastorno bipolar o el ciclotímico, que, frecuentemente, quedaban desamparados por la normativa anterior»[164]. Lo cierto es que, a lo expuesto se puede añadir que, el defensor judicial puede actuar ante los supuestos anteriores de incapacidad parcial —que se sometía a la antigua curatela— como de prodigalidad —al que igualmente, se le nombraba curador—[165].

Ciertamente, estamos ante la posibilidad de nombramiento del defensor judicial como una medida de apoyo formal, principal o autónoma, sin participar de los caracteres de supletoriedad o transitoriedad que hasta la actual eran atribuidos a tal institución jurídica, y con una actuación puntual (concreto o general), aunque recurrente.

En el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y familia se destaca que con esta figura «se parte de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». Por lo que su función principal es de ayuda, asistencia a las necesidades que pueda tener en la esfera persona o patrimonial o ambas la persona asistida, respetando su voluntad y opciones personales.

Si bien, con la reforma por Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento judicial de la capacidad[166], la redacción del artículo 226-1 del Código Civil catalán tiene el siguiente contenido: «1. La persona mayor de edad puede solicitar la designación de una o más personas que la asistan de acuerdo con lo que se establece en

este capítulo, si la necesita para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; 2. La constitución de la asistencia se puede llevar a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; 3. También pueden pedir la designación judicial de la asistencia las personas legitimadas por la Ley de la jurisdicción voluntaria para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en caso de que no se haya constituido previamente de forma voluntaria, y siempre que no haya un poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona requiere; 4. El ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias», dotándole de un concepto más amplio que, al final de esta materia, justificaremos este nuevo alcance»[167].

También, esta regulación novedosa del defensor judicial se puede mostrar cercana a la *curatelle d'accompagnement* del Código Civil suizo (arts. 393 a 396).

En todo caso, desde esta naturaleza de medida de apoyo autónoma del defensor judicial responde como otras a las exigencias de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, y en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, adquiriendo un papel relevante para aquellas situaciones físicas o psíquicas, ocasionales, que, bien con un carácter cíclico o, con cierta reiteración en el tiempo exigen la necesidad de esta medida de apoyo (por ejemplo, en enfermos oncológicos, en una situación de discapacidad consecuencia de un accidente de tráfico o enfermedades neurodegenerativas en una fase muy primigenia). En estos supuestos, se trata de enfermedades o afecciones o situaciones físicas o psíquicas transitorias, cíclicas, que requieren actuaciones sucesivas recurrentes en cuanto suponen una cierta consecución en el tiempo, una cierta periodicidad en algunos casos, o frecuencia en su desarrollo, pero descansando no sobre una base de permanencia, sino de transitoriedad.

De todas formas, como toda medida de apoyo descansa en una base asistencial, sin perjuicio de la excepcionalidad de una actuación representativa que pudiera necesitar la persona con discapacidad, si se diera el caso y la propia situación personal y patrimonial y el proceso evolutivo de la misma. Lo que constituye la función que se atribuye a todas las medidas de apoyo (art. 249 apartado 3 CC). Por su parte, el artículo 250 apartado sexto del citado cuerpo legal en sede también de disposiciones generales se refiere al defensor judicial como medida de apoyo, lo que reitera de forma específica el artículo 295 causa 5.ª. No alude a los demás supuestos concretos de actuación contenidos en el citado artículo 295, pues, realmente el artículo 250 hace referencia a las diferentes medidas de apoyo; de ahí que, remita a la regulación más específica para concretar el ámbito de operatividad del defensor judicial, reiterando su consideración como medida de apoyo[168]. Aun siendo reiterativos la actuación del defensor judicial en caso de imposibilidad para el ejercicio de sus funciones de la medida de apoyo nombrada (curador o guardador de hecho); de conflicto de intereses con la media de apoyo; o en su caso, la excusa o remoción del curador o guardador de hecho, o cuando se trata de medida de apoyo puntual u ocasional, aunque recurrente en su actuación, tiene una base asistencial como regla general, sin perjuicio que sea excepcionalmente representativa. Lo que exigirá, atender, por una parte, a cómo operan las medidas de apoyo nombradas, pues así lo hará el defensor judicial; y, por otra, a cómo actúa este en cuanto medida de apoyo formal a la que se podrá, igualmente, dotar de un contenido asistencial o excepcionalmente, representativo.

En fin, procede señalar, por un lado que, aunque no se emplea la coletilla del antiguo artículo 299.3 del Código Civil de actuación del defensor judicial «en todos los demás casos previstos en este Código». PALACIOS GONZÁLEZ hace referencia a otro supuesto interesante de intervención del curador como es el caso de actuación patrimonial del guardado que pone en grave riesgo su patrimonio y «no se considera que el guardador o guardadores puedan impugnar los negocios realizados». Por lo que, sería conveniente solicitar el nombramiento de un defensor judicial «tanto para intervenir en la medida en que se establezca en los actos que determine la resolución judicial, como para poder dejar sin efecto los mismos si han sido realizados sin su intervención»[169]. Y, por otro, como indica LORA-TAMAYO «la Ley Notarial ha sido también reformada en esta materia disponiendo en determinados expedientes sucesorios (declaración de herederos abintestato, protocolización testamentos cerrados, ológrafos o verbales) que «cuando cualesquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal o persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial»[170].

Efectivamente, el artículo 56 apartado 1 párrafo 3 de la Ley del Notariado, entre otros, establece que cuando cualquiera de los interesados para la iniciación del acta que deberá contener la designación y datos identificativos de las personas que el requirente considere llamadas a la herencia fuera menor y careciera de representante legal, o fuera persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial.

Asimismo, resulta necesario indicar que, conforme al artículo 1301.4 del Código Civil los contratos celebrados por la persona con discapacidad, prescindiendo de las medidas de apoyo cuando sean precisas serán anulables y la acción caducará a los cuatro años a contar desde la celebración del contrato.

B) Funciones del defensor judicial.

Con carácter general la función de todas las medidas de apoyo será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse funciones representativas[171]. Por lo que, en principio la función del defensor judicial será asistencial, aunque puede de manera excepcional ser representativa para un acto concreto o, en todo lo que constituye la actuación de la medida de apoyo nombrada. En todo caso, será en el auto de nombramiento en el que se concrete la extensión de las atribuciones del defensor judicial y su carácter asistencial o representativo. De todas formas, recordemos que los artículos 249.3 y 250.2 del Código Civil disponen que, las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y su función es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y excepcionalmente, incluir funciones representativas. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Y añade su apartado 3 que, en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la

persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Por último, su apartado 4 establece que, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Sobre tales bases, como regla general la actuación del defensor judicial se determinará en el auto de su nombramiento. Así podrá operar para el supuesto concreto para el que ha sido nombrado en el caso de conflicto de intereses o de imposibilidad de actuación para un asunto o negocio concreto de la medida de apoyo nombrada (curador o guardador de hecho). Pero si se trata de una imposibilidad de actuación general, la función del defensor judicial alcanza hasta donde operen la medida principal de apoyo establecida y los límites de su actuación[172]. De manera que, si el defensor judicial sustituye a un curador asistencial, su función será también asistencial.

Ahora bien, aunque no se dispone nada en relación con ello en la regulación del defensor judicial de la persona con discapacidad, cabe la posibilidad de aplicar lo previsto en los artículos 264 y 288 del Código Civil respecto al guardador de hecho y el curador en cuanto se posibilita la obtención de una autorización judicial para una pluralidad de actos de una misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos[173].

C) Derechos y obligaciones del defensor judicial de la persona con discapacidad

El artículo 297 *in fine* del Código Civil indica como obligaciones del defensor conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo. Lo que supone una concreción para el defensor judicial, de lo previsto con carácter general en los artículos 249 y 250 del Código Civil para todas las medidas de apoyo. Por lo que, además de conocer, ha de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que preste apoyo. También sustituir al curador o guardador de hecho en caso de conflicto de intereses o imposibilidad más o menos transitoria o temporal en el ejercicio de la concreta medida de apoyo nombrada y, al tratarse de una medida de apoyo judicial habrá de someterse a lo establecido en la resolución judicial y a lo dispuesto en relación con el concreto supuesto para el que fue nombrado. En todo caso, como medida de apoyo procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro y, por supuesto, habrá de evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Por otra parte, el artículo 298 del Código Civil posibilita que, en el nombramiento se pueda dispensar al defensor judicial de la venta en pública subasta, fijando para ello un precio mínimo y con la posterior aprobación judicial de los actos. Lo que opera en paralelo a lo previsto en el artículo 287.2 del Código Civil para el curador con facultades representativas; y en el artículo 5.2 de la

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad al disponer que, en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

Se evita la subasta judicial tan criticada antaño y, a la que se refería el artículo 65.2 de la LJV. De forma que, el juez si lo considera conveniente, al nombrar defensor judicial pueda disponer que la enajenación de los bienes propiedad de la persona con discapacidad se haga en venta directa con la fijación de un precio mínimo y aprobación judicial *ex post*[174].

Por otra parte, no será necesaria aprobación judicial para la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, aunque una vez practicadas, requerirán aprobación judicial. Ahora bien, si se hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición, deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC). Por lo que, en el supuesto de actuación del defensor judicial en la partición de la herencia o división de la cosa común puede evitarse la autorización judicial, si así lo dispuso la autoridad judicial en el nombramiento.

En este contexto, podrá imponerse al defensor judicial la constitución de fianza (art. 284 CC) o la elaboración de inventario (art. 285 CC) como el curador (aplicando la normativa referente a esta medida de apoyo —artículos 285 a 292 del Código Civil—).

En todo caso, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento (art. 31.1 de la LJV), además de rendir cuentas (art. 298 apartado 2 del Código Civil.

De ahí que, en cuanto a la obligación de rendir cuentas el defensor judicial deberá proceder a cumplir con dicha obligación una vez realizada su gestión, aplicando para ello lo dispuesto en sede de curatela para el cumplimiento de esta obligación. Por lo que, conforme al artículo 292 del Código Civil deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. En todo caso, antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oirá también en su caso al nuevo curador, a la persona a la que se prestó apoyo, o a sus herederos. Asimismo, la aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela.

Ahora bien, el citado artículo 292 del Código Civil en sede de curatela, dispone que la rendición de cuentas opera respecto de su administración. Por lo que, aunque parece limitar a la administración de bienes tal rendición de cuentas, se ha de entender que, se refiere a toda la actuación de carácter patrimonial del curador y, por ende, del defensor judicial. Pues, respecto de la esfera personal como dispone el artículo 51 de la LJV relativo a la rendición de cuentas establece en su apartado primero que «de acuerdo con la legislación civil aplicable o con la resolución judicial correspondiente, el tutor o curador presentará, en su caso, informes sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad, o de rendiciones de cuentas». Lo que se puede trasladar al defensor judicial la exigencia de presentación de tal informe, además de la rendición de cuentas[175].

Por su parte, el artículo 32 de la LJV dispone que «serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas

una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el letrado de la Administración de Justicia competente».

En este contexto, al igual que, el curador, tiene el defensor judicial derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita (art. 285 párrafo primero CC); así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio. Como, asimismo, sucede con el guardador de hecho, que conforme al artículo 266 del Código Civil tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

D) Responsabilidad civil del defensor judicial

Respecto a la responsabilidad del defensor judicial por los daños y perjuicio causados a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus funciones resulta aplicable el artículo 1101 del Código Civil cuando actúa de forma culposa o negligente atendiendo a la diligencia debida que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104 del citado cuerpo legal)[176].

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, esto es, por los daños causados a un tercero responde por la vía del artículo 1902 del Código Civil. Se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa propia. En cuanto, los daños que ocasione a un tercero la persona con discapacidad, aunque el artículo 299 del citado cuerpo legal establece que la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el capítulo II del título XVI del libro cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables; sin embargo, el artículo 1903 apartado 4 del Código Civil solo se refiere al curador con facultades de representación plena respecto de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. Por lo que, no parece que el defensor judicial sea responsable por hecho ajeno, entre otras cosas por la exigencia de convivencia y de atribución de facultades de representación plena que no corresponden al defensor judicial[177].

VII. INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El artículo 297 del Código Civil declara aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa, y remoción del curador. De forma que, por aplicación del artículo 275.2 del citado cuerpo legal no podrán ser defensores judiciales: 1. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo; 2. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; 3. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Y, conforme al número 3 del citado precepto, salvo que concurran circunstancias excepcionales debidamente motivadas, la autoridad judicial no podrá nombrar defensor judicial: 1. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela; 2. A quien tenga

conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; 3. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal; 4. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 250 del Código Civil no podrán asumir el cargo de defensor judicial «quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo».

En cuanto a la remoción del defensor judicial, se puede aplicar el artículo 278 del Código Civil en sede de curatela disponiendo, al respecto, que serán removidos: 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. Dicha remoción se tramitará por expediente de jurisdicción voluntaria *ex* artículo 42 bis a) de la LJV de forma que, si se demuestra cualquiera de las circunstancias expresadas, podrá instarse su remoción.

Por lo que se refiere a la excusa, aplicando al defensor judicial el artículo 279 del Código Civil en sede de curatela, establece que, será excusable el desempeño del cargo de defensor judicial si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el defensor judicial de continuar ejerciendo su función, cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

VIII. EXTINCIÓN Y CESE DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADO

El artículo 295 del Código Civil fija las concretas actuaciones del defensor judicial nombrado. Así, si ya no existe conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona que ha de prestarle apoyo; o se ha constituido la medida de apoyo (curatela); o se haya concluido el procedimiento de excusa o remoción del curador o guardador de hecho; o en fin, ya no requiera la persona el establecimiento de medidas de carácter puntual u ocasional, el cargo de defensor judicial se extingue y cesa en sus funciones al desaparecer la causa que determinó su nombramiento. Igualmente, cesa en sus funciones el defensor judicial que haya sido excusado o removido del cargo; o no cumpla con sus obligaciones, entre las que se encuentra, conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencia de la persona a la que preste apoyo (art. 297 CC y art. 32 de la LJV). También determina la extinción del cargo de defensor, si se nombra un nuevo curador o en caso de muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad o del defensor judicial; o en el supuesto de necesitar este apoyos de carácter representativo[178].

Ahora bien, conforme dispone el artículo 31 de la LJV el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento. Igualmente deberá comunicar al órgano judicial cuando alguno de los progenitores o representantes o curador, en su caso, se presten a comparecer en juicio por el afectado, o cuando se termine el procedimiento que motivó la habilitación.

En fin, como hemos señalado en líneas precedentes, el defensor judicial, una vez realizada su gestión, debe rendir cuentas de ella (art. 298 apartado 2 CC y art. 32 LJV).

IX. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO Y SITUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021

Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Asimismo, recordemos que, se fomenta que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

El artículo 42 bis c).1 de la LJV manifiesta, al respecto, que las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo.

Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a)[179], así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto.

El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias[180].

A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b)[181].

Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, la revisión de las medidas ya acordadas antes de la entrada en vigor de la Ley podrán solicitarse a la autoridad judicial con la finalidad de adaptarlas a la misma, marcando para ello la disposición transitoria quinta de la Ley dos plazos máximos: 1. El de un año, cuando la solicitud la formulen las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos; y, 2. El de tres años cuando la solicitud se formula por el Ministerio Fiscal o se inicia de oficio por el juez.

En fin, respecto a la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho; situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada; y, situación de las declaraciones de prodigalidad nombrados conforme a la legislación anterior, la disposición transitoria segunda de la Ley dispone que: «*Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán*

su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley.

Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior».

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de septiembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2022.
- RDGRN de 4 de abril de 1986.
- RDGRN de 23 de julio de 1990.
- RDGRN de 3 de abril de 1995.
- RDGRN de 14 de julio de 2005.
- RDGRN de 11 de diciembre de 2012.
- RDGRN de 2 de marzo de 2015.
- RDGRN de 16 de marzo de 2016.
- RDGRN de 19 de abril de 2017.
- RDGRN de 18 de octubre de 2017.
- RDGRN de 12 de diciembre de 2018.
- RDGRN de 19 de septiembre de 2019.
- RDGRN de 15 de octubre de 2019.

- RDGRN de 4 de noviembre de 2019.
- RDGSJFP de 31 de mayo de 2022.
- RDGSJFP de 19 de julio de 2022.
- SAP de Asturias, secc. 5.ª, 5 de junio de 2000.
- SAP de Valencia, secc. 10.ª, 13 de mayo de 2003.
- SAP de Lugo, secc. 2.ª, 11 de enero de 2005.
- SAP de La Coruña, secc. 4.ª, 15 de septiembre de 2010.
- AAP de Cáceres, secc. 1.ª, 20 de septiembre de 2006.
- SAP de Ciudad Real, secc. 1.ª, 22 de noviembre de 2021.
- SAP de Pontevedra, secc. 3.ª, 13 de enero de 2022.
- SAP de Cáceres, secc. 1.ª, 28 de enero de 2022.
- SAP de Granada, secc. 5.ª, 2 de marzo de 2022.
- SAP de Vizcaya, secc. 4.ª, 29 de marzo de 2022.
- SAP de Granada, secc. 5.ª, 31 de marzo de 2022.
- SAP de Elche, secc. 9.ª, 8 de abril de 2022.
- SAP de Asturias, secc. 5.ª, 13 de abril de 2022.
- SAP de Valladolid, secc. 1.ª, 11 de abril de 2022.
- SAP de Badajoz, secc. 3.ª, 22 de abril de 2022.
- SAP de Orense, secc. 1ª, de 9 de mayo de 2022.
- SAP de La Coruña, secc. 6ª, 13 de mayo de 2022.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, 25 de mayo de 2022.
- SAP de Cantabria, secc. 2.ª, 31 de mayo de 2022.
- SAP de Barcelona, secc. 18.ª, 1 de junio de 2022.
- SAP de Cádiz, secc. 5ª, 3 de junio de 2022.
- SAP de Valencia, secc. 10ª, 13 de junio de 2022.
- SAP de Cádiz, secc. 5ª, 5 de septiembre de 2022.
- SAP de Madrid, secc. 19ª, 11 de octubre de 2022.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006). *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, décima edición Edisofer, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario a los artículos 235 y 236 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.

— (2021). Comentario a los artículos 235 a 236 y 295 a 298 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

— (2021). Comentario a los artículos 295 a 298 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2021). Comentario al artículo 248 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Navarra: Aranzadi.

BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, C. (2022). La reforma del defensor judicial en la Ley 8/2021, *Diario La Ley, número10044, sección Tribuna, 6 de abril*, 1-4.

BLANCO GONZÁLEZ, A. (2003). *El defensor judicial*, Barcelona: Tórculo Edicións.

BLANDINO GARRIDO, M.ªA (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: Y. De Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez (dirs.) y J.M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de julio*, Barcelona: Atelier.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, Madrid: Edersa.

— (1993). Comentario del antiguo artículo 163 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, 2.ª edición, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.

COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). El defensor judicial. En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Barcelona. Bosch.

DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 780, 2227 2268.

FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas.

GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario a los artículos 295 a 298 del Código Civil. En: M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Alcaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil, En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I,* Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930) El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, 193 a 200.

HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado, marzo 1961*, 201 a 225.

JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* Defensor judicial, *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VI,* Barceona: Seix.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons.

LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentarios a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, Madrid: Edersa.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La patria potestad. Responsabilidad parental. En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre (El Derecho).

MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: M. Pereña Vicente y M.ª Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo.
— (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *Revista de Derecho Privado*, número 3, septiembre-octubre, 43-72.
MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado*, abril, 307 a 330.
MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, Madrid: Tecnos.
ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario a los artículos 235 y 236 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Arazadi, Cizur Menor.
PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.) y C. Gil Membrado y J.J. Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid: Bosch.
PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, la curatela, y la guarda de los menores e incapacitados. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª edición, Madrid: Edisofer.
— (2021). Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 6.ª edición, Madrid: Edisofer.
PUIG i FERRIOL, L. (1986). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos.
RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En: S. De Salas Murillo y M.ªV. 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.
SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses. 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.
SERRANO ALONSO, E. (2006). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, coordinador, T. 2,* Barcelona: Bosch.
SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: M.ª Paz Pous de la Flor, y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor,* Madrid: Colex.
TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.) y P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] *RJ* 2009, 2901. Establece, al respecto, que «De este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

[2] Como precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 24 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 165/2022; ECLI:ES:APPO:2022:165) «se sustituye la declaración de incapacidad por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo».

[3] En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre *(RJ* 2021, 4002) se ha proclamado que «la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617, 2022); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP CC 156/2022; ECLI:ES:APCC:2022:156); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 29 de marzo de 2022 (LA LEY 179642,2022); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2126/2022; ECLI:ES:APCA: 2022:2126).

[4] Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574; y *RJ* 2021, 4002 esta última, al respecto, señala que «En realidad, el artículo 268 del Código Civil lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues, hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas de asistencia (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». Lo que concluye que «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal». Al principio de interés superior del discapaci-

tado también se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Elche, sección 9.ª, de 8 de abril de 2022 (Roj. SAP A 885/2022; ECLI: ES:APA:2022:885) cuando manifiesta que «el principio de interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 31 de marzo de 2022 (LA LEY 161206, 2022); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (LA LEY 176052, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 31 de mayo de 2022 (LA LEY 113593, 2022).

Igualmente, *vid.*, PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch, 420; TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 325.

Recordemos que el artículo 249.3 del Código Civil dispone que «(…) cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (…). En este caso (…) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

[5] En la sentencia 269/2021, de 6 de mayo (Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574) se hace referencia a que uno de los principios que deriva del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y, asimismo, se razonaba que «(…) no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetada, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada». Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, sección 2.ª, de 14 de febrero de 2022 (Roj. SAP S 179/2022; ECLI:ES:APS:2022:179) señala que, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental —porque huye de perpetuar un régimen de tutela de autoridad— en la información y formación de la persona con discapacidad que emita correctamente su voluntad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560) manifiesta que «el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad: no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible ha de ser respetado; lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que padece, fuente de la necesidad de apoyos». Igualmente, *vid.*, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana, sección 9.ª, de 13 de febrero de 2022 (Roj. SJPI 299/2022; ECLI:ES:JPI:2022:299).

[6] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2021 (Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511).

[7] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.ª, de 13 de enero de 2022 (LA LEY 14973, 2022).

[8] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª de 16 de febrero de 2022 (LA LEY 60331, 2022); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP CA 403/2022; ECLI:ES:APCA:2022:403); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 91809, 2022). Asimismo, *vid.*, el auto

del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, sección 2.ª, de 15 de febrero de 2022 (Roj. AJPII 9/2022; ECLI:ES:JPII:2022:9A).

[9] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567, 2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698, 2022); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2022 (LA LEY 135296, 2022).

[10] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 *(RJ* 2021, 4958). Por su parte, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre *(RJ* 2021, 4847) se estima el recurso extraordinario por infracción procesal por falta de motivación, por haber prescindido de la voluntad de la persona con discapacidad en un supuesto o de autocuratela. No se dan las circunstancias para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada al no concurrir circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos; y, asimismo, en la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4879/2021; ECLI:ES:TS:2021:4879) se indica que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente, artículos 249 párrafo segundo y 268 párrafo primero CC) requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 30 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 185745); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 13 de abril de 2022 *(JUR* 2022, 217258).

[11] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 21 de febrero de 2022 *(JUR* 2022, 141584).

[12] La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, sección 2.ª, de 3 de febrero de 2022 (Roj. SJPII 40/2022; ECLI:ES:JPIITA:2022:40) dispone que, la guarda de hecho se ve reforzada, transformándose esta figura en una propia institución jurídica de apoyo y dejando de ser una situación provisional.

[13] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617, 2022) y de 10 de marzo de 2022 (LA LEY 90107, 2022); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567, 2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698, 2022); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 5 de mayo de 2022 (LA LEY 149380, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Santander, sección 2.ª, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS:2022:623). Asimismo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Albacete, de 28 de junio de 2022 (LA LEY 153929, 2022).

[14] En esta línea ÁLVAREZ LATA, N. (2021) Comentario al artículo 295 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 831-832; de la misma autora (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 535. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS: 2022:623).

[15] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas, 181.

[16] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículos 235 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 443.

[17] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 25 de mayo de 2022 (LA LEY 180219, 2022).

[18] El antiguo artículo 165 del Código Civil fue uno de los preceptos reformados por la segunda edición del Código Civil, en el que se establecía: «*Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.*

El Juez a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al

pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de este, a otro pariente o a un extraño». Con esta segunda redacción se introduce en el primer párrafo a la madre, omitida en la redacción original; y, se amplía la legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial al propio menor y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, señalaba GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año VI, número 63, marzo, 196 que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 Código Civil, era porque la Ley confería expresamente la patria potestad al padre, y en su defecto, a la madre, y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pudiera ser influida por el interés propio, el citado precepto ordenaba que en tales supuestos, se nombrara a aquellos un defensor judicial que, los representase en juicio o fuera de él.

DE CASTRO, F., El autocontrato en el Derecho privado español, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 151, 1927, 417, manifestaba, asimismo, que «el peligro de lucro ha sido sin duda el que originó la creación del defensor judicial. Evitar que abusare el padre de su situación privilegiada cuando sus intereses se encontrasen en oposición con los del hijo».

[19] Si bien, ya antes la jurisprudencia había ampliado el ámbito de la figura a la tutela poco tiempo después de publicarse el Código Civil. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1895 (*Jurisprudencia Civil*, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 78, número 108, Madrid 1896, 493), en la que se disponía que, el defensor judicial debía nombrarse ante un conflicto de intereses entre el protutor y el pupilo menor de edad, o cuando fuere removido todo el organismo tutelar.

[20] En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit*., 43 que ve como antecedente directo del defensor judicial *ex* antiguo artículo 165 del Código Civil al «procurador» por las siguientes razones: «a) La organización de la guarda legal, en el Proyecto de 1851, se identificaba con el sistema de tutela de familia, de clara inspiración francesa, al igual que en el Código Civil de 1889; b) El término para identificarlo —«procurador»— no es argumento digno de ser tenido en cuenta, a pesar de evocar, según el léxico actual, un ámbito procesal, máxime cuando sus funciones eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 del Código Civil; c) Su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; d) El presupuesto de su actuación —interés opuesto entre padres e hijos— es el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 del Código Civil; e) El procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él».

[21] GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *T. I,* Madrid, 98.

[22] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, AAVV, Madrid: Tecnos, 1090, y añade el autor, en la *nota* 3 que «preferimos hablar de curador especial o *ad hoc* más que de curador *ad litem* porque el defensor se crea para todos los casos de conflicto de intereses, mientras que el curador *ad litem*, como su propio nombre indica, tenía un fin esencialmente judicial o procesal».

[23] Precisa COUTO GÁLVEZ, R.Mª (2000). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, Barcelona: Bosch, 2060 que en los trabajos de CAMBRONERO se regula una curaduría especial, para uno o varios negocios determinados, y si se trata de pleitos, la persona encargada se llamará curador *ad litem* (art. 108).

[24] Los autores de este trabajo manifiestan sobre el defensor judicial: «El capítulo quinto Del defensor judicial introduce otra vez una nueva figura dentro de las instituciones tutelares, que no en nuestro ordenamiento, donde viene contemplada con perfiles semejantes, en sede de patria potestad y ausencia. No se trata de los defensores a que hacen referencia los artículos 215, 219 y 223 del Código vigente…, sino de personas que, nombradas por el Juez, en los supuestos de incapacitación, excusa o remoción de tutor o curador, hasta que no se instaure una nueva persona para desempeñar el cargo; por el tiempo que medie entre el momento en que haya tenido dicha Autoridad Judicial (conocimiento) de la existencia de una persona que deba ser sometida a tutela y el de la

resolución judicial que ponga fin al procedimiento; cuando haya conflicto de intereses entre tutor o curador y pupilo, o entre padre o madre, e hijos no emancipados, amparen a la persona incapacitada o en vías de incapacitación, y cuiden de la administración de sus bienes o se limiten a defender los intereses del pupilo contrarios a los de las personas que, en cada caso, sean titulares del poder tuitivo sobre el mismo». DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo del patrocinio del Servicio de recuperación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales, y del Patronato para Ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, octubre, 28.

[25] LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo García (dir.)*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*, 2.ª edición, Madrid: Edersa, 469.

[26] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2008). La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 2.ª edición, Madrid: Colex, 393.

[27] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 450.

[28] ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Arazadi, Cizur Menor, 448.

[29] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 443. Asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La patria potestad. Responsabilidad parental. En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 617-618 entiende que el defensor judicial «es un órgano provisional de representación de menores (sujetos a patria potestad o tutela) y de apoyo ocasional a personas con discapacidad, especialmente previsto para determinadas situaciones como aquellas en las que existía conflicto de intereses, necesario de apoyo ocasional o imposibilidad transitoria de que la figura de apoyo habitual lo ejerza».

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1731) señala que «el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir solo el auto judicial de nombramiento; y, de 4 de marzo de 2003 (Roj. STS 1472/2003; ECLI: ES:TS:2003:1472) declara que el defensor judicial «es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad o incapacitados cuando la persona que legalmente deba hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así».

[30] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons, 383; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil, VI Derecho de Familia*, décimo novena edición revisada y actualizada con la colaboración de B. Sáinz-Cantero Caparrós, P. López Peláez, M.ª Del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, 340-341; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: Mª Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor,* 2.ª edición, Madrid: Colex, 170.

[31] LETE DEL RÍO, J.M. (1985). El defensor judicial, *op. cit.,* 469-470; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.,* 444; MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: M. Pereña Vicente y M.ª Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 284; GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil. En: M.ªP. García Rubio y M.ªJ. Moro Almaraz (dirs.), e I. Valera Castro (coord.), *Comentario*

articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 466 señala también que es un cargo puntual. *Vid.*, asimismo, conforme a la antigua regulación el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 5 de junio de 2000 *(AC* 2000, 1275) manifiesta que: «el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitados, cuya vigencia es fundamentalmente temporal siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial con el fin de proteger excepcionalmente a menores, incapacitados o pródigos representándoles y asistiéndoles, ya sea con carácter específico, ya con carácter más general, cuando en algún asunto concreto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando por cualquier causa, el tutor, curador no desempeñasen sus funciones; y, en todos los demás, supuestos previstos en el Código Civil —artículo 299— (*Fundamento de Derecho 2.º*). Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 *(JUR* 2006, 239550) también conforme a la antigua regulación dispone como características del defensor judicial su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la patria potestad; y, asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 24 de junio de 2004 (LA LEY 149710, 2004) manifiesta que, el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitado, con vigencia fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial.

Respecto a la *subsidiariedad*, conforme la anterior regulación, ya GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año VI, número 63, marzo, 199 y 200 refiriéndose al defensor judicial en sede de patria potestad, había advertido que «los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial». FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 179-180 por su parte, señalaba que «hay que tener en cuenta que precisamente en estas circunstancias el defensor judicial también está llamado a intervenir y cumplir su función en defecto de la de los padres o tutores o curadores (*ex* artículo 299.2 CC)». Por tanto, precisaba el autor, que «la subsidiariedad hay que entenderla en el sentido de excepcionalidad, como viene contemplado por el actual artículo 162 del Código Civil, al disponer que la representación solamente se suspenderá excepcionalmente en los casos previstos, uno de los cuales —contraposición de intereses— dará lugar al nombramiento de defensor». De forma que, junto con la supletoriedad, «ambas características coinciden en el fundamento mismo de la función del defensor judicial, es decir, representar y amparar excepcionalmente al menor o incapacitado en defecto del régimen de guarda y protección al que está sometido, ya sea por existir contraposición de intereses entre el representante legal originario y el menor o incapacitado, ya sea porque el representante legal no cumple con el desempeño del cargo».

Con relación a la *temporalidad*, se manifiesta claramente en el antiguo artículo 299.2 del Código Civil, al decir que «*se nombrará un defensor judicial…hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo*». De forma que, la temporalidad puede ser traducida en provisionalidad del cargo, pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer estas se extingue y desaparece la figura del defensor judicial. El defensor judicial es, por tanto, un cargo que suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor y curador, para la representación y amparo o asistencia del menor, incapacitado o pródigo. *Vid.*, FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 185-186.

[32] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de Leon, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 179 que «tanto (el antiguo) artículo 163 del Código Civil como (el antiguo) artículo 299 del Código Civil refieren su intervención para suplir las funciones propias del originariamente legitimado. Dicha suplencia, además, no tiene por qué implicar sustitución alguna del cargo principal. En el caso paradigmático del conflicto de intereses, la simultaneidad y compatibilidad en el ejercicio de la función, tanto del defensor como del cargo principal, es la regla ya que la legitimación legal de este solo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás».

[33] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N. (2006) Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* 2.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi, 473-474 señala que no se configura «*strictu sensu*» como la cuarta institución de guarda de nuestro ordenamiento jurídico, sino como una figura presidida por la transitoriedad y la subsidiariedad. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1985 *(RJ* 1985/3109) en la que se indica que, se trata de una figura presidida por la idea de la transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (*Considerando Jurídico 3.º*).

[34] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 181.

[35] En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 300; BLANDINO GARRIDO, M.ªA. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: Y. De Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez (dirs.) y J.M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de julio*, Barcelona: Atelier, 402-406. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (Roj. SAP A 1016/2022; ECLI:ES:APA:2022:1016).

[36] MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, 226; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 183.

[37] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1961, 213; LETE DEL RÍO, J.M. (1985) Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, Madrid: Edersa, 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.,* 259. *Vid.,* asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6.ª, de 30 de marzo de 2006 (LA LEY 251460, 2006).

[38] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, sección 3.ª, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP NA 535/2022; ECLI:ES:APNA:2022:535) señala que las medidas de apoyo deben ser proporcionales a las necesidades y respetar la máxima autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica.

[39] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de mayo de 2003 (LA LEY 85888, 2003), entre las atribuciones que les puede conferir el juez al defensor judicial, se encuentra la de administrar los bienes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 11 de diciembre de 2006 (LA LEY 284708, 2006), el defensor tiene como facultad atribuida la administración de la comunidad de bienes; el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 14 de diciembre de 2006 (LA LEY 249132, 2006), se designa el defensor judicial con facultades de administrador patrimonial de los bienes de la incapacitada; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 15 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 225781).

[40] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 20 de mayo de 2022 (LA LEY 180235, 2022).

[41] COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Bosch: Barcelona, 2064.

[42] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 207; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1100.

El artículo 224-4 del Código Civil catalán considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

[43] *Vid.*, conforme a la anterior regulación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 2460). Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 12 de enero de 2000 (LA LEY

13548, 2000) pone de manifiesto que, el defensor judicial dispone de legitimación activa para oponerse al nombramiento de tutor, cuando estime que este es perjudicial para los intereses del incapaz.

[44] *Vid.*, conforme a la anterior regulación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 4605); de 7 de noviembre de 2002 *(RJ* 2002, 9484); y de 9 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 5246); y, el auto de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2.ª, de 11 de enero de 2005 (LA LEY 4449, 2005) en que se nombra defensor del presunto incapaz para que le asista y defienda en el procedimiento de incapacitación.

[45] PUIG FERRIOL, L., Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, 782.

[46] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 195.

[47] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 200-201 argumenta en un doble sentido: «en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del antiguo artículo 271 del Código Civil así lo indica: puesto que la Ley, en origen, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su trascendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del juez, y a esto responde la norma del antiguo artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el antiguo artículo 271.4.º del Código Civil habrá que entenderlo como norma específica aplicable únicamente al tutor frente a la norma general del artículo 1060 del Código Civil, aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial»; CASASÚS HOMET, E. (1984). ¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 377; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 562; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentario a la reforma de Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, 1100. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996 *(RJ* 1996, 2175); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 17 de octubre de 2003 *(JUR* 2003, 271424); el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 17 de noviembre de 2003 *(JUR* 2004, 8385); y, las resoluciones de la DGRN de 4 de abril de 1986 *(RJ* 1986/2127); y de 23 de julio de 1990 *(RJ* 1990, 6666). En contra, SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: M.ª Paz Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex, 181; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de octubre de 2008 (LA LEY 148013, 2008) en la que se indicaba que, una vez realizada la partición, es cuando ha de recaer la aprobación judicial solicitada por el defensor judicial del incapaz, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (*Fundamento de Derecho 1.º*); y la resolución de la DGRN de 14 de julio de 2005 *(RJ* 2005, 7016).

El artículo 224.3 del Código Civil catalán la entiende implícita en el nombramiento. Al igual que, el artículo 155.2 del Código Foral aragonés.

[48] MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, 238; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, 860; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, Madrid: Edersa, 483. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1985 *(RJ* 1985, 3109); y de 10 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 1731); y, las resoluciones de la DGRN de 23 de julio de 1990 *(RJ* 1990, 6666); y de 8 de mayo de 1994 *(RJ* 1995, 4093).

[49] MONTÉS PENADES, V. L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1099; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 205; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona: Seix, 348; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1994). Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1994, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 35, abril/agosto, 33.

[50] *Vid.*, el artículo 224-3 del Código Civil catalán; y, el artículo 155.1 del Código Foral aragonés.

[51] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (Roj. STS 14900/1994: ECLI:ES:TS:1994:14900); y de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI:ES:TS:2033:127).

[52] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166326, 2004). Asimismo, *vid.*, en este mismo sentido, el artículo 236-20 del Código Civil catalán.

[53] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 157; PUIG FERRIOL, L. (1986). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 778 aboga, igualmente, «por la inoperancia de las mismas, por cuanto el (antiguo) artículo 300 del Código Civil claramente resulta que solo el Juez está legitimado para nombrar defensor judicial o, —en último término— que el juez puede hacer caso omiso de este nombramiento mediante decisión motivada, a tenor de lo prevenido en el (antiguo) artículo 224»; GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL C. (1991). Comentario del antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 858, señala que, no hace falta motivar la designación, si el juez opta por no nombrar a quienes los padres han designado; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 479, por su parte, precisa que, nada se opone a que el juez elija y nombre a dicha persona, si bien no vendrá obligado a motivar su preterición». No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, *T. IV Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 445 manifiesta que, no ve razón diferenciadora en los casos de tutor testamentario, que si lo hubiere, fuese distinta persona, y no tuviere interés opuesto. Posiblemente, sobre tales bases, se confía en que, en tan improbable hipótesis, lo nombrara el juez.

[54] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2000 (LA LEY 76639, 2000); el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 *(JUR* 2006, 239550); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 5 de junio de 2007 *(JUR* 2007, 312525); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 26 de enero de 2009 (LA LEY 7343, 2009). Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 26 de abril de 2004 (LA LEY 96447, 2004), señala que, en situaciones de normalidad, siempre será preferible que sea un pariente o persona allegada al incapaz quien asuma las funciones tuitivas respecto del mismo. Asimismo, *vid.*, en este mismo sentido, el artículo 224-2.2 del Código Civil catalán; y artículos 102.1 a) y 110 del Código Foral aragonés.

[55] Señala el auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 13 de enero de 2009 (LA LEY 727, 2009) la designación del defensor judicial no lo será tanto para integrar la capacidad del menor, como para paliar las posibles decisiones de la madre que ostenta la patria potestad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 22 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 2263) manifiesta que, el defensor judicial nombrado tiene una específica función, defender al presunto incapaz.

[56] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 164-165.

[57] FLORENSA I TOMÀS C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J.M. (1984). Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). El defensor judicial, *op. cit.*, 2070; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 301 del Código Civil, *op. cit.*, 859; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, Barcelona, 456.

[58] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista de Derecho Notarial*, número 124, 235; PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, Barcelona: Bosch, 265; HERNÁNDEZ-GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho privado*, marzo, 217.

[59] GETE-ALONSO y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 858.

[60] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 450.

[61] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 11 de abril de 2022 (Roj. SAP VA 455/2022; ECLI:ES:APVA:2022:455) actuación en juicio por parte del defensor judicial.

[62] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017 *(RJ* 2017, 1880).

[63] En los mismos términos, el artículo 153 a) del Código Foral aragonés habla de oposición de intereses; y, más desarrollado en su contenido, pero en similares términos, el artículo 224-1 del Código Civil catalán. Así dispone este precepto que: «*La autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial en los siguientes casos: a) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona puesta en curatela; b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que debe ser tutelada, mientras la tutela no se constituya; c) Mientras no se constituya la curatela de pródigos o de personas en situación de incapacidad relativa; d) En los supuestos en que por cualquier causa los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no finalice la causa o no se designe otra persona para el ejercicio de los cargos: e) En los demás casos determinador por la ley*».

[64] Ha de tratarse de un asunto concreto, *vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 22 de abril de 2008 (LA LEY 95137, 2008); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040, 2008), de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 13 de mayo de 2022 *(JUR* 2022, 234915); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 3 de junio de 2022 (Roj. SAP CA 1662/2022; ECLI: ES:APCA: 2022:1662); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 11 de octubre de 2022 (ROJ SAP M 14753/2022; ECLI:ES:APM:2022:14753).

[65] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127).

[66] BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Madrid: Tecnos, 257. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004).

[67] GÓNZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.*, 257.

[68] HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 210.

[69] FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, 73. Para SERRANO ALONSO, E. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 2, Barcelona: Bosch, Barcelona, 689 conflicto de intereses existe «cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes, pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser este, contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

Por su parte, en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 *(RJ* 2002, 9484) que en su *Fundamento de Derecho 2.º* señala: «El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser este, contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6700), asimismo, indica que, habrá conflicto de intereses «cuando los intereses de uno (…) y otro (…) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio para otro»; y, el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 *(JUR* 2006, 239550) define conflicto de intereses en su *Fundamento de Derecho 2.º* como «la situación en la que el representante legal se ve obligado a tomar una decisión sobre un asunto patrimonial que, en circunstancias normales, si no fuera atribuida directa o indirectamente a aquel, le correspondería, definición que hoy se entiende que, necesariamente debe ampliarse a intereses y asuntos familiares y personales tales como el ejercicio de acciones de reclamación e impugnación de paternidad o filiación en las que se produzca una situación idéntica, debiendo tenerse presente siempre que, cuando el conflicto se produzca con los titulares de la patria potestad debe aplicarse el artículo 163.2 del Código Civil, conforme al que sin necesidad de especial nombramiento corresponde al otro progenitor la representación del menor, sin que deba nombrarse defensor judicial».

[70] Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127.

[71] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1095. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 10 de mayo de 2005 (LA LEY 103770, 2005); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 *(RJ* 1999, 1339).

Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 314332) que «la oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que el progenitor pueda obtener y, que correlativamente comporte perjuicio para el hijo».

[72] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003). Por su parte, la resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2010 (BOE, 27 de septiembre de 2010, 81.904 a 81.909), señala que «para determinar que existe conflicto de intereses debe concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos».

[73] *RJ* 1995, 3238.

[74] *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004) donde, se señala que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador en defensa del menor [sentencia de 17 de enero (LA LEY 825, 2003) y 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003) en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º)], razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia».

[75] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 12 de junio de 1985 *(RJ* 1985, 3109); y, de 18 de octubre de 2012 (Roj. STS 6952/2012; ECLI:ES:TS:2012:6952) conflictos entre hermanos herederos en la partición, siendo uno representante del otro.

[76] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.,* 1093; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 474; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 95; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III, vol. 2.º, Madrid*:* Edersa*,* 192; del mismo autor (1993). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil,* T. I, 2.ª edición, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia*,* 561; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* «Defensor judicial», *op. cit.,* 344. En contra, solo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., El defensor judicial, *op. cit.,* 200.

[77] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796, 2006); y el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 225845).

[78] En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.,* 446. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6700).

[79] FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.,* 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial, *op. cit.,* 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.,* 211 quien, asimismo, precisa que «debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

[80] *Vid.*, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2004 (Roj. STS 4650/2004; ECLI:ES:TS:2004:4650); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 de diciembre de 2004 *(AC* 2005, 255).

[81] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 *(RJ* 2017, 4760). Asimismo, *vid.*, SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). Supuestos en los

que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses. 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, 282.

[82] BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentario a las reforma de la nacionalidad y la tutela, vol. I,* Madrid: Tecnos, 257.

[83] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 6426) en el que se señala que, «no se da en el caso contraposición de intereses entre la hija menor y sus padres, sino al contrario sustancial coincidencia en que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor»; la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004), donde manifiesta que «la situación de conflicto se ha de identificar con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses, irá en detrimento de los de los hijos (sentencia de 17 de enero (LA LEY 825, 2003); y de 5 de noviembre de 2003 (LA LEY 254, 2004) es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurran y que resulte admisible una defensa conjunta». En el presente caso añade la sentencia «resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos, y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial»; el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 26 de febrero de 2007 (LA LEY 116830, 2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.ª, de 6 de noviembre de 2007 (LA LEY 252677, 2007) en la que se precisa que «obvio es que el mero hecho de que los intereses de los padres e hijos menores sean distintos no implica que ineluctablemente sean antagónicos, opuestos o contradictorios, sino que habrá que estarse a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su concurrencia, habiendo precisado el Tribunal Supremo que, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003)».

[84] HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.,* 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.,* 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.,* 199 quien añade que «de otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo».

[85] FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 63.

[86] GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.,* 199.

[87] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de octubre de 1993 *(AC* 1993, 2149); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 259373); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 16 de julio de 2002 (LA LEY 133815, 2002); y, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 9 de julio de 2008 (LA LEY 331180/2008).

Por su parte, precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 15 de abril de 2002 (LA LEY 73256, 2002); y, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 254619) que se nombra defensor judicial respecto del conflicto de intereses de los padres con los hijos menores de edad emancipados o no, y los incapacitados, no cuando se plantea con hijos mayores de edad. En este sentido, *vid.*, asimismo, la Resolución de la DGNN de 14 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 3631).

[88] HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.,* 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.,* 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 190, Madrid 1931, número 96, 529) al declarar que, siendo el padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no puede estar estos representados por él.

[89] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1097; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 89.

[90] MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1096; FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 93.

[91] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 94186, 2000); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, de 16 de julio de 2001 (LA LEY 143957, 2001); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 3 de junio de 2002 (LA LEY 105006, 2002); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 8 de mayo de 2009 (LA LEY 93015, 2009).

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: «*Si solo existe un tutor o si el conflicto de intereses también existe con relación a la persona que debería sustituirlo, la autoridad judicial debe nombrar a un defensor judicial*».

[92] Sin embargo, el artículo 222-29 del Código Civil catalán dispone que: «*En caso de conflicto de intereses con el tutelado, si existen dos tutores o un tutor y un administrador patrimonial, la persona afectada es sustituida por la otra*».

[93] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 173.

[94] *RJ* 1987, 368. *Vid.*, asimismo, en relación con la partición, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 5 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 5153); y el auto de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 9 de junio de 2003 (LA LEY 102192, 2003).

[95] *RJ* 1995, 3238. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 *(RJ* 2011, 4400); y, de 18 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9722); y, las resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2001 *(RJ* 2002, 2868); y de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572).

[96] *RJ* 1995, 1329 y *RJ* 2003, 6277.

[97] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 19 de julio de 2004 (LA LEY 170522, 2004); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2008 *(JUR* 2008, 70273), también en un supuesto de aceptación y adjudicación de la herencia causada; y de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6ª, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399,2022) se ha denegado la pretensión de la demanda de declaración de nulidad de la escritura de aceptación de la herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes. No se ha probado la existencia de un conflicto de intereses entre los litigantes en el momento de la aceptación de la herencia que justificase el nombramiento de un defensor judicial. De todas formas, la autorización judicial es necesaria para repudiar la herencia, no para aceptarla. Además, no se aprecia que, la aceptación haya perjudicado a los menores, actuales demandantes, o que se hayan visto desprotegidos por la decisión de su madre. La aceptación se produjo hace diez años. En fin, el pleito descansa sobre las alegaciones d ellos hijos demandantes y la pasividad procesal que la madre que, no se ha opuesto a la demanda, sin corroboración alguna de la situación económica descrita en la demanda o del prejuicio económico supuestamente generado, ni del conflicto de intereses que no sólo no se ha probado, sino que ni siquiera se ha explicado.

[98] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 5.ª, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP C 1270/2022; ECLI:ES:APC:2022:1270).

[99] *RJ* 1996, 2175.

[100] *RJ* 2017, 1880.

[101] *JUR* 2007, 314332.

[102] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 *(RJ* 2011, 4400).

[103] *Vid.*, las resoluciones de la DGRN de 11 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 716) manifiesta al respecto que «la opción derivada de la Cautela Socini implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la Ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que esta recibe su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante,

cuando aplicando las normas de libertad de porción legitimaria, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que les correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante. Por lo que, producida esta situación de conflictos de intereses, no corresponde a la representante decidir acerca de tal opción, ni cabe entrar, a efectos de inscripción, en el valor dado a los bienes ni en la clase y cuantía de los que se han adjudicado a la legitimaria, pues, la decisión en estos casos de conflictos de intereses corresponde al defensor judicial, que es el que se encuentra en posición objetiva de imparcialidad con los requisitos del artículo 1060 del Código Civil; y, de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2313) que dispone que «en el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o Cautela Socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que supone una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legitima del incapaz. Así considerando, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial.

[104] LA LEY 15417, 1996.

[105] LA LEY 120312, 2001.

[106] *JUR* 2000, 193241.

[107] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 2460).

[108] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1909; y, las resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922; de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572) en las que al ser la madre usufructuaria y los hijos menores nudos propietarios se requiere el nombramiento de un defensor que represente a los menores en el acto particional; y, de 2 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 2634).

[109] *Vid.*, las resoluciones de la DGRN, de 14 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2540): y, de 3 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 3238) partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en la proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad a ella y a sus dos hijos en usufructo y propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Existencia de conflicto de intereses por posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegara a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado. Limitación de la futura partición de los restantes bienes relictos por la adquisición parcial realizada.

[110] *Vid.,* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 4605); de 7 de noviembre de 2002 *(RJ* 2002, 9484); de 17 de enero de 2003 *(RJ* 2003, 433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003); de 30 de junio de 2004 (LA LEY 13302, 2004); y, de 9 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 5246). Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 29 de enero de 2004 (LA LEY 25299, 2004); la sentencia de la Audiencia Provincial Badajoz, sección 2.ª, de 11 de mayo de 2004 (LA LEY 111153, 2004); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 9 de junio de 2004 (LA LEY 136258, 2004); el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 21 de junio de 2004 (LA LEY 146422, 2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2006 *(JUR* 2007, 84812); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2008 (LA LEY 252137, 2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040, 2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de enero de 2009 (LA LEY 23899, 2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 28 de abril de 2009 (LA LEY 252954, 2009); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de octubre de 2009 (LA LEY 259013, 2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 9 de mayo de 2022 (LA LEY 158071, 2022); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de junio de 2022 (LA LEY 177266, 2022).

[111] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 *(RJ* 1981, 3076).

[112] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987 *(RJ* 1987, 368).

[113] *Vid.*, las resoluciones de la DGRN de 27 de enero de 1987 *(RJ* 1987, 368); de 10 de enero de 1994 *(RJ* 1994, 234) se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre; de 6 de febrero de 1995 *(RJ* 1995, 1329); de 6 de noviembre de 1998 *(RJ* 1998, 8490), de 6 de noviembre de 2002 *(RJ* 2003, 444); y, de 15 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003, 6277).

[114] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1981 *(RJ* 1981, 3037); de 16 de julio de 1999 *(RJ* 1999, 6353); y, de 23 de octubre de 2003 *(RJ* 2003, 7407).

[115] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 6426) coincidencia es que, se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor.

[116] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6700).

[117] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399, 2022).

[118] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 *(RJ* 2017, 4760).

[119] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 6507).

[120] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1350).

[121] *Vid.,* el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 16 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 189058); el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 8 de julio de 2002 *(JUR* 2002, 243697); el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 11 de julio de 2002 *(JUR* 2002, 244572); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 13 de febrero de 2003 (LA LEY 31194, 2003); el auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3.ª, de 29 de abril de 2004 (LA LEY 101187, 2004); y, el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.ª, de 15 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 159424).

[122] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 855.

[123] A favor se muestra, LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 475; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 125. En contra, CANO TELLO, C. (1984). *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines (Un ensayo sobre la Ley 24 de octubre de 1983)*, Madrid: Tecnos, 130; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 855.

[124] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.,* 448.

[125] En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.,* 407.

[126] ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2021). Comentario al artículo 248 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Navarra: Aranzadi, 468.

[127] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 262132).

[128] La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 159107, 2010).

[129] *RJ* 2017, 5860.

[130] *RJ* 2019, 4740.

[131] *Vid.*, conforme la anterior regulación, el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 2 de junio de 1998 *(AC* 1998, 8005) obligación del juzgador de dar trámite a la excusa al tener lugar manifestaciones efectuadas de naturaleza similar a las de las excusas del antiguo artículo 251.1 del Código Civil —en sede de tutela—.

[132] GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL C. (1991). Comentario al artículo 301 del Código Civil, *op. cit.,* 859; COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). El defensor judicial, *op. cit.,* 2070-2071.

[133] En el mismo sentido, *vid.*, el artículo 224-5.1 del Código Civil catalán; y artículo 141.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón.

[134] Señala LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *op. cit.*, 483, que, no obstante, la autoridad judicial puede señalar un plazo prudencial, atendidas las circunstancias del caso.

[135] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 295-296; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). El defensor judicial, *op. cit.*, 2071. Para JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* «Defensor judicial», *op. cit.*, 349, sí que debe prestar fianza.

[136] GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *op. cit.*, 860, exige que la retribución del defensor la motive el juez en el auto de nombramiento.

[137] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, 328.

[138] MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 282.

[139] PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica, *op. cit.*, 418-419.

[140] El artículo 74 de la LRC relativa a la inscripción de determinadas representaciones legales dispone al respecto que: «*1. Tienen acceso al registro individual la representación del ausente y la designación de defensor judicial en el caso previsto en el artículo 299 bis del Código Civil*». Aunque este precepto de la LRC de 2011 reformado por la Ley 15/2015 sigue aludiendo al artículo 299 bis del Código Civil; con la reforma a la Ley 8/2021 este último precepto ha sido derogado en la disposición derogatoria única de esta Ley.

[141] En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 422. Si bien, va más lejos y califica la referencia a «la autoridad judicial» de los artículos 295 y 278 del Código Civil como incompatibles con el tener de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

[142] MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *Revista de Derecho Privado*, número 5, septiembre-octubre, 68, considera acertada la intervención del juez, pues, es él quien mejor conoce las circunstancias concretas del caso y, lo que es mejor para el menor o la persona con discapacidad.

[143] En esta línea, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *op. cit.*, 55, nota 21 con cita de la sentencia, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 —*RJ* 2017, 4760— entiende como razonable el nombramiento de defensor judicial «en caso de ausencia de personas próximas a las que acudir (…), siendo lo razonable acudir a una institución dedicada a promover la protección y defensa de personas con discapacidad».

Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Bilbao), sección 4.ª, de 18 de febrero de 2022 (Roj. SAP BI 391/2022; ECLI:ES:APBI:2022:391) se nombra defensor judicial a la Diputación Foral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 15 de marzo de 2022 (LA LEY 131268, 2022) se nombra defensor judicial a la Fundación Matinal.

[144] En este sentido, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 420.

[145] En esta línea, MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 303.

[146] Se muestra crítica con la redacción del artículo 295 del Código Civil, MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 288-289 pues, considera que tenía mejor redacción el antiguo artículo 299.2 del Código Civil al incluir los supuestos de abandono voluntario del cargo o negligencia, mientras que el precepto actual se refiere exclusivamente a los casos de imposibilidad.

Por su parte, GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.*, 468 indica que la expresión «cualquier causa» hace referencia a dos supuestos: «primero, que la persona que presta los apoyos no puede momentáneamente ejercerlos por alguna imposibilidad temporal, en cuyo caso se nombrará un defensor que le sustituya en el acto concreto que se trate hasta que la causa determinante haya desaparecido; y, segundo, que la persona que presta los apoyos no pueda desempeñar sus funciones por una causa

que se prevea como duradera o definitiva en cuyo caso procederá el nombramiento de defensor judicial hasta que se nombre a otra persona».

[147] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 17 de marzo de 2022 (LA LEY 171406, 2022).

[148] En esta línea, TORAL LARA, E. (2022) El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.,* 310.

[149] En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.,* 410.

[150] *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796, 2006); y el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 225845).

[151] *Vid.*, la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 6507).

[152] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (Roj. STS 3800/2012; ECLI:ES:TS:2012:3800).

[153] FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.,* 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.,* 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.,* 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial, *op. cit.,* 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado*, marzo, 211 quien, asimismo, precisa que «debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

[154] *Vid.*, sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, 20 de diciembre de 2004 (Roj. SAP VI 853/2004; ECLI:ES:APVI:2004:853).

[155] Puede alcanzar al ámbito sucesorio: en relación con la partición de la herencia (resoluciones de la DGRN de 6 de noviembre de 2002 *(RJ* 2003, 444); y, de 19 de abril de 2017 *(RJ* 2017, 1880); en los casos de herencia yacente, cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento. En todo caso, se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado si condición de heredero ni por supuesto su aceptación (resoluciones de la DGRN núm. 13000/2017, de 18 de octubre *(RJ* 2017, 5860); núm. 88/2019, de 12 de diciembre de 2018 *(RJ* 2018, 5622); de 15 de octubre de 2019 *(RJ* 2019, 4740); de 4 de noviembre de 2019 *(RJ* 2019, 4765); y Resoluciones de la DGSJFP de 31 de mayo de 2022 *(JUR* 2022, 219116); y, de 19 de julio de 2022 *(JUR* 2022, 267926).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 11 de octubre de 2019 *(AC* 2020, 55) dispone que, la sola concurrencia de ambas personas (tutora de la hermana y la hermana (tutelada) no determina por sí sola la existencia de un conflicto de intereses.

Y, en fin, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 472/2021, de 30 de junio *(RJ* 2021, 3065) estima el recurso extraordinario por infracción procesal al no haberse suspendido el proceso en el que una de las personas demandadas, en concreto, Dª Azuzena estaba incursa en un proceso de modificación de su capacidad y posteriormente, se dictó sentencia en la que se limitó su capacidad, y se nombró curadora a su madre Dª Esther, con la que presentaba un conflicto de intereses en el litigio, sin que se comunicara al Ministerio Fiscal, ni le fuera nombrado defensor judicial; lo que era incluso necesario una vez que se dictó la sentencia en la que se modificó la capacidad de dicha codemandada, por existir conflicto de intereses entre Dª Azuzena y su curadora. Ambas eran codemandadas (D.ª Azuzena como heredera del administrador que lo fue en un determinado periodo de tiempo y D.ª Esther como administradora que lo fue en un periodo posterior). Con ello se vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, causando indefensión a la codemandada D.ª Azuzena puesto que no compareció en el proceso y no pudo realizar alegaciones y proponer prueba en defensa de sus derechos e intereses.

[156] *RJ* 2012, 9722.

[157] ROJ STS 555/2022; ECLI:ES:TS:2022:555.

[158] *JUR* 2022, 267919.

[159] MARTÍN AZCANO, E.M.ª, El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.,* 290. En esta línea, GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.,* 467 que, asimismo, señala que «el conflicto de intereses ha de surgir necesariamente de manera posterior al nombramiento».

[160] DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 780, 2227-2229; ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 837.

[161] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 262132).

[162] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 25 de marzo de 2022 (LA LEY 91705, 2022).

[163] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.,* 537.

[164] MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.,* 295.

[165] Para RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. 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, 230, cuando la necesidad de apoyo sea continúa o permanente, se procederá al nombramiento de la curatela, mientras que cuando se lleven a cabo actos puntuales, aunque, tal necesidad sea regular, bastará el nombramiento de defensor judicial. A lo que añade que será suficiente «con una necesidad de apoyo continuo, de cualquier género o intensidad, que no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional, para dar pie al nombramiento de un curador».

[166] La exposición de motivos de este Decreto Ley 19/2021 dispone que: «(…) mientras el proceso de adaptación del Código Civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlamento de Cataluña, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urge establecer un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada.

Así pues, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, hay que establecer urgentemente un régimen legal adaptado a las premisas de la Convención de Nueva York y que sirva para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos que se emprendan a partir de ahora en Cataluña. El mismo régimen servirá también de referencia para revisar las medidas aplicadas a las personas que en la actualidad se encuentran sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana.

Si no se aprueba de manera inmediata una modificación legislativa, la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, generaría un vacío legal en Cataluña, porque suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad. Cataluña dispone de una regulación civil propia en la materia, constitucionalmente protegida y actualmente vigente. Esta Ley estatal, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los

artículos 111.2 y 111.5 del Código Civil de Cataluña. La regulación civil catalana se vería fuertemente afectada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, si no se regulan los apoyos que se acomodan a la nueva concepción de la capacidad, vista la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. En este sentido, la laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, a la vez que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre y falta de seguridad jurídica. Por ello, la Generalidad de Cataluña, competente en derecho civil, tiene que llenar este vacío legal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva.

Los diversos instrumentos legislativos de urgencia o de tramitación rápida, como las tramitaciones urgentes o la tramitación por lectura única, no permiten que la modificación legal pueda estar aprobada y entrar en vigor antes del día 3 de septiembre. El único instrumento normativo que permite la celeridad requerida para cubrir el vacío normativo que podría producirse es el decreto ley, que es el que se adopta para establecer el régimen de los apoyos a la capacidad de las personas.

El nuevo régimen que establece este decreto ley se fundamenta en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. La regulación vigente de la asistencia tenía que ser modificada ya que, a pesar de que parte de premisas coherentes con la Convención de Nueva York, su contenido es incompleto y no permite ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. La reforma introducida por este decreto-ley permite aplicarla con todo el abanico de facultades que la persona concernida pueda necesitar e incorpora como novedad que se puede designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial. Esta segunda vía permite avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial.

A partir de la entrada en vigor de este Decreto Ley, por lo tanto, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán solo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta.

Por coherencia con los cambios regulados en este Decreto Ley, el Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad pasa a denominarse Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica».

[167] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 10 de febrero; de 4 de mayo y de 1 de junio de 2022 (Roj. SAP B 1067/2022; ECLI: ES:APB:2022:1067; y, LA LEY 129075, 2022; *JUR* 2022, 258183).

[168] Para BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.,* 409 entiende que hay problemas de concordancia entre el artículo 250 párrafo sexto y el artículo 295, pues, aquel solo remite a una sola causa, la de apoyo para nombrar defensor judicial, por lo que resulta incompleto.

[169] PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica, *op. cit.,* 430.

[170] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre (El Derecho), 104.

[171] *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 31 de marzo de 2022 (Roj. SAP GR 602/2022; ECLI:ES:APGR:2022:602).

[172] No obstante, para TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 329 «el carácter provisional de la figurar en este concreto supuesto de actuación puede hacer recomendable la limitación de sus facultades a lo estrictamente necesario, mientras se tramita el procedimiento de designación de la nueva figura de apoyo o se reincorpora la medida de apoyo principal original».

[173] Al respecto, la resolución de la DGRN de 13 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 4988) permite el nombramiento de un defensor judicial para representar al tutelado en todas las juntas que celebre una sociedad tanto ordinarias como extraordinarias, sin que sea necesario el nombramiento específico del defensor judicial para cada una de ellas (acto concreto y asilado sino para una situación concreta de conflicto).

[174] Para GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 298 del Código Civil, *Op. cit.*, 475 corresponde a la autoridad judicial fijar el precio mínimo previo recibimiento a prueba del correspondiente informe pericial.

[175] En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 332.

[176] En esta línea, GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2021). La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les presten el apoyo en el anteproyecto de la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En: J. Átaz López y J.A. Cobacho Gómez (dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 998-999.

[177] Sin embargo, para TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 335 «el defensor judicial responderá por los daños que la persona con discapacidad cause a terceros con base en lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil, responsabilidad que será solidaria con la de la propia persona con discapacidad por lo establecido en el artículo 299 del Código Civil».

[178] En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 428-429.

[179] El artículo 42 bis a) apartado 3 de la LJV señala que: «*Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente*».

[180] Establecen los Autos de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 20 y 31 de enero de 2022 (Roj. AAP VA 108/2022; ECLI:ES:APVA:2022:108A; y, Roj. AAP VA 50/2022; ECLI:ES:APVA:2022:50A) manifiestan que: «en el artículo 42bis c) de la LJV no prevé que a la solicitud debe acompañar documento alguno, por más que después el juez, incoado el expediente pueda recabar dictamen pericial cuando así lo considere necesario, dictamen que por razones obvias, será en la mayor parte de los casos de carácter sanitario y/o social».

[181] El artículo 42 bis b) apartado 2 establece que: «*La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial*».

1.3. Derechos Reales

El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Agreement of forfeiture, today: critical analysis of the figure, in the light of the most recent jurisprudence and doctrine of the Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en algunas de sus últimas resoluciones, ha abordado el análisis de la prohibición del *pacto comisorio* en las garantías reales, perfilando los contornos de esta prohibición, es decir, definiendo el margen de juego de la autonomía privada. Esto aconseja un análisis crítico de las últimas resoluciones y sentencias en las que se aborda el problema de la consecuencia comisoria en las relaciones jurídicas de garantía, y la actualidad de los llamados *pacto marciano* y del *pacto ex intervallo* como modalidades de consecuencia comisoria. El objeto de este trabajo es no solo presentar una exposición ordenada de las cuestiones principales en esta materia, sino también un análisis crítico del actual estado doctrinal y jurisprudencial sobre ella.

ABSTRACT: The Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, in some of its latest resolutions, has faced the analysis of the prohibition of the «agremment of forfeiture» in security guarantees, outlining the limits of this prohibition, that is, defining the limits of the private autonomy. This situation recommends a critical analysis of the latest resolutions and judgments in which the problem of the commissary consequence in the legal relations of guarantee is faced, and the actuality of the so-called pacto marciano (marcian agreemient) and the ex intervallo agreement as modalities of commissary consequence. The aim of this work is not only to present an orderly exposition of the main issues in this matter, but also a critical analysis of the current doctrinal and jurisprudential conclusions.

PALABRAS CLAVE: Pacto comisorio. *Pacto marciano*. *Pacto ex intervallo*. Dación en pago, *fiducia cum creditore*.

KEY WORDS: Agreement of forfeiture. Marcian agreement. Ex intervallo agreement. Accord and satisfaction. Fiducia cum creditore.

SUMARIO: I. EL PACTO COMISORIO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE GARANTÍA. CONCEPTO Y MODALIDADES. 1. La importancia del fundamento de la prohibición del pacto comisorio. la pretendida admisión del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* y *pacto ex intervallo*. 2. El *pacto marciano*, y su admisión en el derecho español a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. 3. El pacto comisorio *ex intervallo* y su *cuestionable* admisibilidad en el derecho español a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.—II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO - CONSECUENCIA COMISORIA, DESDE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. IDEAS GENERALES.—III. PACTO COMISORIO Y DACIÓN EN PAGO. 1. Dación en pago pactada al tiempo del nacimiento de la obligación. A) *Dación en pago futura, instrumentalizada a través de un derecho de opción en favor del acreedor*. B) *Dación en pago presente, instrumentalizada a través de una transmisión actual al acreedor, pero resoluble a través de un derecho de retracto en favor del deudor*. C) *Conclusiones de este apartado*. 2. Dación en pago pactada después del nacimiento de la obligación. A) *Dación en pago pactada antes del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata*. B) *Dación en pago pactada después del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata*.—IV. PACTO COMISORIO / CONSECUENCIA COMISORIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE*. 1. El negocio fiduciario *cum creditore* (transmisión fiduciaria *cum creditore*) como mecanismo de garantía. 2. Análisis crítico. Conveniencia de abandonar el negocio fiduciario *cum creditore* - titularidad fiduciaria en garantía.—V. EL *PACTO MARCIANO* EN EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Ideas previas. 2. La regulación del Real Decreto Ley 5/2005, como argumento en favor del *pacto marciano*. Análisis crítico.—VI. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. EL PACTO COMISORIO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE GARANTÍA. CONCEPTO Y MODALIDADES

En una primera aproximación, podría definirse el pacto comisorio como aquel acuerdo en virtud del cual, en el marco de una relación jurídica de garantía real, se permite al acreedor garantizado *apropiarse* del bien objeto de dicha garantía real como forma de ejecución de esta, esto es, para el caso de que se incumpla la obligación garantizada[1].

Este tipo de «pactos» *no está* permitido en el Derecho español. Basta leer los artículos 1858, 1859 y 1884 del Código Civil para llegar a esta conclusión. Puede así hablarse de una general *prohibición del pacto comisorio* en sede de garantías reales: el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca; el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido; en caso de que venza la obligación garantizada, los bienes objeto de la garantía han de ser enajenados para pagar al acreedor[2].

Sin embargo, y como se ha adelantado, la cuestión es mucho más compleja, y ello en un doble orden de ideas:

1) En primer lugar, porque el fundamento teleológico o finalista de la prohibición del pacto comisorio ha ocupado un lugar preminente en la explicación de dicha prohibición, hasta el punto de condicionar los límites de esta. En este sentido, se ha afirmado que cuando en un caso concreto no pueda decirse que

están presentes los peligros que la general prohibición del pacto comisorio pretende conjurar, no hay razón para impedir la consecuencia comisoria-apropiatoria pretendida. Esta es la base en la que se asienta una común permisión del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* y en su modalidad de *pacto ex intervallo*, modalidades ambas a que más adelante nos referiremos.

2) En segundo lugar, porque para llegar a resultados apropiados, debemos manejar un concepto «amplio» de «garantía real» o de «derechos reales de garantía» en cuyo marco entender vigente la prohibición el pacto comisorio. La razón de ello es que, por lo general y precisamente por la franca prohibición de dicho pacto positivizada en sede de prenda, hipoteca y anticresis, la consecuencia comisoria no se presenta en la práctica como un *pacto* que derechamente permita la apropiación del bien por el acreedor, sino que dicha consecuencia comisoria es el resultado indirecto o disimulado de una relación jurídica más compleja que exige una labor interpretativa sobre la verdadera intención de los operadores del tráfico.

El análisis de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) (DGRN / DGSJyFP) pone de manifiesto que la consecuencia comisoria prohibida, puede esconderse detrás de ventas simuladas, daciones en pago, derechos de opción, o transmisiones fiduciarias: todas estas construcciones negociales más o menos complejas, que indirectamente pueden perseguir una consecuencia comisoria oponible *erga omnes* en favor de un acreedor y proscrita por el Derecho, deben ser consideradas como (análogas a las) «garantías reales» a estos efectos. Lo contrario dejaría abierta una puerta al fraude de ley que dejaría inoperativa la repetida prohibición (cfr. art. 6.4 CC)[3]. En este sentido, en la jurisprudencia son claras entre otras las SSTS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013) y de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020)[4].

Evidentemente, no se conculca la prohibición del pacto comisorio cuando no hay presente una función de garantía de cumplimiento de una obligación, marcadamente cuando la adquisición del bien sea directamente querida, y no como una consecuencia secundaria o de garantía para el caso de incumplimiento de otra obligación distinta y principalmente querida[5].

1. La importancia del fundamento de la prohibición del pacto comisorio. la pretendida admisión del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* y *pacto ex intervallo*

No hay estudio que se haya hecho sobre la prohibición del pacto comisorio, que no dedique una de sus partes al fundamento teleológico de dicha prohibición. Esto ha llevado con seguridad a que tal fundamento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ocupe un lugar esencial en la explicación de esta materia, y especialmente en la delimitación de su radio de acción. La razón de la importancia del argumento teleológico en esta materia, radica en que el pacto comisorio es un límite a la autonomía privada, y en este sentido una tal limitación solo debe mantenerse en tanto y en cuanto se actualice la razón por la que el Legislador prevé tal límite, y no más allá. Esta forma de razonar es lo que ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a admitir la validez de dos modalidades de pacto comisorio, no obstante la prohibición de los artículos 1859 y 1884: nos referimos al *pacto marciano* y al *pacto ex intervallo*,

que han obtenido reconocimiento entre los autores[6], en la jurisprudencia[7], y en la doctrina de la DGRN / DGSJyFP[8].

2. El *pacto marciano*, y su admisión en el derecho español a la luz de la doctrina y la jurisprudencia

La prohibición del pacto comisorio no es moderna, y procede del Derecho Romano, concretamente de la época del emperador Constantino[9]. Pero ya en el Corpus justinianeo se pone de manifiesto, de forma más o menos implícita, la importancia de la lectura de la prohibición del pacto comisorio en clave finalista. Resulta fundamental en este sentido el conocido pasaje de Marciano recogido en D.20.1.16, 9: «*Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición* (…)»[10]. Este pasaje resulta clave en el estudio del pacto comisorio, pues describe una consecuencia comisoria en sede de derechos reales de garantía, que *sí* puede pactarse, y en este sentido delimita la general prohibición del pacto comisorio. Esta modalidad de pacto comisorio permitido, como es fácil intuir, es el conocido como *pacto marciano*, y ha sido admitida en su formulación romana, últimamente, por las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y (1.ª) de 10 de marzo de 2022, que califican el *pacto marciano* en los derechos de garantía como una suerte de *compraventa sometida a condición suspensiva*.

Decimos que aquí se pone de manifiesto la importancia del argumento teleológico de la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía, porque a pesar de su prohibición general, *sí* se permite si al constituirse la garantía, se acuerda que el acreedor pueda apropiarse del bien grabado *mediante pago de su justo precio* (descontando, lógicamente, lo ya pagado por el deudor). De aquí se deduce que la razón de la prohibición general del pacto comisorio, es evitar que la apropiación del bien gravado en favor del acreedor pueda implicar un grave perjuicio tanto al deudor mismo, como a los demás acreedores que este pudiera tener, toda vez que, como es de suponer, el valor del bien gravado superará el valor de la deuda garantizada ya en el momento inicial (cuanto más, si la apropiación del bien como forma de ejecución se produce en favor del acreedor cuando la obligación garantizada ha sido cumplida parcialmente). El pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* conjura este peligro, y por tanto, en principio no debiera haber problemas para su admisión[11].

Resultan especialmente claras en este sentido las STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2019 (núm. 12/2019), a la que sigue la posterior SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2020[12].

A esto hay que añadir que, en los últimos años, el *pacto marciano* ha sufrido un especial impulso, al amparo de una norma pensada para el sector financiero. Nos estamos refiriendo al *Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*. Por cuestiones sistemáticas, nos remitimos a lo que más abajo se explica sobre esta cuestión. Pero valga adelantar ya que la consideración a esta norma con rango legal, ha servido de argumento para que un sector muy relevante de la doctrina, haya afirmado que «tanto la prohibición de *constitución de la garantía por medio del dominio* como la prohibición de la *ejecución de la garantía mediante*

apropiación comisoria han dejado de ser principios generales de nuestro Derecho de garantías»[13]. Más abajo nos detendremos en este punto.

3. El pacto comisorio *ex intervallo*, y su *cuestionable* admisibilidad en el derecho español a la luz de la doctrina y la jurisprudencia

Directamente relacionado con lo anterior, es común la idea de que el pacto comisorio pone de manifiesto una situación de superioridad del acreedor garantizado, o lo que es igual, una situación de inferioridad, necesidad o angustia del deudor, pues no parece razonable que, en un contexto de equilibrio negocial, alguien pudiera aceptar un acuerdo (el pacto comisorio) tan gravemente perjudicial para sus intereses.

La conexión entre el perjuicio que supone el pacto comisorio, y la verosímil situación de necesidad del deudor que acaba aceptándolo, se pone de manifiesto en la legislación de Partidas, concretamente en la Ley XLI, Título V, Partida V[14], y es francamente aceptado por GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias* al Proyecto de 1851[15].

De forma similar a como se llega a la validez del *pacto marciano*, se llega a la siguiente deducción: si el contexto negocial del que surge el pacto comisorio, no pone de manifiesto que ha habido una situación de necesidad o angustia por parte del deudor para aceptar ese acuerdo de comiso, tampoco la prohibición del pacto comisorio ha de alcanzar a la validez y eficacia de dicho acuerdo. Y en este sentido, se añade: si el pacto de comiso se acuerda *después* de haberse constituido la relación obligatoria de la que surge la deuda, ya no existe el peligro que la prohibición del pacto comisorio pretende conjurar. Obviamente, esta forma de razonar tiene en mente una relación de préstamo o mutuo de dinero, en la que el deudor de la obligación es el prestatario (obligado a devolver el dinero recibido), y el pacto de comiso se produce cuando el prestatario ya ha recibido el capital que más adelante habrá de devolver: en este contexto, se ha afirmado que no puede decirse que el prestatario se haya visto abocado a aceptar el pacto de comiso por su situación de necesidad de dinero[16]. Esto último ha permitido dar carta de naturaleza a una modalidad de pacto comisorio: el pacto comisorio *ex intervallo*, que ya los juristas castellanos admitieron como una modalidad válida de pacto comisorio[17].

Hoy, la validez del pacto comisorio *ex intervallo* parece admitirse, si bien con cautelas, y con mayores dificultades que el llamado *pacto marciano*, tanto por los autores, como por el Tribunal Supremo[18] y por la DGRN /DGSJyFP[19].

Estas dificultades y «cautelas» con que se nos indica que puede admitirse el pacto «ex intervallo», obligan a cuestionarse la admisibilidad de este tipo de pacto.

Un análisis de los trabajos doctrinales que se han dedicado al estudio del pacto comisorio, y la lectura de las resoluciones de la DGRN-DGSJyFP de los últimos años, muestra cómo los perfiles del llamado pacto comisorio *ex intervallo* se han diluido progresivamente, de manera que parece razonable cuestionarse su utilidad. Ello por dos razones:

1) En líneas generales, el *pacto marciano* no plantea hoy día en el panorama jurídico español mayores problemas para su admisibilidad, no ya solo porque la valoración objetiva y la restitución del *superfluum* al deudor conjuran los peligros que el pacto comisorio puro conlleva, sino también por una razón práctica, que radica en lo costoso, lento, y en ocasiones insatisfactorio, que son tanto

para deudor como para acreedor los procedimientos de ejecución hipotecaria o pignoraticia (ya sean judiciales o extrajudiciales)[20]. Sin embargo, el llamado pacto comisorio *ex intervallo*, si bien su admisibilidad cuenta con precedentes en nuestro Derecho, esta admisión siempre se ha hecho «con las debidas cautelas». Cuando nos preguntamos cuáles son esas «cautelas» que han de rodear la admisibilidad del pacto comisorio *ex intevallo*, se difuminan las fronteras entre este y el *pacto marciano*. Más allá de las cautelas *probatorias* de la posterioridad del pacto respecto al surgimiento de la deuda[21], cuando la doctrina más reciente ahonda en las cautelas *materiales* para su admisibilidad, estas acaban refiriéndose a la necesidad de una valoración objetiva del bien, y a que el deudor sea el destinatario del *superfluum* (diferencia positiva entre el valor del bien y el *quantum* de la deuda)[22]. Esto supone, de hecho, la dilución del *pacto ex intervallo* en el *pacto marciano*: si se admite el *pacto marciano* acordado *ex ante*, no hay ninguna razón para admitirlo *ex post*.

2) En otro orden de ideas, pero muy relacionado con lo anterior, se ha señalado que la prohibición del pacto comisorio en el Derecho español comparte fundamentos con la regulación contra la usura[23], lo que abre una línea de razonamiento muy interesante en esta sede[24], ya que la apropiación por parte del acreedor del bien objeto de la «garantía» por el solo hecho del incumplimiento de la obligación garantizada, no pudiendo encontrar justificación causal (título) en un negocio con finalidad de garantía, debe encontrarse en la causa onerosa (cfr. art. 1274 CC) de un préstamo remunerado (ya que, de no ser remunerado, solo obligaría a la *devolución* del *tantundem*), pues parece verosímil descartar en estos casos la causa remuneratoria y la causa lucrativa a que también se refiere el artículo 1274 del Código Civil. La consecuencia comisoria (apropiatoria) supondría, así, el resultado que la regulación proscriptora de la usura pretende impedir: la remuneración excesiva en favor del prestamista, representada aquí por la diferencia (presumiblemente muy a su favor) entre el valor del bien apropiado, y la deuda pendiente incumplida[25].

En este punto, conviene recordar que el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura (LRU) dispone que «*será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*». De la lectura de este precepto, parece derivarse que la hipótesis de usura tiene dos aspectos o prismas que han de concurrir: uno *objetivo* (remuneración excesiva para el prestamista) y otro *subjetivo* (situación angustiosa, inexperiencia o limitaciones mentales del prestatario)[26]. Pero en realidad, y hoy día, lo que hemos llamado aspecto *subjetivo* no es parte del supuesto de hecho de la usura como la define la LRU, ni elemento constitutivo de la pretensión de declaración de nulidad cuya prueba habría de corresponder al demandante (de ordinario, el prestatario)[27].

Si trasladamos este esquema de razonamiento al estudio del pacto comisorio en su modalidad de *pacto ex intervallo*, comprobamos cómo el hecho objetivo y en sí mismo considerado de que la consecuencia comisoria-apropiatoria se pacte *después* de contraída la deuda, no puede ser demostrativo, ni siquiera indiciario, de que no concurre la situación que la prohibición del pacto comisorio quiere evitar, pues de la misma forma que sucede con la normativa de represión de la usura, la situación más o menos angustiosa del deudor es irrelevante ante la proscripción del pacto comisorio, si la consecuencia comisoria se da realmente.

Las «cautelas» con que parte de la doctrina acepta el pacto comisorio *ex intervallo*, no pueden ser cautelas relativas a la *libertad del consentimiento* y a la falta de *presiones o angustia* del deudor, de la misma forma que un préstamo no deja de ser usurario por el solo hecho de que el desproporcionadamente alto interés remuneratorio acordado no haya sido consecuencia de la inexperiencia del prestatario, de su angustia económica o de lo limitado de sus facultades mentales[28].

Esto ha hecho que las «cautelas» con las que se ha de admitir el *pacto ex intervallo* se hayan desplazado, desde las cautelas «subjetivas» del prestatario, hacia las cautelas «objetivas» típicas del *pacto marciano*, provocando la mencionada dilución de aquel en este. Ejemplo de ello es la tesis mantenida en la RDGSJyFP de 28 de enero de 2020, que consideramos acertada[29].

Coincidimos, en definitiva, con FELIU REY cuando expuso que el pacto comisorio *ex intervallo* será posible gracias a la mitigación introducida con la figura del *pacto marciano* con las cautelas y en los términos expuestos al estudiar dicho pacto. Esto, de hecho, supone la negación del *pacto ex intervallo* como una modalidad distinta del *pacto marciano*, y conlleva una aproximación a lo previsto en el artículo 2744 del Codice Civile: «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. *Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno*» (la cursiva es añadida)[30].

II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO - CONSECUENCIA COMISORIA, DESDE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. IDEAS GENERALES

En el epígrafe anterior hemos intentado presentar el pacto comisorio prohibido, y sus dos modalidades *pacto marciano* y *pacto ex intervallo*, en su «pureza», esto es, en sí mismos, como consecuencia jurídica de apropiación en una relación jurídica de garantía.

En cierto sentido, el pacto comisorio seguramente solo puede estudiarse como *consecuencia jurídica* (consecuencia comisoria o de apropiación), y no como un *supuesto de hecho específico*, en el entendido que no hay un supuesto de hecho típico de pacto comisorio como realidad negocial. La realidad demuestra que no hay un *pacto* comisorio, sino *consecuencias comisorias*, que son las que están realmente proscritas. En este sentido, quizá fuese mejor dejar de hablar de *pacto comisorio*, y comenzar a hablar de *consecuencias comisorias en las relaciones jurídicas de garantía*.

En cualquier caso, lo anterior dificulta el análisis del pacto comisorio, pues a este análisis se superpone también el análisis de los mecanismos más o menos complejos que los actores del tráfico emplean para procurar la consecuencia comisoria prohibida, a veces bajo la apariencia del uso de instituciones perfectamente admitidas (como sucede con la dación en pago, transmisiones sometidas a condición), y otras veces (las que plantean una dificultad aún mayor) bajo la apariencia de instituciones cuya admisibilidad es, en sí misma, bastante dudosa (como sucede con las transmisiones fiduciarias *cum creditore*).

III. PACTO COMISORIO Y DACIÓN EN PAGO

Los autores se han cuestionado la admisibilidad de la dación en pago como medio solutorio de la deuda garantizada con garantía real; concretamente, en

la hipótesis en que el objeto de la dación es el bien gravado con dicha garantía. El cuestionamiento de su admisibilidad se hace desde la prohibición el pacto comisorio, toda vez que en los casos referidos de dación en pago, *externamente* se produce una consecuencia similar a la que la prohibición del pacto comisorio pretende impedir: que el acreedor se apropie directamente del bien objeto de la garantía.

No es este el lugar para analizar la naturaleza jurídica de la dación en pago como medio solutorio/subrogado del cumplimiento, que mayoritariamente se ha aproximado a una compraventa (en la que la cuantía debida, por efecto de la dación en pago, se recalifica como *precio*); nos basta con tener presente que, en primer lugar, en cuanto a sus consecuencias implica que el acreedor y titular de la garantía real se hace dueño directamente del bien gravado con dicha garantía; y en segundo lugar, que la dación en pago es fruto de la autonomía privada y, en este sentido, puede acordarse a lo que ahora interesa en dos momentos distintos: en el momento mismo de constituir la garantía, o en un momento posterior. En este sentido, no es de extrañar que la admisibilidad de la dación en pago se haya analizado, en el primer caso, desde la prohibición del pacto comisorio *puro*, y en el segundo caso, desde la prohibición o admisibilidad del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*.

1. Dación en pago pactada al tiempo del nacimiento de la obligación

Los autores, la DGRN/DGSJyFP, y la jurisprudencia, equiparan la *dación en pago pactada al tiempo del nacimiento de la obligación* con el pacto comisorio prohibido, y en este sentido, se ha defendido la nulidad de ese pacto[31].

Creemos que esta es la conclusión correcta, aunque no hay unanimidad[32].

Para mejor comprender las razones de esta conclusión, resultará interesante aproximarse a la práctica y comprobar qué mecanismos se emplean para pretender eludir la prohibición del pacto comisorio, empleando la institución (a priori válida) de la dación en pago: en ocasiones, la dación en pago se acuerda como una dación en pago *futura*, instrumentalizada a través de un derecho de opción (que se ha venido a denominar «opción de dación en pago») en favor del acreedor; en otras ocasiones, la dación en pago se acuerda como una dación en pago *de presente*, pero resoluble, lo que se instrumentaliza a través de un derecho de retracto en favor del deudor.

En cualquiera de los dos casos, se pretende una función de garantía, con eficacia jurídico real, pero con consecuencia apropiatoria del bien (*rectius*, de su domino) objeto de uno y otro derecho (opción o retracto): tanto el derecho de opción en el primer caso, como el retracto en el segundo, permiten a su respectivo beneficiario una prioridad jurídico-real sobre el bien objeto de cada una de ellas, que a efectos prácticos se traduce en una purga/inoponibilidad de los actos dispositivos y de los embargos y demás derechos personales que hayan podido realizarse o surgir en el ínterin entre la constitución del derecho de opción o del retracto, hasta su, en su caso, ejercicio efectivo. La única diferencia (irrelevante para que ambos grupos de casos merezcan el mismo juicio negativo) es que la consecuencia apropiatoria del bien en favor del acreedor se produce, en uno y otro caso, en orden inverso: en el primero (derecho de opción) el incumplimiento faculta al acreedor a la adquisición del bien, con fundamento en el derecho de opción; mientras que en el segundo (retracto) el incumplimiento es lo que impide al deudor el ejercicio del retracto por caducidad del mismo, consolidándose así el dominio en favor del acreedor.

A) Dación en pago futura, instrumentalizada a través de un derecho de opción en favor del acreedor

Muy ilustrativa es al respecto la *RDGRN de 20 de julio de 2012*, en la que se califica la pretendida dación en pago acordada *ex ante* con fines solutorios, como una transmisión — propiedad sometida a doble condición: suspensiva para el acreedor, y resolutoria para el deudor, siendo el hecho condicional en ambos casos el impago de la deuda que, en el caso tratado por el Centro Directivo, tenía por causa un préstamo de dinero. En esta resolución, la Dirección General confirma que estamos ante un supuesto de negocio indirecto, en el que a través de una forma perfectamente admitida (la dación en pago), se persigue una finalidad prohibida (comiso). Y ello porque la dación en pago, acordada como medio satisfactorio para el acreedor *ab initio obligationis*, y por tanto antes de que existiera una deuda líquida, vencida y exigible que pudiera satisfacerse con esa dación (solo eventual al tiempo del nacimiento de la relación obligatoria), cumple típicamente una función de garantía, aunque externamente se la llame «dación en pago». Consecuentemente, la situación no puede escapar al régimen imperativo de las garantías reales, entre el que está la prohibición del pacto comisorio[33].

La misma conclusión —prohibitiva— merece la hipótesis en que la dación en pago se hubiese pactado después, y con ocasión, de un incumplimiento de una deuda, pero ese pacto de dación en pago hubiese supuesto, directa o indirectamente, un nuevo plazo de vencimiento de la obligación para la que la dación se previó (haciendo coincidir la posibilidad de adjudicación en pago por el acreedor, con el nuevo vencimiento de la deuda). En tal caso, aunque ya se produjo el incumplimiento, y el pacto de dación en pago es posterior, dicho pacto ha supuesto un nuevo plazo de vencimiento, y la deuda ha devenido, inexigible. La hipótesis, por tanto, no merece un tratamiento distinto al ya mencionado en que la dación en pago se pacta como una posibilidad solutoria *ab initio obligationis*, y así lo puso de manifiesto la Dirección General en sus *resoluciones de 21 y 22 de febrero de 2013*[34], que en lo que ahora interesa son idénticas. No se entendió así, en cambio, en la *SAP de La Rioja de 18 de octubre de 2010 (núm. 397/2010)*.

Y la misma conclusión —prohibitiva también—, y por las razones apuntadas, merece el supuesto en que la dación en pago no se pacta en favor del acreedor, sino en favor de un fiador, de manera que esa dación pactada de futuro se prevea anticipadamente como forma de satisfacción del fiador en la hipótesis del artículo 1838 del Código Civil, esto es, para el caso de que el fiador fuese quien finalmente pague al acreedor. No lo entendió así la *Audiencia Provincial de Madrid (sección 11.ª) en su sentencia de 1 de septiembre de 2014*[35].

B) Dación en pago presente, instrumentalizada a través de una transmisión actual al acreedor, pero resoluble a través de un derecho de retracto en favor del deudor

Para comprender este grupo de casos, resulta muy ilustrativo el caso analizado en la *STS de 1 de marzo de 2013* (sentencia núm. 141/2013). En ella se trató de un caso en que una entidad y una persona física celebraron un negocio en virtud del cual la primera consignó, en concepto de «pago por tercero», una cantidad de dinero en el Juzgado que estaba llevando un procedimiento ejecutivo contra aquella persona física, con el fin de evitar la subasta y levantar el embargo trabado sobre un inmueble de esta. En este negocio, la persona física transmitió dicho inmueble a la entidad que había evitado la ejecución del mismo

«en concepto de dación en pago de la deuda» que había surgido por el pago por parte de la entidad de una deuda ajena (cfr. art. 1158 CC). Esa transmisión en concepto de dación en pago se había hecho incluyendo un pacto de retro por el que el transmitente podría recobrar el inmueble si, en un plazo de tres meses, reembolsaba a la entidad adquirente tanto cuanto esta había desembolsado para evitar la ejecución del inmueble, más 14.000 euros. También se acordó que, entretanto el derecho de retracto estuviese en vigor, el transmitente se mantendría en la posesión del inmueble.

El retracto finalmente no se hizo eficaz, caducando, y consolidando así el dominio de la entidad; pero el poseedor se mantuvo en la posesión del inmueble. Esto hizo que la entidad interpusiera demanda exigiendo la entrega del inmueble; el demandado (poseedor) reconvino alegando, entre otras razones, simulación negocial que disimulaba un pacto comisorio. En primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvención; el demandado apeló y la Audiencia estimó la apelación, revocando la sentencia de primera instancia, considerando que en efecto había existido un mecanismo simulatorio que encubría una finalidad de garantía y pretendida elusión de la prohibición del pacto comisorio. Finalmente, el demandante recurrió en casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial, «no solo porque la calificación del negocio jurídico es función propia de la instancia (…) sino también porque se advierte que no se trata de una deuda que se paga con una dación en pago (…) sino que el que figura como acreedor es en realidad un prestamista que le levanta un embargo y el importe es el objeto del préstamo con un interés del 20 % anual y con un plazo verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya una finca, si no le devuelve el dinero prestado, que figura como dación en pago y se formula como pacto de retro» (fundamento de derecho tercero), pero que en realidad es un pacto comisorio — consecuencia comisoria con función de garantía de la devolución del préstamo.

C) Conclusiones de este apartado

La dación en pago pactada *ex ante*, ya articulada como derecho de opción (dación en pago futura), ya articulada a través de un retracto convencional (dación en pago presente, pero resoluble a través del retracto), en la medida en que implican una consecuencia comisoria en el marco de una relación de garantía, caen en la prohibición prevista en el artículo 1859 del Código Civil.

A lo anterior no obsta que la dación en pago, como subrogado del cumplimiento, tenga carácter negocial y que se haya aproximado conceptualmente al contrato de compraventa, compraventa que, en todos los casos que hemos visto, podría calificarse como compraventa condicional (especialmente en los casos en que la dación en pago se articula como derecho de opción, hipótesis que parece aproximarse a la compraventa sometida a condición suspensiva para el acreedor-comprador). En tales casos, cabría preguntarse si ello no es, al fin y al cabo, similar a la hipótesis de compraventa condicional a que se refiere el conocido pasaje de Marciano de D.20.1.16, 9. El problema es que, en todos los casos analizados *supra*, no existía ningún mecanismo que hubiera permitido garantizar una valoración objetiva del inmueble apropiado por el acreedor, ni un adecuado destino del *superfluum* para el caso de que dicho valor superase el montante de la deuda pendiente[36]: en todos los casos, el valor de la deuda pendiente era el precio de la adjudicación, mediante un sencillo mecanismo compensatorio.

2. Dación en pago pactada después del nacimiento de la obligación

En este grupo de casos, hay que diferenciar a su vez dos subgrupos: en primer lugar, los casos en que la dación en pago se pacta *antes del vencimiento* de la deuda de cuya satisfacción se trata; y en segundo lugar, los casos en que la dación en pago se pacta *después* del vencimiento de la deuda, que ya ha devenido líquida, vencida y exigible. Esta distinción resulta fundamental, ya que se corre el peligro de intentar trasladar soluciones a problemas que solo son semejantes en apariencia, pero no en el fondo.

A) Dación en pago pactada antes del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata

La similitud de este caso, con la hipótesis en que doctrinal y jurisprudencialmente se plantea la admisibilidad del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*, parece evidente. Lógicamente la efectividad de la dación en pago pactada está condicionada a que se verifique el incumplimiento de la prestación principal de la obligación, para que pueda entrar este *subrogado del cumplimiento* (cumplimiento sustitutivo o mediante un *aliud*). En realidad, es indiferente que la dación en pago que se prevea en estos casos coexista con una relación jurídica de garantía real, y de que tanto dación como garantía tuvieran el mismo objeto: la dación en pago con efectividad condicionada al incumplimiento futuro, cumple *de por sí* función de garantía, esto es, abstracción hecha de que coexista con una relación jurídica de garantía previamente constituida. Ello se pone de manifiesto, no solo en el fin práctico que se pretende, sino también en que, a través del pacto de dación en pago futura se persigue la misma consecuencia reipersecutoria de las garantías reales, y que se traduce en el efecto de purga de todos los actos dispositivos que el dueño del bien pudiera haber realizado después del pacto de dación[37]. Tales fueron los casos estudiados en las ya mencionadas RRDGRN de 21 y 22 de febrero de 2013[38].

Esa clara función de garantía independiente y autónoma que tiene la previsión de la dación en pago en caso de incumplimiento, justifica con facilidad que a ella la resulten de aplicación la proscripción del pacto comisorio. Se comprenderá así la semejanza entre el pacto de dación en pago eventual, y el pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*; y solo en este sentido se debe entender, con DURÁN RIVACOBA, que estamos ante un «trasunto semejante al pacto comisorio *ex intervallo*», razón por la cual «en idéntica medida de las condiciones sobre su admisibilidad debe ser tratada»[39].

B) Dación en pago pactada después del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata

A diferencia del grupo de casos anterior, ahora la dación en pago no se prevé como *eventual* forma de satisfacción del crédito, ni desarrolla una función de garantía. En el grupo de casos que ahora vamos a estudiar, la dación pactada pretende tener una función solutoria *de presente*; no hay una función de garantía sino función de pago.

Esto aleja conceptualmente a la dación en pago del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*, y de forma más concreta, no conduce a considerar la (in)

validez de un tal pacto de dación en pago a la luz de la respectiva validez o no del pacto comisorio, ni en su modalidad de *pacto marciano*, ni en su modalidad de pacto comisorio *ex intervallo*; lo que no quiere decir que la dación en pago también en este grupo de casos pueda conducir a situaciones que socialmente pueden considerarse injustas, y en este sentido debamos preguntarnos por la respuesta que el ordenamiento ofrece. *Pero estas situaciones injustas son las generales de los negocios jurídicos*[40] *(desequilibrio de la carga conmutativa del negocio; vicios del consentimiento), y no las específicas de los derechos reales de garantía*[41 y 42].

En efecto, en línea de principio, la dación en pago, incluida la dación en pago de un bien previamente gravado con garantía real con fin solutorio de la obligación garantizada, debe admitirse cuando se acuerda para saldar de presente una deuda que es líquida, vencida y exigible[43].

IV. PACTO COMISORIO / CONSECUENCIA COMISORIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE*

1. El negocio fiduciario *cum creditore* (transmisión fiduciaria *cum creditore*) como mecanismo de garantía

Aunque durante décadas la jurisprudencia ha admitido la figura del negocio fiduciario *cum creditore*, esto es, la transmisión del dominio fiduciario con función de garantía, en realidad nunca ha terminado de perfilar de manera convincente su existencia en el Derecho español. Incluso parece que su admisión por la jurisprudencia deriva de una necesidad forzada de tal admisión, lo que se demuestra en algunas afirmaciones difíciles de comprender, y en ocasiones, abiertamente contradictorias.

La admisión *lógica* del negocio fiduciario *cum creditore* (transmisión fiduciaria-propiedad fiduciaria con función de garantía) presupone que a través de él, los actores del tráfico obtienen una utilidad que de otra forma no podrían obtener, y ello dentro del campo de juego de la autonomía privada (cfr. art. 1255 CC), marcadamente y a lo que ahora interesa, respetando la prohibición del pacto comisorio. En este punto *lógico*, la virtualidad de la transmisión fiduciaria en garantía se pone de relieve fundamentalmente en el tráfico inmobiliario, porque lo que se pretende con él no es (solo) gravar el inmueble, sino generar una situación que deslegitime en el tráfico al propietario deudor para llevar a cabo cualquier acto de dominio; en otras palabras: se pretende conseguir en el tráfico un efecto similar, al que tiene en sede de prenda la entrega del bien al acreedor pignoraticio[44], pero yendo incluso un poco más allá: la garantía del propietario fiduciario no consiste solo en deslegitimar al fiduciante (aspecto negativo), sino más: aparecer frente a terceros como *verus dominus* (aspecto positivo)[45].

Admitir el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria en garantía, significa que tiene finalidades prácticas que superan la afección dominical que implica la hipoteca (gravamen inmobiliario sin transmisión posesoria) o la anticresis (gravamen inmobiliario *con* transmisión posesoria); concretamente, significa que pretende la eficacia de la garantía pretendida con, y precisamente con, la transmisión del deudor al acreedor. Y es en este punto en el que la figura del negocio fiduciario *cum creditore* encuentra en la prohibición del pacto comisorio su principal escollo: debe tratarse de una *transmisión*, pero *no plena*, o dicho de otra forma, una transmisión *solo con función de garantía*. Esto explica que en la práctica, y *ad*

extra, para conseguir el pretendido efecto *transmisivo* se emplee la *compraventa*, dando apariencia de una transmisión definitiva, querida y a priori inamovible —se consigue así el efecto deslegitimador en el tráfico del *verus dominus*, dando además apariencia legitimadora al acreedor—; pero en las relaciones internas entre (pseudo)transmitente y (pseudo)adquirente, se degrade ese efecto transmisivo, que no se quiere pleno, sino solo a efectos de garantía —se consigue así también un efecto deslegitimador del *acreedor pseudo-adquirente*, y se pretende así igualmente impedir la consecuencia comisoria que, de otro modo, llevaría a la nulidad—. Se comprende así también con facilidad que, en la práctica, el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria *cum creditore*, se nos presente en el contexto de una simulación negocial.

Como consecuencia de todo lo anterior, la jurisprudencia ha admitido que en la transmisión fiduciaria *cum creditore*, se produce un *desdoblamiento* de la propiedad, y en este sentido se identifica una propiedad *formal* (la del fiduciario-acreedor) y una propiedad *material* (la del deudor) —cfr. *STS de 26 de julio de 2004 (núm. 814/2004)*, especialmente su fundamento de derecho cuarto—, lo que en palabras del mismo Tribunal Supremo, se trata de una situación *anómala* (por todas, STS de 8 de marzo de 1988, fundamento de derecho segundo), calificativo que resulta, cuanto menos, sorprendente en un contexto jurisprudencial que pretende la validez y eficacia de este tipo de negocio fiduciario. Esta titularidad formal en favor del acreedor (titular fiduciario) no supone que el bien entre en su patrimonio, pero sí supone a su favor una cierta eficacia, tanto en las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario, como frente a terceros:

1) En las relaciones internas, se reconoce en favor acreedor (titular fiduciario) un «ius retinendi», que impide que se imponga la restitución hasta que la obligación garantizada quede satisfecha.

2) *Ad extra*, la titularidad fiduciaria tiene una limitada eficacia real que, si bien no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio, «se revela frente a los acreedores del fiduciario a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacerse efectiva sobre la finca litigiosa» (*STS de 25 de febrero de 1988*, fundamento de derecho tercero), que convierte al crédito así garantizado en un crédito «reforzado» (STS de 1 de febrero de 2002 —fundamento de derecho tercero—). O como más recientemente se ha concluido, si bien el incumplimiento de la obligación garantizada no puede convertir al acreedor en dueño del bien objeto de la transmisión fiduciaria (debiendo proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor), sí tiene «la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo (cfr. *STS de 26 de julio de 2004 —núm. 814/2004—*, fundamento de derecho quinto; *STS de 30 de mayo de 2008 —núm. 465/2008—*, fundamento de derecho primero).

2. Análisis crítico. Conveniencia de abandonar el negocio fiduciario *cum creditore* — titularidad fiduciaria en garantía

Los intentos de encajar el negocio fiduciario *cum creditore*—propiedad fiduciaria en garantía en el Derecho español son, en buena medida, un difícil intento de equilibrio entre su pretendida admisión, el causalismo del sistema transmisivo y la prohibición del pacto comisorio. Esto ha llevado a construcciones en parte

forzadas, que han conducido, como hemos adelantado, a algunas incoherencias y contradicciones. En este sentido, podemos apuntar brevemente:

1) Que el negocio fiduciario *cum creditore* implique en favor del acreedor fiduciario un crédito privilegiado respecto a los demás acreedores del deudor, es una conclusión que choca abiertamente contra la regla contraria del artículo 1925 del Código Civil[46].

2) Que el negocio fiduciario *cum creditore*, precisamente por la proscripción del pacto comisorio, no implique en favor del acreedor fiduciario una verdadera titularidad, y por tanto el fiduciario no ingrese el bien realmente en su patrimonio, no ha impedido sin embargo al Tribunal Supremo desestimar una tercería de dominio interpuesto por los dueños materiales (deudores) contra el dueño formal (fiduciario) y los acreedores de este, solicitando el levantamiento del embargo trabado por uno de tales acreedores, aun cuando se había dado por probado que estábamos ante una transmisión fiduciaria *cum creditore*. Tal fue el caso de la *STS de 17 de septiembre de 2003* (núm. 840/2003; ver especialmente su fundamento de derecho cuarto).

3) Finalmente, y muy conectado con lo anterior, si realmente el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria *cum creditore* fuese un negocio válido y eficaz en nuestro Derecho, la conclusión lógica a la que habría que llegar en todos los casos en que la transmisión fiduciaria se ha articulado sobre una compraventa simulada, es entender que la simulación no es *absoluta*, sino *relativa*, determinante de la nulidad (inexistencia) de la compraventa, pero sin prejuzgar la validez del negocio fiduciario con función de garantía, y por tanto la eficacia y validez de tal garantía en sí misma, realmente querida. Esto es lo que hubiese sido coherente con la pretendida admisibilidad del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento, y en especial, del negocio fiduciario *cum creditore*; y en efecto, en algunas sentencias del Tribunal Supremo se acoge este enfoque, siendo claros exponentes de ello la doctrina sostenida en las *sentencias de 17 de julio de 2001* (núm. 757/2001)[47] y de *1 de febrero de 2002* (núm. 62/2002)[48].

Esta forma de enfocar la cuestión, muy cuestionable siquiera sea porque se aproxima mucho a un sistema de garantías abstracto, sin embargo parece haber sido abandonada por el mismo Tribunal Supremo.

En efecto, en una sentencia del mismo Tribunal Supremo de *16 de mayo de 2000* (casi dos años anterior a la última mencionada) ya se sostuvo que «la apreciación de la nulidad del pacto comisorio (o de su efecto jurídico) no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desenvolviendo su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza, y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, solo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva, por el acreedor, del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación»; pero se añade a continuación una idea fundamental para nuestro propósito: «esta solución, de evidente aplicación en la hipótesis de utilización de la fórmula clásica (hacer suya dominicalmente hablando la cosa en el caso de incumplimiento del pago del crédito), no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía (…). [T]al solución es la que aconseja la dogmática jurídica cuando el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 del Código Civil, a la puesta

en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna, en todo el sinalagma». Esto supone de hecho, anular la función de garantía del negocio fiduciario *cum creditore*, cuando se disimula bajo la apariencia de una compraventa (disimulada e inexistente), que es lo que sucede en la práctica totalidad de los supuestos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencias como la de *20 de diciembre de 2007* (núm. 1364/2007), o de *27 de enero de 2012* (núm. 34/2012) resultan aún más claras, y sostienen lo que a nuestro parecer es la doctrina correcta: cuando se simula una venta para disimular una transmisión con finalidad de garantía, no hay verdaderamente simulación relativa, sino *absoluta*. Así, en la última de las sentencias citadas (27 de enero de 2012), se estimó el recurso por *infracción procesal* interpuesto contra la resolución de segunda instancia, por considerarla contradictoria e incongruente: «el fallo de la sentencia declara nulo el contrato de compraventa y el pacto de retroventa y declara válida la transmisión de la propiedad, por más que precise que es una transmisión formal en garantía (…). Con lo cual, queda declarado nulo el título de transmisión y válida esta: es un contrasentido, que integra incongruencia interna. No cabe anular el título y mantener la transmisión (…). No tiene sentido. Es una contradicción que evidencia una incongruencia interna» (fundamento de derecho segundo).

V. EL *PACTO MARCIANO* EN EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Ideas previas

En los últimos años es constante la cita como argumento en favor del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano*, lo dispuesto en el *Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, en el cual se prevé una suerte de pacto comisorio - marciano en los términos que vamos a ver a continuación. Ello es un argumento que ha sido empleado para afirmar, que no existe una verdadera razón de fondo para impedir el pacto comisorio-marciano cuando, por el juego de la autonomía privada, se conjuran los peligros que están tras la prohibición del pacto comisorio. En definitiva, se propone la admisibilidad general del *pacto marciano* en las garantías reales, con el argumento en una pretendida *analogia iuris* aplicable más allá del ámbito de aplicación de esta regulación.

Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo sexto, y en su artículo undécimo de este Real Decreto Ley 5/2005 responde al esquema básico del *pacto marciano*. El RD Ley 5/2005, además, aunque de forma mejorable, pretende evitar uno de los principales escollos a la admisión del pacto comisorio: el de la valoración objetiva del bien dado en garantía y eventualmente apropiable por el titular de dicha garantía, evitando así un injusto enriquecimiento del acreedor garantizado[49].

Esto ha generado un estado doctrinal y jurisprudencial favorable a la admisión general del *pacto marciano* en las garantías reales[50], lo que es especialmente claro en la doctrina sentada en los últimos años por la DGSJyFP[51]. Ahora bien: la Dirección General, en las resoluciones referidas, es consciente del limitado ámbito subjetivo al que le resulta de aplicación el repetido RD Ley 5/2005, y

en este sentido *evita* pronunciarse admitiendo el *pacto marciano* en un sentido *general*. Concretamente, la admisión del *pacto marciano* en el derecho general de garantías lo circunscribe al tráfico *empresarial*[52].

2. La regulación del Real Decreto Ley 5/2005, como argumento en favor del *pacto marciano*. Análisis crítico.

Como hemos señalado, no se puede negar que la posibilidad de pactar la apropiación directa por el acreedor del bien ofrecido en garantía, tal y como lo prevé el Real Decreto Ley 5/2005, parece responder al esquema del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano*. En este sentido, no debe extrañar que esta disposición se emplee como argumento para defender la admisibilidad del *pacto marciano* en el Derecho español.

Sin embargo, y con objeto de presentar una visión crítica de esta forma de enfocar la cuestión, esta forma de proceder no nos parece del todo convincente, y ello porque la posibilidad de pactar la apropiación de los bienes dados en garantía en este RD Ley 5/2005, se regula en unas coordenadas *subjetivas* y *objetivas* muy concretas, que no aconsejan precisamente la *analogia iuris*, sino más bien todo lo contrario. En efecto:

a) El pacto de apropiación de los bienes dados en garantía, se prevé en este RD Ley 5/2005 para un ámbito de operadores concretos (ver su artículo cuarto), en el que salvo excepciones muy específicas, *están expresamente excluidas las personas físicas*. Esta circunstancia debe tenerse muy presente, y como hemos visto, así lo hace la DGSJyFP en sus últimas resoluciones.

b) El pacto de apropiación por el acreedor de los bienes objeto de la garantía, solo es posible cuando esos bienes tienen una naturaleza que tampoco debemos pasar por alto. Se trata de: 1) *efectivo*, entendiendo por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa; 2) *valores negociables y otros instrumentos financieros*, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos; y 3) *derechos de crédito*, entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito (cfr. art. séptimo RD Ley 5/2005). En relación con esta cuestión relativa a la naturaleza de los bienes objeto de la garantía, ténganse presente dos ideas:

— En primer lugar, la LEC, al regular el procedimiento de apremio en el marco de la ejecución dineraria (y no se olvide que los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria y pignoraticia no son hoy otra cosa que especialidades de estos procedimientos ejecutivos de dinero), prevé en los artículos 634 y 635 unos supuestos especiales de ejecución: en el primero de ellos (art. 634) se prevén unas hipótesis en que la ejecución consistirá sencillamente en la *entrega* de los bienes embargados al acreedor ejecutante; en el segundo (art. 635), la ejecución consistirá en la venta de los bienes conforme a las reglas de su tráfico. Lo característico de estos supuestos contemplados en los artículos 634 y 635 LEC, es que se trata de bienes que no precisan de avalúo previo para su «ejecución» (cfr. art. 637)[53]; y concretamente en los supuestos del artículo 634, se trata de bienes que en sí mismos «tienen un valor determinado y ese valor se obtiene por su mera posesión, sin transformación»[54 y 55].

El paralelismo entre las hipótesis contempladas *por razón de la naturaleza de los bienes*, por un lado en los artículos 634 y 635 LEC, y por otro en el artículo sexto del RD Ley 5/2005, resulta evidente. Se trata de bienes que, por su particular naturaleza, su ejecución mediante venta en subasta pública previo avalúo resulta un paso innecesario. El fundamento que hay tras los artículos 634 y 635 LEC, es el que hay tras una regulación como la del RD Ley 5/2005 en la parte que ahora estamos analizando.

— Y en segundo lugar, el esquema básico de las garantías en que se asienta el RD Ley 5/2005, es muy distinto del esquema básico tradicional en que se asientan las garantías reales en nuestro Código Civil y en la Ley Hipotecaria: en aquel, los bienes gravados con la garantía son *fungibles*, y dicha fungibilidad puede hacerse valer incluso durante la vida de la garantía si así se pacta: basta leer lo dispuesto en el artículo noveno del repetido RD Ley. Este no es, sin duda, el punto de partida de la prenda y la hipoteca en nuestro Código Civil y en nuestra Ley Hipotecaria. Esta es una diferencia *de fondo* que tampoco debe pasarte por alto cuando pretende extrapolarse lo dispuesto en el RD Ley 5/2005 a supuestos no incluidos en su ámbito de aplicación, con el fin de argumentar la admisibilidad general del *pacto marciano* en los derechos reales de garantía.

En definitiva, y como ha explicado REGLERO CAMPOS, las específicas medidas previstas en el RD Ley 5/2005 responden «a las necesidades de los mercados financieros que exigen un comportamiento ágil y rápido del sistema de garantías y de su ejecución en caso de incumplimiento del deudor. La exigencia de pacto expreso de apropiación y de inclusión en él de los criterios de valoración de los valores dados en garantía se consideran mecanismos suficientes para evitar prácticas abusivas del acreedor»[56]. Se trata, por tanto, de un sector del tráfico muy específico, que con seguridad desaconseja extrapolar conclusiones y esquemas fuera de él a la generalidad del sistema de garantías reales, ya que está prevista para un sector muy concreto, sometido a normas específicas, y por ello, como ha concluido DURÁN RIVACOBA, «sus pretensiones ambiciosas quedan en entredicho, cuando no devienen aventuradas e inseguras»[57].

VI. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo (por orden cronológico)

- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 8 de marzo de 1988
- STS de 17 de julio de 2001 (núm. 757/2001)
- STS de 5 de diciembre de 2001, núm. 1144/2001
- STS de 1 de febrero de 2002 (núm. 62/2002)
- STS de 17 de septiembre de 2003 (núm. 840/2003)
- STS de 26 de julio de 2004 (núm. 814/2004)
- STS de 16 de febrero de 2006 (núm. 128/2006)
- STS de 20 de diciembre de 2007 (núm. 1364/2007)
- STS de 30 de mayo de 2008 (núm. 465/2008)
- STS de 25 de septiembre de 2008 (núm. 829/2008)
- STS de 27 de enero de 2012 (núm. 34/2012)
- STS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013)
- STS de 13 de enero de 2015 (núm. 261/2015)
- STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017)

- STS de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020)
- STS de 4 de marzo de 2020 (núm. 149/2020)
- STS de 4 de mayo de 2022 (núm. 1763/2022)

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2019 (núm. 12/2019)

Audiencias Provinciales (por orden cronológico)

- SAP de Barcelona de 30 de junio de 2005
- SAP de Guipúzcoa de 12 de abril de 2010
- SAP de La Rioja de 18 de octubre de 2010
- SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2014
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2020

Resoluciones de la DGRN/DGSJyFP (por orden cronológico)

- Res. 20 de julio de 2012
- Res. 21 de febrero de 2013
- Res. 22 de febrero de 2013
- Res. (8.ª y 9.ª) de 28 de enero de 2020
- Res. 15 de marzo de 2021
- Res. (6.ª) de 21de julio de 2021
- Res. (1.ª) de 10 de marzo de 2022

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS, J. (1974). *Derecho Romano*. Tomo I, Parte general. Derechos reales. Madrid, Revista de Derecho Privado.

BASOZÁBAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Lección 25. Ejecución dineraria: procedimiento de apremio, en Gimeno Sendra, Vicente; Díaz Martínez, M.; Calaza López, S., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARRASCO GARCÍA, F.Á. (2015). Comentario al artículo 634 LEC, en Marín Castán, F. (dir.). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tm. III. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, J.M. (2015). *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca. Cizur Menor, Aranzadi.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2020). *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.

DURÁN RIVACOBA, R. (1995). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.

— (2019). *La garantía comisoria*. Madrid: Wolters Kluwer.

ENNECCERUS, L. (1935), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General (vol. 2.º). Barcelona, Bosch. Traducción y estudios de Blas Pérez González y José Alguer.

ESCRICHE, J. (1847), *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Tm. II.

FELIU REY, M.I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial. Tm. III.

GARCÍA ORMAECHEA, R. (1928) *Jurisprudencia del Código Civil recopilada y articulada conforme al mismo (1889-1926)*. Madrid: Ruiz Hermanos.

GUILARTE ZAPATERO, V. (1993) Comentario al artículo 1859, en VV. AA, *Comentario del Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia. Tm. II.

JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724.

PANTOJA, J.M. (1889). *Repertorio de la Jurisprudencia Civil española (apéndice 1883-1887)*. Madrid: Imprenta de los hijos de J. A. García.

PLANIOL / RIPERT. (1927) Traité pratique de Droit Civil Français, Tomo XII (1.ª parte), *Suretés* réelles. Paris.

REDONDO TRIGO, F. (2007), El *pacto marciano*. El *pacto ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699.

REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2007.

SALA, J. (1820). *Ilustración del Derecho Real de España*. Madrid, Tm. I.

STOLFI, N. Notas a BAUDRY-LACANTINERIE, G; BARDE, L. (1915). *Tratatto teorico-pratico di Diritto Civile*. Tomo XII, vol. 2.º, Delle obbligazioni. Milán: Casa editrice Dottor Francesco Vallardi.

WOLFF, M. (1937) Derecho de cosas, Tm. III, vol. 2.º, *Gravámenes*, en ENNECCERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch. Traducción y estudios de Blas Pérez González y José Alguer.

NOTAS

[1] Existen varios y muy valiosos estudios acerca del pacto comisorio, su concepto y sus modalidades. Sin ánimo exhaustivo, conviene tener muy presentes los siguientes trabajos: FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas; DURÁN RIVACOBA, R. (1995). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi; también del mismo autor últimamente citado, *La garantía comisoria*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2020). *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.

[2] Lo que se pretende prohibiendo el pacto comisorio es impedir que el acreedor se *apropie* del bien objeto de la garantía por el incumplimiento de la obligación garantizada (cfr. art. 1859 CC en sede de prenda e hipoteca), o lo que es igual, que el acreedor pueda adquirir el bien por la sola causa de la *falta de pago* (cfr. art. 1884 CC, en sede de anticresis). Pero la finalidad de esta prohibición *no es inhabilitar al acreedor* para adquirir el bien objeto de la garantía, como si se tratara, por ejemplo, de un caso similar a los contemplados en el artículo 1459 del Código Civil. Como ya se expuso en la antigua *STS de 31 de diciembre de 1913*, «hay que aceptar la posibilidad legal de hacer y ejecutar el acreedor lo que a otro se permite» [Véase GARCÍA ORMAECHEA, R. (1928) *Jurisprudencia del Código Civil recopilada y articulada conforme al mismo (1889-1926)*. Madrid: Ruiz Hermanos, 834].

Esto explica con total naturalidad que, por ejemplo, el acreedor hipotecario pueda adquirir el bien objeto de la hipoteca concurriendo como uno más a la subasta del bien llegado el momento de su ejecución, o como consecuencia de que las subastas fueran infructuosas como forma de ejecución [Con esa misma naturalidad lo admitía la Legislación de Partidas, en la ley XLIV, título XIII, Partida V. Véase también GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial. Tm. III, 176. Cabe señalar también la doctrina más antigua de la DGRN en este sentido; así, puede verse la *resolución de 21 de octubre de 1901*, en la que se cuestionaba la validez del pacto de venta mediante subasta extrajudicial-notarial, acordándose que en caso de que la subasta fuese infructuosa por dos veces, el acreedor pudiera quedarse con la finca hipotecada. La Dirección General admitió la validez de este pacto, puesto que es un pacto análogo al que, en sede de prenda, ya prevé el artículo 1872 del Código Civil. En el mismo sentido, años después, la *resolución de 19 de septiembre de 1906*. La dificultad de estos casos radicaba en que en esas épocas aún no se había reconocido la ejecución hipotecaria extrajudicial, que adquiría carta de naturaleza en nuestro Derecho positivo con la reforma del Reglamento Hipotecario de 1915]. Y también explica con naturalidad que el bien objeto de la garantía pueda ser, posteriormente, objeto de una dación en pago como subrogado del cumplimiento de la obligación garantizada: en ninguno de estos casos el acreedor se *apropia* del bien, sino que *lo adquiere* por un mecanismo jurídico perfectamente válido, y *ad hoc*. Naturalmente, tras estos casos puede haber una maniobra fraudulenta, pero conviene dejar claro que la prohibición del pacto comisorio no puede implicar una automática inhabilitación al acreedor para adquirir el bien sobre el que recae una previa garantía real a su favor.

[3] Como señaló, por todos, REGLERO CAMPOS, «el pacto comisorio casi nunca se manifiesta en estado puro», sino que por lo general «lo encontramos asociado u oculto detrás de otros negocios, comúnmente de naturaleza transmisiva, pero que en realidad constituyen negocios de garantía» (REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*, 4/2007)

[4] Concretamente, en la sentencia citada de 2020, puede leerse en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: «la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo (…) cualquier (…) construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio».

[5] Esto es algo claro, pero que sin embargo en alguna ocasión ha planteado discusión, como sucedió en el caso analizado en la *SAP de Barcelona de 30 de junio de 2005 (núm. 374/2005*). Se trató de un caso en que una arrendataria obtiene de un familiar (su nuera) la suma de dinero necesaria para hacer efectivo su derecho de retracto arrendaticio. Se acuerda entre nuera y suegra, que la finca retraída por esta quedaría para la nuera que proporcionó el dinero, reconociéndose en favor de la suegra el derecho vitalicio a permanecer en la vivienda. Después de ciertas desavenencias familiares que la sentencia no explica, la nuera exige la entrega de la vivienda, a lo que la demandada (suegra) se niega alegando que se ha incurrido en la prohibición del pacto comisorio, interesando la calificación de la entrega de dinero de la nuera a la suegra como «préstamo». La Audiencia rechazó el argumento de la suegra demandada: en el caso «no se prevé la devolución (del dinero), lo que se debe al hecho de que lo que se estaba contemplando era una realidad distinta, de adquisición de la finca por parte de la actora, diferida pues no podía serlo actual (…). La entrega de la cantidad obedecía, pues, no tanto a un préstamo como al precio de (una) compraventa (…). En suma, (…) no se da el supuesto de aplicación del pacto comisorio» (fundamento de derecho segundo).

[6] En la doctrina más actual, resultan muy claros en cuanto a la importancia del argumento teleológico para comprender el alcance de la prohibición del pacto comisorio, los trabajos de GUILARTE ZAPATERO (1993) Comentario al artículo 1859, en VV. AA, *Comentario del Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia. Tm. II, 1865-1866); FELIU REY (*op. cit.*; especialmente páginas 95 y 105), DURÁN RIVACOBA (1998, *Op. cit.*, especialmente páginas 75-76; después, véase su monografía de 2019, *cit.*, especialmente páginas 42 y sigs.), y últimamente, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (*Op. cit.*, especialmente páginas 34 y siguientes).

[7] Valga como muestra la doctrina sostenida en la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), que permite abiertamente el pacto comisorio *ex intervallo*, al señalar que son dos los presupuestos que definen el pacto comisorio prohibido: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, *previo o coetáneo a la garantía*, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor» (fundamento de derecho segundo; la cursiva es añadida).

[8] Son especialmente claras en este sentido, por citar la más recientes, las RRDGSJyFP (8.ª y 9.ª) de 28 de enero de 2020, 15 de marzo de 2021, (6.ª) de 21 de julio de 2021 y (1.ª) de 10 de marzo de 2022.

[9] Como ha explicado ARIAS RAMOS, «Durante mucho tiempo, la constitución del *pignus* como tal no confería al acreedor pignoraticio otra facultad que la de retener la cosa mientras no fuese satisfecha la deuda. La fuerza asegurativa de la prenda radicaba exclusivamente en la coacción que supusiese tal retención. Con el *pignus* en sí no se obtenía otra finalidad, pero se adosaba a su constitución un paco (*lex commissoria*) por el cual se convenía que, una vez incumplida la obligación, el acreedor se convertiría en propietario de la cosa dada en prenda, o bien se acordaba que el acreedor pudiese vender el objeto y cobrarse con el precio (*pactum de distrahendo pignore*). El primer tipo de pacto llegó a ser prohibido por Constantino; el segundo, acabó haciéndose consustancial con la prenda». Y lo mismo puede decirse para la hipoteca, que era una variedad de prenda con la única diferencia de que la posesión de la cosa no pasaba al acreedor en el momento de constituirse el derecho real, sino cuando la deuda se incumplía: tenía muy poca importancia, a efectos conceptuales, que en la prenda el traspaso posesorio estuviera presente en el momento constitutivo, mientras que en la hipoteca el traspaso posesorio fuese preparativo del *ius distrahendi* (ARIAS RAMOS, J. (1974). *Derecho Romano*. Tomo I, Parte general. Derechos reales. Madrid, Revista de Derecho Privado, 312-314).

[10] Traducción extraída de *El Digesto de Justiniano*. Tm. II, libros 20-36, versión castellana por D'ORS, A.; FERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J., con la ayuda del C.S.I.C. Pamplona, Aranzadi, 1972, 16.

[11] La admisión del *pacto marciano* era doctrina común en la época en que se estaba redactando el Código Civil. «Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto, que si no la redimiese en cierto día fuese del mismo acreedor comprada, pagando sobre aquello que había dado quando la tomó á peños, quanto podía valer la cosa pasado dicho día, según el justiprecio de hombres buenos, debe valer el pacto» (Sala, J. (1820). *Ilustración del Derecho Real de España*. Madrid, Tm. I. 257). «Es válido el pacto de que no desempeñando el deudor hasta cierto día la cosa dada en prenda, quede vendida al acreedor pagando este sobre lo que ya hubiere dado lo que valiere de mas según justiprecio de hombres buenos» (ESCRICHE, J. (1847), *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Tm. II, 670). Finalmente, la validez del *pacto marciano* se admitía por GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1775 del Proyecto de Código Civil de 1851 (*Op. cit.*, 176).

El Tribunal Supremo tampoco era ajeno a este estado doctrinal. Así, el caso tratado en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1886, de la que da noticia José María PANTOJA en su *Repertorio de la Jurisprudencia Civil española (apéndice 1883-1887)*. Madrid, 1889, 227: «La venta con pacto de retro, y además con el especial de poner la casa en almoneda en beneficio del vendedor primitivo en cuanto pueda valer más del precio estipulado, no reúne los caracteres esenciales del pacto comisorio prohibido por la ley 41, tít. 5.º, Partida 5.ª».

[12] En ambas se da especial importancia al argumento finalista apuntado: No se incurre en la prohibición del pacto comisorio «cuando prevalece la conmutatividad de la transmisión, con la consiguiente desaparición del riesgo de lesión patrimonial del deudor o del pignorante/hipotecante y el correlativo enriquecimiento injustificado del acreedor que la prohibición del pacto comisorio está llamado a conjurar». Y se añade: «Este estado de cosas refleja el carácter instrumental de la prohibición del pacto comisorio, que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa dada en garantía —cualquiera que haya sido la vía

seguida— se ha hecho en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor.

[13] Es el caso de CARRASCO PERERA; CORDERO LOBATO; MARÍN LÓPEZ (2015). Tratado de los derechos de garantía. Tomo I. *Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*. Cizur Menor, Aranzadi, 651.

[14] «Empeñando un ome a otro alguan cosa, a tal pleyto, que si la non quitasse a día cierto, que fuese suya comprada, de aqul que la rescebio a peños; dando, o pagando, sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños, tanto quanto podría valer la cosa, segund aluedrio de omes buenos; tal pleyto como este deue valer. Mas si la comprasse de otra guisa, diziendo assi: que fazia tal pleyto con el, que si non la quitasse a día señalado, que fuese suya, por quello que daua sobre ella a peños; entonce non valdría el pleyto, nin la vendida. E por esta razón non tenemos por bien que vala tal pleyto, porque los que emprestan dineros a otros sobre peños, no lo querrian fazer de otra guisa. E los omes quando estouiessen muy cuitados con muy grand mengua que ouiessen, farian tal pleyto como este, maguer entendiesen que seria á su daño»

[15] *Op. cit.*, 178.

[16] Cabría preguntarse qué sucede en la hipótesis de hipoteca legal; y asimismo, cuando la prenda o la hipoteca se constituye en garantía de cumplimiento de una obligación de fuente no negocial (por ejemplo, por responsabilidad extracontractual).

[17] Especialmente clara es la glosa gregoriana al último inciso de la transcrita Ley XLI, Título V, Partida V: «Ex hoc innuitur, quod valet istud pactum appossitum ex intervallo».

[18] Como vimos, en la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), al afirmarse que el pacto comisorio proscrito es el «*previo o coetáneo a la garantía*», indudablemente se está admitiendo que es posible el pactado *después*.

[19] De nuevo, véanse las RRDGSJyFP (8.ª y 9.ª) de 28 de enero de 2020, 15 de marzo de 2021, (6.ª) de 21 de julio de 2021 y (1.ª) de 10 de marzo de 2022. En las primeras de las citadas, y en una línea similar a la citada STS de 2017, se lee que «el comiso prohibido es el que se conviene «ex ante»» (fundamento de derecho 2.º).

[20] Son especialmente claras en este sentido las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y de 10 de marzo de 2022.

[21] En esta cuestión es en la que parece centrarse REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, 2007. En realidad, estas no son «cautelas» para admitir el *pacto ex intervallo*, sino para comprobar que este pacto es posterior a la deuda.

[22] Así, FELIU REY, *Op. cit.*, 105. También REDONDO TRIGO (2007), El *pacto marciano*. El *pacto ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, 364-365; y más recientemente, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, 42.

[23] Interesantes las reflexiones de DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, especialmente páginas 38-39.

[24] Que, por bien que interesante, no es novedosa. En la doctrina francesa, Planiol / Ripert ya señalaron que «Cette nullité [la relativa al pacto comisorio] est édictée dans l'intérèt du débiteur, parce que la clause cache presque toujours un prêt usuraire, la valeur de l'objet donné en gage étant supérieure à la dette garantie» ([1927] Traité pratique de Droit Civil Français, Tomo XII [1.ª parte], *Suretés* réelles. Paris, 1927, 119).

[25] En este sentido, en la jurisprudencia es fácil ver cómo la argumentación sociológica y moral para justificar la prohibición el pacto comisorio, sería también perfectamente trasladable para explicar la prohibición de la usura. Cfr. STS de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020); y conectando prohibición del pacto comisorio y la regulación de la usura, véase la STS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013), especialmente fundamento de derecho tercero

[26] A los aspectos objetivo y subjetivo en la usura, en el sentido apuntado, también se refirió Ennecerus (1935), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General (vol. 2.º). Barcelona, Bosch, 307.

[27] Así, seguramente, si del artículo 1 LRU se eliminara la segunda parte de su primer párrafo (desde «*habiendo motivos…*» hasta el final del párrafo), nada cambiaría realmente. La jurisprudencia más reciente, para calificar como usurario un préstamo, atiende exclusivamente al interés remuneratorio acordado, según las circunstancias del caso y el

segmento del mercado en que se opera. Así, pueden verse las SSTS de 4 de marzo de 2020 (núm. 149/2020) y de 4 de mayo de 2022 (núm. 1763/2022).

En nuestra doctrina, merece destacarse la obra de BASOZÁBAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch).

[28] Esta forma de entender la cuestión, crítica a la admisión del *pacto ex intervallo* por el solo hecho de haberse acordado en un momento posterior al surgimiento de la deuda, no es nuevo. Así, para el Derecho francés, son ilustrativas las palabras de PLANIOL Y RIPERT: «La protection légale est peutêtre ici insuffisante, et il serait préférable de n'autoriser la convention qu'à partir du momento où le créancier peut réaliser le gage» (Traité pratique de Droit Civil Français, *ob. cit.*, 121).

[29] En esta resolución, después de afirmar que el pacto comisorio prohibido es el que se conviene *ex ante*, sin embargo a continuación añade que el objeto de la prohibición del pacto comisorio es «asegurar (…) la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, *y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución*. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. *Por eso* tradicionalmente se admitió, *si bien con cautelas*, la introducción de esta facultad comisoria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado pacto «ex intervallo»»(fundamento de derecho segundo; la cursiva es añadida).

[30] En favor del pacto comisorio *ex intervallo*, al menos en sede de prenda e hipoteca, también se ha esgrimido que, a diferencia de lo que sucede con la regulación de la anticresis, en aquellas no existe una positiva y frontal prohibición como la que sí existe para la última en el artículo 1884 del Código Civil, que dispone, después de afirmar que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago», que «todo pacto en contrario será nulo». Este argumento, que en parte es un argumento *a contrario* (si en sede de anticresis se afirma que «todo pacto en contrario será nulo», la falta de esta categórica afirmación en sede de hipoteca y prenda haría legítimo entender que *no* todo pacto en contrario sería nulo, lo que daría espacio al pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*), resulta difícil de sostener, pues considera insuficientes los claros términos en que se pronuncia el artículo 1859 («el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»), que hacen innecesario añadir que el pacto en contrario es nulo.

[31] Entre los autores, por todos DURÁN RIVACOBA ha señalado que «resulta decisivo para resolver la licitud de la dación en pago en correspondencia con el veto a la garantía comisoria conocer si se ajustan sus términos a la regularidad del fenómeno. Para ello [continúa] es necesario que se aplique a deudas vencidas y líquidas; y no *ex ante*, de manera que se vincule *in initio* con el crédito». Y más adelante concluye: «solo mientras la *datio* solutoria se conciba como un mecanismo *a priori* para garantizar una deuda, si llegado el instante de su vencimiento no se satisface, supone un evidente recurso al pacto comisorio prohibido». Véase su *Op. cit.*, (2019), 108 y 110 respectivamente.

[32] En este sentido, conviene tener presente que CARRASCO, CORDERO y MARÍN han señalado que «el artículo 1859 Código Civil (…) se trata de un precepto limitado a tres modalidades específicas de garantía real y (…) aun dentro de estas, constituye una norma imperativa relativa a *la forma de ejecución* de la garantía. Pero la transmisión de la propiedad en garantía antes del vencimiento y ejecutabilidad de la deuda subyacente no es una técnica ejecutiva, y el artículo 1859 Código Civil no está prohibiendo en puridad (…) sino que, habiéndose acordado una garantía típica cuya ejecución cursa imperativamente mediante una venta pública, puedan acordar las partes que aquella se sustituirá por la adjudicación directa al acreedor» (CARRASCO PERERA; CORDERO LOBATO; MARÍN LÓPEZ. Tratado de los derechos de garantía, *Op. cit.*, 651).

[33] En este sentido, el fundamento de derecho quinto de esta resolución de 2012, es muy ilustrativo de lo anterior: «[E]l efecto consustancial a toda dación en pago de deuda que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce más que de modo indirecto y solo para el supuesto de incumplimiento de la obligación

garantizada». Y añade: «Aquí se ve claro el uso instrumental e indirecto de la figura de la dación en pago, pues (…) la dación en pago es un negocio de pago, siendo su finalidad extintiva de las obligaciones. Se trata de un modo o medio de pago o «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular» (*vid.* sentencia de 28 de junio de 1993). En definitiva, la dación en pago se produce cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida «*aliud pro alio*» con acuerdo para tener por extinguida la obligación (cfr. sentencia de 15 de diciembre de 1989), *siendo así que en este caso ni hay tal transmisión, ni puede haber pago de una obligación que en el momento en que se otorga la escritura no es una deuda vencida, líquida y exigible* (fundamento de derecho quinto) —la cursiva es añadida—.

[34] «Centrándonos en las circunstancias concurrentes en este caso, estas ponen de manifiesto que, aunque se expresa en la escritura que el convenio se establece «para articular el pago de la referida deuda» y que «para su satisfacción concede un derecho de opción de dación en pago», e incluso que la deuda está vencida y líquida, todo lo cual propendería a considerar que la citada opción de dación en pago tiene una función de liquidación, lo cierto es que existe la función de garantía que da lugar al pacto de comiso prohibido, pues no se trata, evidentemente, de una dación en pago respecto a una deuda anterior, que lógicamente sería admisible, sino de una opción de dación en pago, de la que resultan una serie de circunstancias que inclinan claramente a esa función de garantía: a) aunque la deuda está vencida y líquida, al pactarse una opción de dación en pago diferida en cuanto al momento de su ejercicio, da lugar a un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento, pues no es exigible mientras no llegue el momento inicial en que se puede ejercitar la opción de dación en pago; b) durante ese tiempo la función de garantía de la opción es evidente, pues se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla, lo que implica la modificación de su vencimiento y exigibilidad, y durante ese tiempo la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumar, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas […]. Se da, por tanto, el supuesto del artículo 1859 del Código Civil, que prohíbe el pacto por el cual el acreedor pueda apoderarse de la cosa dada en garantía o disponer de la misma. La deuda, aunque estaba vencida, deja de estarlo en virtud de la concesión de la opción de dación en pago diferida a un momento posterior antes del cual la entidad deudora puede pagar o no, mientras no llegue ese término, funcionando la opción como garantía del pago ya desde el principio, aunque su ejercicio se difiera a un momento posterior. En consecuencia, procede confirmar la nota calificadora sobre el pacto de comiso» (fundamento de derecho 5).

[35] Se trataba de una compraventa de vivienda, y de constitución de hipoteca en favor de una entidad bancaria que había financiado la adquisición mediante un préstamo, y para garantizar la devolución de ese préstamo, además de la garantía hipotecaria la entidad bancaria contaba también a su favor con un fiador. Según relata la sentencia de la Audiencia, el mismo día en que se otorgaron las escrituras de préstamo, hipoteca y fianza, en «documento público» aparte, los prestatarios «hacen constar ante notario que "si a consecuencia del impago total o parcial del crédito, tuviesen que hacerse cargo de este los referidos fiadores, se comprometen a transmitir a los mismos la finca hipotecada, siendo de su cuenta los gastos que con ello se originen"». La Audiencia Provincial, en esta situación entendió que no estamos ante un pacto comisorio prohibido. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia toma como hecho fundamental el que los beneficiarios del pacto de transmisión son los fiadores, y no el acreedor (entidad bancaria), y añade que este supuesto «no es ajeno al contenido del artículo 1838 del CC en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda».

En este caso, creemos que la Audiencia acertó al entender que no estamos ante un pacto comisorio, pero no por las razones apuntadas en la resolución. En nuestra opinión, como hemos adelantado, el solo hecho de que el pacto atributivo no se haya hecho con el acreedor-prestamista sino con el fiador, es *completamente irrelevante*, pues además, parece olvidarse que la acción de repetición del fiador frente al deudor fiado *ex* artículo 1838 del Código Civil, es una obligación en la que el fiado es deudor, y el fiador es acreedor principal,

y surge solo cuando el fiador paga la deuda del fiado (cfr. *STS de 5 de diciembre de 2001, núm. 1144/2001*, fundamento de derecho tercero)

Con todo, creemos que la Audiencia acierta al negar que estemos ante un pacto comisorio, porque en verdad la afirmación hecha por el deudor fiado en favor del fiador, no tenía verdadero valor *negocial*, ni constituía (pre)contrato de opción, ni mucho menos habría surgido un derecho de opción con eficacia jurídico real. Lo pone de manifiesto el que la afirmación de los deudores fiados no se formalizó en *escritura pública*, sino en un *acta de manifestaciones*.

[36] Quizá, de hecho ni siquiera hubiera podido existir ese mecanismo típico del *pacto marciano*, pues debe constar registralmente, *ab initio*, respectivamente, ya el precio del ejercicio de la opción, ya el precio por el que se ejerce el retracto, sin posibilidad de remitirse a un cálculo posterior.

[37] Ello se consigue a través de un *derecho de opción* (cfr. art. 14 RH), que es el vehículo sobre el que se construye la dación en pago futura y a través del que se consigue ese efecto *erga omnes* frente a terceros.

[38] En estas resoluciones se habla expresamente de «*opción de dación en pago*»

[39] *Ob. cit.*, 109. En efecto, la admisibilidad general del pacto comisorio *ex intervallo* y de la previsión de dación en pago eventual para el caso de incumplimiento, es un binomio lógicamente inseparable. En aquellos casos en que doctrinalmente se niega la validez del pacto comisorio *ex intervallo*, pero se acepta la dación en pago del bien previamente gravado con garantía real, en realidad se está hablando de la dación en pago pactada *una vez producido el incumplimiento*, no como un pacto previo en que la dación en pago pasa a preverse como un medio solutorio eventual y de futuro. Tal es el caso del interesante trabajo de JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, especialmente páginas 1174 y sigs.

[40] Por razones de espacio no podemos profundizar en esta cuestión. Me remito al análisis que sobre el particular ha hecho DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., *Op. cit.*, 42 y sigs.

[41] En este sentido, como ya concluyeron PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «nada obsta el contrato de comiso que se concluya después del vencimiento de la prenda, como nada se opone a la dación en pago» [Véanse sus anotaciones a WOLFF, M. (1937) Derecho de cosas, Tm. III, vol. 2.º, *Gravámenes*, en ENNECCERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 430]. De forma más reciente, GUILARTE ZAPATERO, preguntándose si será válido o no el acuerdo celebrado una vez vencida la obligación y en cuya virtud el acreedor se da por pagado, «debe resolverse en sentido afirmativo» [GUILARTE ZAPATERO, *Op. cit.*, 1866].

[42] Es más: en la doctrina italiana anterior al Código actual de 1942, se defendió que, aunque la dación en pago tiene naturaleza negocial similar a la compraventa, a aquella no le resultan de aplicación las reglas relativas a la rescisión por lesión en el precio típicas de esta. Como ha señalado STOLFI, el deudor que se libera pagando con un inmueble en lugar de con la suma dineraria debida, está en una situación distinta de la del vendedor que vende con lesión para él en el precio: puede engañarse en lo que se refiere al valor del inmueble dado en pago, pero la ley no tiene en cuenta el error en estos casos: en todo caso, para que el deudor (dador en pago) escape de la presión del acreedor y estar seguro de obtener el verdadero valor de cambio del inmueble, no tiene más que abstenerse de realizar la dación en pago, dejando que el acreedor se dirija frente a él en vía ejecutiva (véase el apéndice II, obra de STOLFI, en BAUDRY-LACANTINERIE, G; BARDE, L. (1915). *Tratatto teorico-pratico di Diritto Civile*. Tomo XII, vol. 2.º, Delle obbligazioni. Milán: Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, 813).

[43] Así es perfectamente razonable una previsión como la del § 1229 BGB, en el que se dispone bajo el rótulo «prohibición del pacto comisorio», que «es nulo un pacto realizado *antes de la existencia del derecho a vender*, según el cual la propiedad sobre la cosa corresponde o debe ser transmitida al acreedor pignoraticio en caso de no ser satisfecho o no ser satisfecho tempestivamente» (traducción de Sergio Nasarre Aznar, en Lamarca Marqués (dir.). *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid, Marcial Pons, 2008). La cursiva es nuestra.

[44] La transmisión posesoria en favor del acreedor pignoraticio o prendario, no es sin duda una entrega traditiva en el sentido del artículo 609 del Código Civil, sino deslegitimadora de cualquier acto dominical del deudor y *verus dominus*, en el entendido que el artículo 464 del Código Civil, interpretado en clave germanista, daría fácilmente al traste con la garantía del acreedor si el deudor poseyera el bien objeto de la garantía.

[45] La conexión entre la transmisión que se pretende con el negocio fiduciario *cum creditore*, y el traspaso posesorio en la prenda, se explica con claridad en el caso tratado en la *SAP de Guipúzcoa, de 12 de abril de 2010 (núm. 101/2010)*, en un caso de pretendida transmisión fiduciaria de acciones de una sociedad.

[46] Sin embargo, esto no ha impedido que parte de la doctrina sostuviera que el acreedor fiduciario tiene a su disposición, frente a los demás acreedores del deudor, tercería de mejor derecho para satisfacer su crédito sobre el bien objeto de la transmisión fiduciaria. Así, REGLERO CAMPOS, *ob. cit.,* 29.

[47] «[L]a aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente operó prácticamente con una función fiduciaria —«fiducia cum creditore»—. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparente una operación jurídica —inválida por no querida— que oculta otra figura jurídica con función económico-social o práctica distinta —existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz, si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico— (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario, función esta, con finalidad de garantía (…)» (fundamento de derecho tercero).

[48] En esta sentencia, aplicando la doctrina de la simulación relativa, se llega a la conclusión de que la transmisión operada en favor del acreedor — fiduciario es nula por falta de causa (negocio simulado), pero que sí es eficaz la titularidad formal, que asiste «al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un «ius o título retinendi», por lo que hay que decidir que no procede la pretendida nulidad de la escritura de compraventa como sostiene la recurrente» (fundamento de derecho tercero).

[49] Con todo, y como ha señalado REDONDO TRIGO (2007, *Op. cit.*), la cautela más problemática quizá resulta de la valoración objetiva de los bienes objeto de la garantía, en concreto cuando el objeto de la garantía no sea un valor negociable cotizado (ver su interesante y recomendable.

[50] De nuevo, resulta clara la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), al señalar como una de las condiciones de validez de la consecuencia comisoria el que «la apropiación o disposición del bien […] esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que [no] se realice haciendo abstracción de su valor» (fundamento de derecho segundo).

[51] Merecen destacarse, por su claridad y su actualidad, las RR. (8.ª y 9.ª) de 28 de enero de 2020, a las que siguen las de 15 de marzo de 2021, 21 de julio de 2012 (6.ª), y de 10 de marzo de 2022 (1.ª). En dichas resoluciones de 2020, se llega a la conclusión de que el sistema de garantías previsto en el citado RD Ley 5/2005, pone de manifiesto que la prohibición contenida en el artículo 1859 del Código Civil no es absoluta, y admite excepciones. «*El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquella, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido*». La última frase resaltada resulta bastante ilustrativa.

[52] Al respecto, véanse las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y de 10 de marzo de 2022.

[53] CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Lección 25. Ejecución dineraria: procedimiento de apremio, en GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.; CALAZA LÓPEZ, S.. *Derecho Procesal Civil. Parta especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 492.

[54] CARRASCO GARCÍA, F. Á. (2015). Comentario al artículo 634 LEC, en Marín Castán, F. (dir.). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tm. III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2869.

[55] Lo que diferencia la hipótesis cuarta del artículo 634 LEC («Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal») de la hipótesis del artículo 635 de la misma Ley (acciones, participaciones societarias, obligaciones y valores) es que en este segundo grupo de casos, los bienes pueden estar sometidos a reglas particulares de mercado que desaconsejan la entrega directa al acreedor ejecutante. Las hipótesis del artículo 634 son bienes o títulos que son inmediatamente realizables *sin precisar subrogación ni ejecución forzosa en que cupiera forma alguna de oposición del deudor o de un tercero*; sin embargo, en los casos del artículo 635, las reglas particulares del tráfico de tales valores no permiten, solo por esa razón, la entrega directa al acreedor so pena de inobservar los posibles derechos de tercero, lo que una mera ejecución dineraria no puede justificar.

[56] *Op. cit*. (2017).

[57] *Op. cit*. (2019).

1.4. Sucesiones

El testamento de persona con discapacidad sensorial: uso de medios tecnológicos y la prueba biométrica basada en la voz en el renovado Código Civil y Derecho civil catalán

The will for persons with sensory disability: technological and voice based biometric evidens in the Civil Code and the catalan foral law

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora titular de Derecho civil.
Defensora Universitaria UNED

RESUMEN: La aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un cambio de tal magnitud —en particular en el ámbito de la capacidad, su concreción en ciertas instituciones sucesorias— que, doctrina, jurisprudencia, el cauce preferente de la jurisdicción voluntaria y, por ende, el mundo notarial y operadores jurídicos en definitiva, han de adaptarse a esta intensa transformación institucional. En resumidas cuentas, a partir de la entrada en vigor de la mencionada norma, nos adentramos en un «sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad», teniendo en cuenta que el sujeto protagonista es el de la transmutada disposición adicional cuarta de nuestro Código Civil común. Por tanto y frente a la redacción original sobre testamento abierto e incluso, su reforma materializada a través de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que atendía al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», lo cierto es que, por fin, dispensa de las viejas y alambicadas exigencias legales reclamadas para las personas con discapacidad sensorial. En especial, es el supuesto de las personas con discapacidad visual, tanto en el testamento abierto, cuanto, en el cerrado, ya que inaugura esta última posibilidad de fijación de últimas voluntades, sea por medios mecánicos cuanto tecnológicos. Apréciese que estos métodos habían sido objeto de fortísimas críticas, objeciones y reproches al renovado Derecho foral catalán —Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial—. En el tenor literal de esta reforma donde el «testamento otorgado por una persona

con discapacidad sensorial» elimina las restricciones precedentes para ordenar sus últimas voluntades, habida cuenta de los avances tecnológicos dotados de plena fiabilidad y seguridad jurídicas. Es el caso de los artículos 421.8 y 421.14 que disponen, no solo su presencia como testigo sino, en particular, la redacción de testamento abierto y cerrado, incluida la escritura en braille. En síntesis, estas líneas ratifican cómo el legislador frena la discriminación testamentaria de las personas con discapacidad visual y se adapta a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otras normas. Y, sin duda, se rinde a la evidencia y fiabilidad del progreso tecnológico.

ABSTRACT: The approval of Law 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has brought about a change of such magnitude, particularly in the area of capacity and in certain inheritance institutions, that doctrine, jurisprudence, the non-litigious proceedings, the notarial world and legal operators in general, must adapt to this intense institutional renewal. With this regulation, we are entering into a «system based on respect for the will and preferences of the person with disabilities», taking into account that the protagonist subject is that of the Fourth Additional Provision of Spanish Civil Code. Therefore, and in contrast to the original wording on open will and even its reform Law 30/1991, of December 20, which addressed the «widespread desire to make possible a greater degree of discretion and reserve for such an intimate act», the truth is that it finally dispenses with the old and legal requirements claimed for people with sensory disabilities. In particular, it is the case of visually, both in open and closed wills, since it opens the latter possibility of establishing last wills, whether by mechanical or technological means. It should be noted that these methods had been the object of very strong criticism, objections and reproaches in the renewed Catalan Foral Law 6/2019, of October 23, amending the fourth book of the Civil Code, relating to inheritance, to ensure equal rights and non-discrimination of persons with sensory disabilities. In the literal wording of this reform where the «will granted by a person with sensory disability» eliminates the previous restrictions to order their last wills, taking into account the technological advances endowed with full legal reliability and security. This is the case of articles 421.8 and 421.14 which provide not only for his presence as a witness but, in particular, for the drafting of open and closed wills, including writing in Braille. These work ratify how the legislator stops the testamentary discrimination of visually impaired persons and adapts to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, among other norms. And, undoubtedly, it surrenders to the evidence and reliability of technological progress.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad visual. Medios tecnológicos.

KEY WORDS: Visually disabilities. Technological resources. Digital support.

SUMARIO: I. PRELIMINAR: DEL «RECONOCIMIENTO» A LA POSIBILIDAD DE TESTAR A LA TITULARIDAD DEL DERECHO A HACERLO SIN DISCRIMINACIÓN: 1. Breve prolegómeno histórico: la ceguera en el Derecho sucesorio. 2. La evolución en el Derecho civil común: la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de

DICIEMBRE. 3. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO Y LA FLEXIBILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA EXIGENCIA DE LA FIRMA EN PRO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. 4. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO. 5. EL PROTAGONISMO DE LA DISCAPACIDAD Y LA RENOVADA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL: LA PERSONA CIEGA.—II. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS: 1. DERECHO FORAL NAVARRO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMÚN, COMO NORMA SUPLETORIA. 2. EL PRECURSOR DERECHO FORAL CATALÁN: LA INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL SISTEMA DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA: 1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA. 3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005. 4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. 5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE, DE 2009.—IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*.—V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 16 DE MARZO DE 2021: UN EJEMPLO DOCTRINAL E INTERPRETATIVO DE LOS APOYOS NECESARIOS Y LA LIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS PRECEPTOS RESTRICTIVOS DEL AUTOGOBIERNO Y LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VISUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—VIII. SENTENCIAS CITADAS: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

I. PRELIMINAR: DEL «RECONOCIMIENTO» A LA POSIBILIDAD DE TESTAR A LA TITULARIDAD DEL DERECHO A HACERLO SIN DISCRIMINACIÓN

1. BREVE PROLEGÓMENO HISTÓRICO: LA CEGUERA EN EL DERECHO SUCESORIO

Vayamos al recorrido histórico de cómo las personas ciegas o con deficiencias visuales han sido asistidas para poder ordenar sus voluntades patrimoniales y no patrimoniales para después de su muerte[1]. En este punto y a juicio de ARRIMADAS GARCÍA, la configuración jurídico-histórica de esta *testamenti factio* activa, se integra entre las formas especiales de testar. Nótese que para denominar la

circunstancia visual apelamos a la rotunda calificación de «ciego», sin paliativos, sobre quienes llegará el momento de aquilatarlos a la realidad normativa actual.

Sostiene, fundadamente, el autor mencionado, acerca del «Testamento del ciego». En la época clásica, tal y como se deduce de PS. 3, 4.ª, 4 [PS. 3, 4.ª 4.ª (= BA.) «Caecus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes»], el testamento del ciego, y de igual manera el del manco [Tal y como se afirma en PS. 3, 4.ª, 4.ª, fragmento que, curiosamente, y a diferencia del anterior, no se recoge en el *Breviario* de Alarico], no presenta ninguna especialidad. La única limitación, derivada de la imposibilidad material de escribir, era la de tan solo poder realizar testamento oral. Es el emperador Justino quien, en una constitución del año 521 [C. 6, 22, 2.], acogida posteriormente por Justiniano [Inst., 2, 12, 14], crea una forma especial de testamento rodeada de garantías reforzadas para el testador invidente. Según dicha norma, además de la presencia de siete testigos, es necesaria también la de un *tabularius*, y a falta de este, la de un octavo testigo, que recoge por escrita la voluntad del testador. Expresada y escrita dicha voluntad en el acto, o bien previamente escrita por un tercero y leída en el acto por el notario ante los testigos, todos han de firmar y sellar el testamento para su plena validez»[2].

Este sistema se mantendría a lo largo de los siglos, ya que, en definitiva, el «Derecho de las Partidas reproduce prácticamente en su virtualidad la constitución de Justino acogida por Justiniano, estableciendo los mismos requisitos formales exigidos por esta para su validez»[3].

En este punto, cierto es que nuestro Código común se adscribe a la familia romano-francesa si bien, en el ámbito sucesorio, no podemos obviar que, al tiempo, concurren vestigios germánicos, como sostendría ROCA SASTRE[4]. Sea como fuere, las personas con discapacidad visual son otrora y hasta los días presentes (pese a los incuestionables avances de esta especialidad oftalmológica) un grupo numeroso. En estos momentos, aspira a las adecuaciones normativas que reflejen a su vez, las adaptaciones precisas para el ejercicio de sus derechos. La valoración de la ininterrumpida presencia de modalidades específicas para la deposición de sus últimas voluntades, a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos occidentales ratifica, en buena lógica, tanto la realidad poblacional, como la condigna preocupación para solventar con mayor o menor atino sus necesidades especiales. En resumidas cuentas, la discapacidad visual, sea ceguera, ceguera legal o baja visión, según la última encuesta del INE[5] afecta a tantos miles de personas que, reclama ciertas matizaciones técnicas protagonizadas por el ejercicio de su capacidad jurídica.

En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común auguran no solo que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es el precursor—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos[6]. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

2. La evolución en el Derecho civil común: la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre

Como hemos tenido ocasión de exponer en otros estudios, el siempre previsto derecho a testar de las personas con discapacidad de carácter visual[7], estaba

dotado de lo que, en su momento fue entendido como fórmulas de proporcionar especiales garantías en cuanto a los testigos y a la propia lectura del documento de últimas voluntades por el disponente de sus últimas voluntades, si bien en testamento abierto notarial.

Habida cuenta de la previsión del antiguo artículo 708 y la expresa prohibición de otorgar testamento cerrado no solo para los ciegos sino también para quienes no supieren o no pudieren leer, las declaraciones de última voluntad[8] se circunscribían a las que fuera materializadas de forma abierta notarial, reclamando para su validez distintos presupuestos adicionales. De modo que, al acto habría de concurrir, si el testador presentase ceguera, en primer lugar, tres testigos idóneos, además de que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y, finalmente que se diera cumplimiento del requisito exigido sobre la preceptiva lectura por dos veces del testamento, tanto por el notario y por testigos o por persona designada por el testador[9].

El fundamento que sustentaba aquella especialidad en el testamento notarial abierto[10] era su construcción institucional como sistema tuitivo de los intereses del invidente o aquella persona que no pudiera leer por sí el testamento. En suma, su objeto era obtener la certeza de que era la voluntad del interesado la reflejada en el documento notarial.

En cuanto a una de las cuestiones controvertidas, la jurisprudencia había tenido ocasión de pronunciarse en distintas resoluciones sobre la expresión «ciego». En este sentido y siguiendo la actual política jurídica de protección de las personas con discapacidad, bien podría entenderse que ha de ser equiparable con algún grado de discapacidad sensorial reconocida administrativamente. Por el contrario, y sin necesidad de certificación alguna, bastaría con la apreciación casuística de si el interesado pudiera o no leer por sí, el día del otorgamiento, soportando quien pretenda la nulidad del testamento por falta de cumplimiento de requisitos, la carga de la prueba referida a la acreditación de la ausencia o defecto de visión[11].

La tímida reforma del Derecho común, abordada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», suprimiéndose el general concurso de testigos salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento»[12].

3. La redacción original del Código Civil del artículo 698: el testamento abierto notarial del ciego y la flexibilización jurisprudencial de la exigencia de la firma en pro de la voluntad del causante

El testamento notarial abierto, hasta la reforma del año 1991, exigía la concurrencia de tres testigos idóneos, exigencia «muy criticada, principalmente por los propios Notarios, dado que ponía en cuestión su buen quehacer profesional, frente a cuanto ocurría en el resto de las escrituras e instrumentos públicos, en los que la fe notarial se considera suficiente y bastante para dar cuenta del acto o contrato celebrado»[13].

El precepto 698 declaraba: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695[14], y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

Este testamento abierto era calificado, como una de las variantes del testamento notarial, en el que, en consonancia con la doctrina fijada por la sentencia de 12 de abril de 1973, era requisito esencial la necesidad de estar firmado por el testador, caso de que este no supiera hacerlo[15].

Su inmediato precedente, el artículo 697 se refería a los requisitos especiales que había de completar el testamento del «enteramente» sordo, por lo que si como advierte el diccionario de la RAE el sordo es el que no oye o no oye bien, el legislador no fue redundante al aclarar que este reforzamiento de los presupuestos del testamento abierto, serían de obligado cumplimiento bajo pena de nulidad caso de que el otorgante careciese radicalmente de este sentido. Por el contrario, el artículo 698 y en buena lógica, no concretaba la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

De todo ello, que traigamos a colación el sentido jurisprudencial, reiterado por las Audiencias, sobre la exigencia de los requisitos formales referidos a la firma de una voluntad testamentaria depuesta ante notario; así, recientemente, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de junio de 2022[16].

Esta declara: «aunque se hace referencia a la edad de la testadora en la fecha de otorgamiento del testamento impugnado, no se ha planteado que la misma no tuviera plena capacidad para testar, lo que se alega y este es el motivo de recurso, es que como no sabía leer ni escribir el testamento debía ser otorgado ante dos testigos, la falta de los mismos determina la nulidad de dicho acto notarial.

El artículo 697 dispone «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 2.º) Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento».

En el caso de autos, la testadora no era ciega y no manifestó al otorgar testamento que no sabía o no podía leer por sí en el testamento se hace constar por el notario que redacta el testamento conforme a la voluntad de la compareciente a la que identifica por su DNI, quien le manifiesta oralmente su voluntad; también se hace constar que lee el testamento en voz alta a la testadora quien renuncia a su derecho a hacerlo por sí, así como que la testadora manifiesta quedar enterada de su contenido y que esa es su última voluntad, firmando la propia testadora; siendo así, no existe defecto alguno que pueda determinar la nulidad del testamento por falta de testigos en tanto que no está acreditado que la testadora no supiera leer, no siendo una prueba pericial caligráfica el medio idóneo para demostrar dicha afirmación y tampoco la sola manifestación del exmarido de la demandante/apelante que tiene hijos en común con ella y por tanto interés en que el pleito se decida en favor de aquella, debiendo concluirse además que, en su caso, en el supuesto de que la testadora no supiera leer ni escribir, la falta de testigos ha sido salvada por el Tribunal Supremo en distintas sentencias, incluso en caso de ceguera del testador por lo que con más motivo procede aplicar dicha jurisprudencia en favor del testamento como manifestación de la voluntad del testador, en un caso como el de autos en el que no se pone en duda la capacidad de la causante para testar y solo se pretende la nulidad del testamento por una cuestión puramente formal.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de diciembre de 2009 en relación con la falta de testigos en el testamento otorgado por persona ciega, señala «Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos

previstos en el artículo 697,2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda»; también señala dicha sentencia «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple».

El Tribunal Supremo en sentencias como la de 20 de marzo de 2013 y 10 de septiembre de 2015, en la interpretación de los artículos 687 y 696, referido este último al juicio de capacidad del testador que ha de realizar el notario, declara: «De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de "favor testamenti", como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada»[17].

De ahí, la también consolidada doctrina que, por todos, encarna GONZÁLEZ PORRAS ya «que la firma del ciego, salvo que declare que no sabe o que no puede firmar, haciéndolo entonces por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o en su caso la persona de confianza que le acompaña para la segunda lectura es imprescindible. Y ello por las siguientes razones: 1ª) por haber sido así siempre y lo demuestra la tradición histórica, pues el testamento del ciego no es otra cosa que una variedad del nuncupativo normal y en este la firma del testador es obligatoria, de suerte que no sería lógico pensar que se exige en casos, podemos decir, de testadores normales, y se prescinde en un supuesto en que se buscan mayores garantías; 2ª) porque la falta de firma del testador y su posible sustitución solo cabe en caso de manifiesta imposibilidad del testador (sentencias de 30 de septiembre de 1911, 4 de enero de 1952, 17 de febrero de 1956 y 30 de enero de 1964); 3ª) que consecuentemente se debe concluir que si se pide en la forma normal, no se debe prescindir en esta modalidad si no es cuando se den iguales presupuestos (art. 695, 2.° CC); 4ª) que no significa un dato en contra el hecho de que el artículo 698 del Código Civil no se refiera a la firma y sí solo a la doble lectura, pues se debe tener en cuenta que el legislador en 1888 atendía a lo que era normal y esto era que los invidentes eran analfabetos; pero de ahí no cabe deducir que si sabe no tenga por qué firmar, sino todo lo contrario: si sabe, debe firmar. Y finalmente porque la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo [Sentencias de 13 de junio de 1877, 3 de diciembre de 1878, 29 de octubre de 1879 y más recientes las de 8 de abril de 1969 y 12 de abril de 1973] viene sosteniendo que para la validez de los testamentos es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código Civil»[18].

4. El iter parlamentario de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de testamentos: sentido y finalidad del testamento del ciego

El debate de la periclitada Ley, en lo que a nosotros interesa, trajo a colación cuestiones interesantes que, propuestas por el CDS fueron rechazadas por el Grupo socialista, y en lo que en estas líneas se quiere destacar, por la mención a la discapacidad y minusvalía en lugar del genérico «ceguera» sin mayores precisiones. Antes de entrar a las cuestiones específicas de esta reforma, téngase en cuenta que, tanto en el año 2003 como en el 2005, se introdujeron nociones ajenas al Derecho privado en que requerirían de su concreción recurriendo a normas de carácter administrativo y reglamentario[19].

A mayor abundamiento, «el sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada ha variado sensiblemente ya que, en particular, se ha hecho titular y destinatario de ciertas políticas públicas a la persona con discapacidad, siempre y cuando esta tenga reconocida administrativamente dicha circunstancia. Y es en este esquema donde la figura preliminar a sus posteriores reformas y mejoras del patrimonio protegido o la nueva regulación de la autotutela, pueden insertarse. En síntesis, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, como las operadas por Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre accesibilidad universal, se caracterizan por haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas»[20].

En lo que se refiere a los debates parlamentarios, como decíamos y sin éxito, fue propuesta una enmienda en materia de idoneidad de ciegos y sordos para ser testigos, que en lugar de vedar absolutamente esta posibilidad quedase abierta a criterio notarial con la siguiente redacción «los discapacitados cuya minusvalía impida cumplir con tal cometido» para después concretar que sería más correcto «los que tengan minusvalías que, a juicio del notario, les impidan cumplir con tal cometido» al tratarse de una discriminación no autorizada por la Constitución. Lo cierto y como es sabido es que esta enmienda fue rechazada pero, con todo, deja testimonio de la inclusión en el lenguaje parlamentario de unas instituciones y denominaciones a las que por entonces se había prestado un relativo interés[21].

Por lo que, al testamento abierto notarial del ciego, conviene ahora transcribir y valorar el alcance de dicha reforma abordada por la mencionada Ley 30/1991, de 20 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de testamentos[22]. La redacción finalmente aprobada por lo que al testamento del ciego, es la contenida en el artículo 697 que declara: «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten».

Apréciese por tanto y por lo que al testador ciego se refiere, que si este sabe o puede firmar, aunque no le resulte posible leer el testamento, habrán de concurrir al otorgamiento dos testigos instrumentales[23].

En cuanto a la posibilidad de que el testador no pueda firmar o se planteen dudas sobre la autenticidad de su firma, idénticos motivos exigirán la presencia

de estos dos testigos, con la particularidad de que la ausencia de firma no será causa de nulidad. Si adicionalmente quien no pueda leer sea también sordo, tanto los testigos como el propio Notario deberá leer el documento ante el otorgante con la intención de que se acredite que la voluntad fijada en el testamento es la expresada por el disponente[24].

Conviene destacar su carácter de norma restrictiva y, por ende, no susceptible de interpretación extensiva, por lo que con buen juicio «esta modalidad testamentaria debe constreñirse al supuesto de que el testador sea ciego o de que no sepa o no pueda leer por sí el testamento y, además, que sea enteramente sordo. Si solamente concurre una de las dos primeras circunstancias, más no la segunda de ser enteramente sordo, propiamente no existe modalidad testamentaria sino el simple cumplimiento de la concurrencia de los dos testigos»[25].

Finalmente, debemos subrayar que este tipo testamentario, exigía cumulativamente, tanto que el causante fuese ciego (o no pueda o no sepa leer por sí el testamento), pero no sordo, Por tanto, ha desaparecido la formalidad o requisito de la doble lectura[26].

5. El protagonismo de la discapacidad y la renovada disposición adicional cuarta del Código Civil: la persona ciega

Ya hemos tenido ocasión de sostener que «…habida cuenta de la pluralidad de situaciones adjetivas que, en el presente espectro jurídico, familiar, personal, subjetivo, en suma, pueden adjetivar a la persona física y, directamente vinculada a ella, configurar y conformar el conjunto de medidas previstas en la nueva Ley, es determinante la nueva redacción otorgada a la disposición adicional cuarta del Código Civil».

En este punto y con efectos de 3 de septiembre de 2021, según 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 su texto articulado, precepto 77, dicta la esencial figura de la discapacidad en sus justos términos: «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».

En cuanto al segundo párrafo de dicha disposición adicional cuarta, en la mencionada nueva redacción y atendida idéntica norma, completa la definición que ha de dispensarse a la situación adjetiva de la discapacidad al añadir que «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica»[27].

En buena lógica, las previsiones extravagantes al Código común nos permiten ratificar lo afirmado sobre el sujeto titular de las previsiones dispuestas para el otorgamiento testamentario, abierto y cerrado, en la modalidad específica prevista para las personas con discapacidad visual.

II. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS

1. Derecho foral navarro: la aplicación del Derecho común, como norma supletoria

La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, como su nombre indica, renueva su contenido y lo adapta a nuevas realidades; en particular y como advierte el punto IV, de su preámbulo, en su libro segundo, tiene como ideas nucleares: «1. En la idea de suprimir las diversas remisiones estáticas que el Fuero Nuevo realizaba al Código Civil, es objeto de regulación de forma completa la capacidad para suceder (leyes 152 y 153) así como las causas de incapacidad por indignidad (ley 154), ingratitud (ley 163) y desheredación (ley 270). 2. En materia testamentaria, también es objeto de regulación la capacidad para testar suprimiéndose la remisión al Código Civil y acogiendo una redacción que, además de actualizar los términos en sintonía con la nueva redacción de la ley 22, hace una regulación acorde a la realidad actual de la persona con la capacidad modificada judicialmente y la posibilidad de que pueda testar si en el momento de hacerlo tiene la suficiente capacidad de entender y de querer sin perjuicio de lo dispuesto judicialmente sobre la misma. El respeto a la intimidad de las personas con disminución sensorial es también objeto de previsión».

En justa consecuencia, renueva la regulación «de los testigos terminando con las remisiones, especificando su necesidad y número en cada uno de los testamentos, suprimiendo la obligatoriedad en el testamento abierto notarial y estableciendo explícitamente sus condiciones con conservación de todas las especialidades forales a salvo la necesidad de la vecindad por considerarse innecesaria».

En suma, «adopta para todo lo no regulado en esta materia la fórmula de la remisión dinámica a todos los testamentos regulados en el derecho común, salvo el ológrafo, el cual se regula específicamente con observancia de la legislación notarial y salvando las especialidades concretas que sobre el mismo contiene el propio Fuero».

Para lo que a estas líneas importa, es la Ley 188 sobre el Testamento ante notario, la que, gracias al reenvío al Derecho común, podrá salvarse la falta o relativa adaptación a esta nueva Ley 8/2021, toda vez que declara «Cuando se trate de testamentos otorgados ante notario se aplicarán las disposiciones del Código Civil en lo que no esté previsto en las leyes anteriores»[28].

Previa a esta solución y a falta de mención explícita en el Derecho navarro, en ocasiones se resolvía la cuestión recurriendo al Derecho romano, como ordenamiento supletorio, por lo que el testador ciego debería hacerlo ante notario y siete testigos. En este sentido, se ha destacado cómo una criticada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1867, «declaró válido un testamento de ciego ante solo dos testigos. (…) Se pone en claro, pues, cómo a principios del siglo XVIII la práctica jurídica navarra recibió la Ley 3 de Toro en cuanto a las formalidades del testamento del ciego (ante cinco testigos), dejando de lado la anterior recepción de la doctrina del Derecho justinianeo (ante siete testigos). Desplazada la antigua legislación de Castilla, entre ellas las Leyes de Toro, el Código Civil que la sustituyó en 1889; y en Navarra, de modo natural, se siguió la nueva formalidad del artículo 698 [en su redacción original] para el testamento del ciego: doble lectura del testamento, uno por el

Notario (conforme al artículo 695) y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe»[29].

2. El precursor Derecho foral catalán: la incorporación de los medios tecnológicos y las nuevas tecnologías para el sistema de apoyos de las personas con discapacidad

En cuanto a la doctrina y práctica forense catalanas, existía cierto malestar sobre la aplicación de las rigideces que exigían la presencia en toda clase de testamentos «la intervención de siete testigos y del tabulario, lo mismo para los que tenían vista que para los que carecía de tan preciado sentido (…) todavía está en vigor en la práctica ese Derecho de Romana para los ciegos catalanes». De modo que en la práctica se daba cuenta de la recomendación del cumplimiento de esta fórmula[30], criticándose ácidamente tal costumbre y reclamando que, si para el derecho catalán se aplicaba el sistema de dos testigos y notario, no debería exigirse siete para el ciego, por aplicación del principio *ubi lex non distinguii nec nos distinguere debemus*.

Con todo y como es sabido, la práctica fue cediendo ante la evidencia de la localización de esos siete testigos en lugares pequeños; por su parte, el proceso codificador catalán, solucionó esta discriminación. En particular, la Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones[31]; en este sentido y frente a la redacción anterior que, pese a incluir el término constitucional de disminuido[32], lo hacía con la censurada fórmula de sustantivación[33].

Esta Ley 10/2008, derogaba el derecho catalán que ya había sido codificado en este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, sino que perfecciona las existentes. Es el caso de esta forma testamentaria notarial especial que antes prevenida en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones, determinaba en su artículo 115 «Cuando el testador sea ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sea sensorialmente disminuido, el notario seguirá las determinaciones contenidas en la legislación notarial».

Declaraba así su artículo 421-8, sobre el Testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte, la disposición adicional segunda, concreta la Aplicación de medios para suplir la discapacidad sensorial: «Cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

Apréciese esta redacción fruto de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. Prístina e incontestablemente prevé su disposición adicional. Uso de medios para suplir la discapacidad sensorial.

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 utili-

zarse 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 por el apartado 1 de la presente disposición y el artículo 421.8 del Código Civil de Cataluña.

Poco más habría que añadir que lo que detallamente da cuenta la Exposición de motivos, justificando más que fundadamente las circunstancias normativas que imponen la reforma. Con todo, tendremos ocasión de contrastar su capacidad transformadora en justa coincidencia, en particular, con una valiente sentencia en sede de resolución de un recurso de casación foral.

III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA

1. El testamento abierto de otorgante ciego como testamento ordinario dotado de mayores garantías: la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1969, la aplicación del Derecho anterior a la Compilación catalana y la ceguera total o parcial, si impide la lectura o la firma, exige la aplicación de las formalidades prevenidas en el antiguo artículo 698 del Código Civil

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1969[34], sobre el testamento del ciego en Cataluña y la aplicación del Derecho anterior a la Compilación[35], recoge, entre otras cuestiones reseñables, el supuesto de hecho del testamento suscrito por un testador que presenta ceguera de forma sobrevenida, por lo que sí que podía firmar o, con más precisión, podía recordar cómo lo hacía cuando tenía visión y, de hecho, había estampado su firma en un contrato suscrito unos días antes de testar. En particular, la resolución declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que, revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras, declaró la validez del testamento.

Los Considerandos de la sentencia declaran que «el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región [Cataluña] por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando 'no poder firmar, desde que no es vidente', en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código Civil siendo así que se ha probado en los autos que unos cincuenta y cinco días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró con los hoy litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz».

De modo que al haber suscrito contrato en documento privado y al haberlo firmado con su propia rúbrica, se alegaba en el recurso de casación del apartado I de las Reales Ordenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo». Por tanto los recurrentes deducían que sabiendo hacerlo el testador y no habiéndolo verificado, el testamen-

to habría de ser declarado nulo. Y declara la sentencia que «las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto del testador ciego en la Ley 28, de Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de añadir mayores garantías al nuncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia, se han cumplido no solo todos los requisitos del nuncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues solo acreditaría que la estampó en un documento pero no que este sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el Notario de su conocimiento».

A mayor abundamiento advierte que «siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidas en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado».

Así que como quiera que «el artículo 698[36] no alude lógicamente a la firma porque normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en los autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autenticar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo».

En definitiva y como concluía ROCA TRÍAS al analizar esta resolución «la ley permite al ciego no firmar su testamento, puesto que la presunción lógica será el que no pueda hacerlo, debido a su defecto físico, aunque no es tan irrelevante la firma del ciego como da a entender la sentencia que hemos comentado; si el testador sabe hacerlo, consideramos que debe firmar, puesto que el testamento no solo es la declaración de voluntad *mortis causa*, sin esta más las formalidades y podría ser anulado el testamento de un ciego que declarase no poder firmar, siendo falsa esta declaración, no por falta de verdadera voluntad testamentaria, como se dicen la sentencia de primera instancia del caso estudiado, si no por ausencia de una formalidad exigida por el Código Civil»[37].

2. Aplicación de las solemnidades y garantías del antiguo artículo 698 del Código Civil para autenticar la voluntad del otorgante que presenta ceguera sobrevenida y no congénita: la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973: basta con que su ceguera le impida leer y estampar su firma

Por su parte, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 1973[38], ventila el caso de una demanda sobre validez y eficacia de testamento, interpuesta por los legatarios del tercio de libre disposición de su hermano, causante separado de su esposa, siendo herederos de los dos tercios restantes sus hijos, que son los demandados. Frente a la pretensión de los actores, los demandados se opusieron y formularon reconvención solicitando la

nulidad del testamento. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, desestimando esta reconvención; interpuesta apelación y, sucesivamente, casación por los demandados reconvinientes, fueron desestimadas sus acciones.

En particular declara la sentencia de casación: «Que para combatir las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador don Jesús G.M. se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquel en 30 diciembre 1964 ante el Notario de Ribadeo don José María M.M., se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del núm. 7.º del artículo 1692 de la LECiv, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impedido para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento».

Adicionalmente y por lo que se refiere a la doctrina en materia de testamento abierto otorgado por testador con dificultades en la visión, sienta dicha resolución lo siguiente: «ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código Civil[39] en Tribunal Supremo (el otorgamiento del testamento abierto por un ciego), no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquella, a fin de que lo defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad y frente a la afirmación de la Sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que en todo caso le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código Civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que a su vez firmó también por este y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento»[40].

3. Requisitos de obligado cumplimiento en caso de testamento abierto otorgado por persona con deficiencia visual: la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de junio de 2005

Recogemos los puntos más relevantes de esta resolución resuelta después en la sentencia del Tribunal Supremo recogida en el epígrafe suficiente: «es de imperiosa necesidad que quien impugna el testamento abierto, acredite de forma cumplida, rotunda e incuestionable, la existencia del incumplimiento en el que pasa la nulidad que propugna y ello porque, como es sabido, por una parte, la capacidad de los testadores se configura como una presunción *iuris tantum* acomodada al principio de *favor testamenti* (art. 662 CC), referida al momento mismo en que se otorga testamento, de conformidad con el artículo 666 del Código Civil y, por otra, la mención que el notario realiza a favor de la capacidad del testador supone principio de certidumbre y por ella es preciso pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario (SSTS de 23 de marzo de 1944 y 27 de enero de 1998), lo que obliga a combatir esta

presunción por prueba suficiente y eficiente (STS de 19 de septiembre de 1998), sin que sea suficiente, a los efectos indicados, la duda acerca de la capacidad del testador de destruir aquella presunción».

Y siguiendo: «La conclusión de todo cuanto se ha expuesto, no puede ser otra que la de considerar que la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del artículo 697 del Código Civil, se exija la concurrencia, al acto de otorgamiento del testamento, de dos testigos instrumentales, y con base en esta carencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 687 de dicho Código, acordar la nulidad del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez se propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos, y ello porque se olvida que el primer testamento se otorgó el 29 de julio de 1985, esto es bajo el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, en el que era necesaria la intervención de testigos, requisito que, con carácter general e incluso con ciertos efectos retroactivos, fue dejado sin efecto por referida norma, dejando a salvo unos concretos supuestos en los que por las circunstancias del caso, tal exigencia se mantenía»[41].

4. La forma del testamento como garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009

Declara la sentencia que «La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código Civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el Código Civil opta por la presunción de revocación del testamento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el artículo 742.1 del Código Civil, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición.— Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria.— El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el artículo 700 del Código Civil, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el artículo 679 del Código Civil define este testamento de la siguiente manera: 'Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone' y el artículo 700 del Código Civil dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, 'puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario'. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el artículo 695 del Código Civil, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de

hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000)».

5. Presunción de capacidad, principio de *favor testamenti* y carga de la prueba de la ausencia de capacidad del testador en el momento del otorgamiento: la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 2009

Señalamos los aspectos más relevantes: «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple. 2.º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda. 3.º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (art. 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que, para probarla en el litigio, se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta. 4.º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el artículo 738 del Código Civil ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó»[42].

De modo que como decíamos antes y de conformidad a la previa e inmediata redacción del 697, no es redundante la remisión al que fuere «enteramente» sordo, como supuesto de hecho que exige el concurso de dos testigos idóneos ya que, atendiendo al significado general y como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien. Distinta es la cuestión del ciego en la que el tenor literal del precepto no se detiene a especificar su alcance, toda vez que no es necesario concretar la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

Presumiéndose, por tanto, la capacidad lo cierto e indubitado es que, si quien otorga un testamento abierto notarial mantiene un resto de visión, la falta de presencia de los testigos exigidos en el mencionado artículo, habiendo quedado

probado que el testador tuvo pleno conocimiento de su contenido, no es óbice ni causa de nulidad del citado testamento.

IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*

En resumidas cuentas, prima el principio de la capacidad del otorgante y del *favor testamenti*, como reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de febrero de 2002, en la resolución de un recurso de casación donde se ventilaba un asunto relativo a la petición de declaración de nulidad del testamento, declara que «debe partirse siempre de la capacidad del testador (principio de conservación del testamento o *favor testamenti*), de forma que la regla es la capacidad, y la excepción —que, como tal debe ser probada, desplazando con ello la carga probatoria— es la incapacidad. Así se desprende de la dicción de los artículos 103 y 104 del Código de sucesiones y así lo tiene dicho esta Sala en las sentencias ya citadas. En la de 21 de junio de 1990 se lee: "ajustándose a la idea tradicional del *favor testamenti* toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario"».

Por tanto y como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988, «esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25 de abril de 1959 y de 7 de octubre de 1982—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957; 16 de abril de 1959; 7 de febrero de 1967; 21 de junio de 1986; 10 de abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento»[43].

Es más, podemos añadir la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (SAP L 1012/2020 - ECLI:ES:APL:2020:1012), 23 de diciembre de 2020.

En este sentido, resulta de especial interés cuanto expone la STSJ de Cataluña núm. 38/2016, de 30 de mayo de 2016, por su paralelismo con el presente caso dada la similar regulación prevista para los supuestos de las personas ciegas, sordas y sordomudas (con las salvedades inherentes a la discapacidad que comporta cada una de ellas), y porque tambien se refiere a la presunción de capacidad del testador y al principio de «favor testamenti», cuestiones ambas invocadas en el recurso. La referida STJS de Cataluña de 30 de mayo de 2016 desestima un recurso de casación contra la sentencia que estimó la demanda de nulidad de un testamento, fundada en que el testador era invidente y no había

intervenido en el otorgamiento ningún testigo, según exigía el artículo 107CS, en vigor cuando se otorgó, alegando la parte recurrente que la presencia de testigos, aunque el testador sea invidente es una formalidad cuya omisión, habiendo leído el testamento el notario al causante, y habiendo dado este su conformidad, no puede provocar la nulidad de testamento, considerando que una interpretación tan rigorista era contraria a la doctrina del TSJ de Cataluña.

Declara al respecto esta STSJC núm. 38/2016:

«CUARTO.— La forma en los testamentos.

El testamento como negocio jurídico unilateral y personalísimo por el cual el testador dispone para después de su muerte de sus bienes, tanto en el derecho estatal, como en el derecho civil catalán, es un negocio jurídico formal o solemne en el sentido de que la voluntad del testador debe expresarse a través de los cauces que la ley exige para que el testamento sea válido y produzca sus efectos. En este sentido, los requisitos de forma que exija la ley civil sustantiva suponen un plus a la mera existencia de la voluntad de testar puesto que es, como dice algún autor, «la expresión necesaria del negocio mismo» y elemento esencial para tenerlo como vinculante.

La forma, como enseña la mejor doctrina, es integrativa por lo que se exige además o junto a los restantes elementos propios de todo negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa).

El testador puede optar, como regla general, por cualquiera de los tipos de testamentos que la ley admita y regule, pero no por otros con independencia de que su voluntad pudiese ser probada por otros medios. Por eso no se permite el testamento por testigos ni testar en forma diferente a la señalada por la ley.

El requisito de la forma en esta clase de negocios se exige para garantizar la libre expresión de la voluntad del testador y la conservación del acto que ha de surtir efectos para después de su muerte.

Por tanto, si la declaración de voluntad se ha emitido en forma diferente a la exigida por la ley, aunque no exista duda sobre la declaración emitida, el testamento no es válido ya que la forma asegura no solo la publicidad de la voluntad sino también que esta ha sido formada de manera consciente y libre de presiones externas (STS de 9 de mayo de 1990 y las que en ella se citan).

Su finalidad es pues la de preservar y proteger el interés del testador.

Por forma debe entenderse según el diccionario de la RAE, el conjunto de requisitos externos que debe cumplir un acto jurídico mientras que la formalidad sería el modo de ejecutar con la exactitud debida un acto público.

Cabe distinguir también entre tipicidad de los testamentos, formas y formalidades de su otorgamiento.

En Cataluña solo existen ya dos tipos de testamentos válidos según se advierte del preámbulo del libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio (aunque se admita en la DT 2 de dicha ley la validez de los realizados conforme a la ley vigente en el momento de su otorgamiento), a saber: el notarial y el hológrafo (…).

Las fórmulas habilitantes de cada una de estas modalidades tienen el valor de forma y son exigibles para la validez del testamento según la totalidad de la doctrina científica.

Por el contrario sí cabrá analizar las formalidades que la ley exige dentro de cada uno de los tipos y formas de los testamentos para establecer si las mismas tienen o no carácter esencial, ya que su omisión o bien sus defectos no siempre tendrán la misma trascendencia para establecer la validez o la nulidad del acto sino que habrá que atender al principio del *favor testamenti*.

El mismo legislador considera, aplicando nuestra jurisprudencia (preámbulo del libro IV), especialmente en el caso del testamento ológrafo, como no esenciales para la validez del testamento, la falta de constancia del lugar o fecha siempre que puedan ser acreditadas de otra forma.

Tras referirse esta sentencia al testamento del ciego en Cataluña, en el derecho histórico catalán, en la Compilación de 1960, en el Código de Sucesiones, aprobado por Ley 40/1991 de 30 de diciembre (arts. 107, 108, 115, en relación con los arts. 25 de la Ley del Notariado y artículos 180, 183 y 193 del Reglamento notarial aprobado en 1944), y en el libro IV del CCCat, (arts. 421-5, 421-8, 421-10 y 421-11), acaba concluyendo que: «tanto según el CS como el CCCat la presencia de testigos en el caso del testamento notarial abierto es una de las formas habilitantes para tener por válido el testamento y eficaces las disposiciones de última voluntad del testador invidente, lo que se evidencia del carácter imperativo de sus disposiciones.

La presencia de testigos en el acto de otorgamiento tiene como finalidad que estos suplan el sentido del que carece el testador de modo que puedan leer por sí mismos el testamento y comprobar que coincide con la voluntad expresada.

De ahí que la legislación notarial, a la que se remite la ley en cuanto a las formalidades exigidas (no en cuanto a la presencia de los testigos obligada por la propia ley sustantiva) ordene al Notario que advierta a los testigos de su derecho a leer por sí mismos la escritura, al no poder hacerlo por sí el testador.

Como se ha visto el legislador ha mantenido en forma reiterada a lo largo del tiempo esta garantía considerando insuficiente la sola presencia del Notario en estos casos y tal previsión no puede ser considerada discriminatoria a la luz de lo dispuesto en el art. 2, g), 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

La finalidad última es, pues, la de evitar todo fraude o apariencia de fraude en la formación de la voluntad del otorgante y la protección específica de quien tiene alguna discapacidad».

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 16 DE MARZO DE 2021: UN EJEMPLO DOCTRINAL E INTERPRETATIVO DE LOS APOYOS NECESARIOS Y LA LIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS PRECEPTOS RESTRICTIVOS DEL AUTOGOBIERNO Y LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VISUAL

Como sucediera con el Tribunal Supremo en sus STS 298/2021[44], del Pleno de la Sala de lo Civil[45], el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal aplica la Ley 8/2021, al resultar la más oportuna en el supuesto de hecho que trae causa de los autos ventilados en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Bisbal d'Empordà y, a su vez, de apelación sustanciada en la Audiencia Provincial de Gerona, sección segunda.

La sentencia que al servir de colofón de lo que ha sido expuesto y pasamos a transcribir, fue dictada en Barcelona, el 16 de marzo de 2021[46].

TERCERO.—Planteamiento del motivo primero y segundo del recurso de casación 1. En ambos motivos del recurso se cuestiona la decisión primero del

Juzgado de Primera instancia y luego de la Audiencia provincial de declarar la nulidad del testamento del Sr. David por no haber concurrido a su otorgamiento dos testigos como exigía el artículo 421-10 del Código Civil de Cataluña cuando la disminución del sentido de la vista del testador era de tal importancia que debía ser equiparada a la situación del ciego prevista en dicha norma. 2. En el primer motivo se invoca la aplicación directa de los artículos, 2, 5 y 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 instrumento de ratificación BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo y que entiende la parte recurrente de aplicación preferente a las previsiones del artículo 421-10 del CCCat en virtud de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, máxime cuando tras la reforma operada por la llei del Parlament 6/2019 de 23 de octubre, el legislador catalán en aplicación de dicho tratado ha modificado los artículos 421-8 y 421-10 de modo que desde su entrada en vigor, se dice, no sería necesaria la presencia de testigos. 3. En el segundo motivo se afirma que, en todo caso, el artículo 421-10 del CCCat en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, debería interpretarse en el sentido de que no hallándose el testador privado del sentido de la vista sino de la capacidad de lectura, solo sería necesaria la presencia de testigos si así lo hubiese declarado a la Notaria autorizante del testamento. 4. Ambos motivos se hallan interrelacionados por lo que se examinarán conjuntamente.

CUARTO.— Evolución histórica de las formalidades exigidas en el testamento para las personas con discapacidad sensorial en Cataluña 1. El testamento otorgado por personas con discapacidad se regula por vez primera en Cataluña en el Código de Sucesiones (CS) aprobado por llei 40/1991 de 30 de diciembre. Con anterioridad la Compilación se remitía al Código Civil, aunque con alguna particularidad propia en cuanto al número y carácter de los testigos. En el artículo 107 del CS, después de proclamar que no era necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial, siguiendo igualmente la dirección emprendida por la ley estatal 30/1991, hacía la salvedad de que concurriesen circunstancias especiales en el testador, considerándose circunstancias especiales cuando este fuese ciego o completamente sordo y cuando, por cualquier causa, no supiese o no pudiese firmar, o declarase que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento. Los testigos debían ser dos, que entendiesen al testador y al Notario y supiesen firmar. No era necesario que fuesen rogados, ni que conociesen o viviesen en el mismo lugar que el testador. Si el testador era ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sensorialmente disminuido, el Notario debía seguir las determinaciones contenidas en la legislación notarial. La remisión a la legislación notarial no era la previsión inicial puesto que en el proyecto del Código se regulaba el testamento del ciego exigiendo que el testador manifestara de palabra al Notario su voluntad, la presencia de testigos y que el testamento releyese dos veces seguidas, una vez por el Notario y otra por uno de los testigos. Siendo tal previsión suprimida tras una enmienda presentada por un partido durante el trámite parlamentario. La legislación notarial, ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, a la que finalmente se remitió la norma, dispone en el artículo 25 párrafo tercero que los Notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Por su parte, los artículos 180, 183

y 193 del Reglamento notarial, disponían que cuando alguno de los otorgantes no supiese o pudiese leer ni escribir sería necesaria la presencia de testigos instrumentales. Los testigos instrumentales debían ser designados por los otorgantes o, si estos no lo hiciesen, por el Notario, salvo en el caso del ciego en el que debía designar a uno de ellos, siendo esta última exigencia suprimida tras la reforma del Reglamento operada por RD 45/2007. Según el artículo 193, el notario da fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que afirmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Después de la lectura, los otorgantes deberán hacer constar su consentimiento al contenido de la escritura. El artículo 125 del CS establecía la nulidad de los testamentos, codicilos o memorias testamentarias que no correspondiesen a alguno de los tipos previstos en la presente Ley o en cuyo otorgamiento no se hubiesen observado los respectivos requisitos y formalidades. 2. Sucedió al Código de Sucesiones el libro IV del CCCat el cual, en la redacción vigente según ley 10/2008, de 10 de julio, regulaba la materia en los artículo 421-8 y 421-10. El artículo 421-8 disponía que: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte el artículo 421-10.1 decía que en el otorgamiento del testamento notarial, no era precisa la intervención de testigos, salvo que concurrieran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo solicitasen, añadiendo en su punto 2 que: «Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento». Finalmente el artículo 422-1.1, establece que es nulo el testamento que no corresponde a ninguno de los tipos establecidos por el artículo 421-5, así como el otorgado sin cumplir los requisitos legales de capacidad y de forma y el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave. 3. En el año 2019 por ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial se produce una modificación de los artículos 421-8 y 421-10 del CCCat que quedaron redactados en la siguiente forma: artículo 421-8.1: «Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el notario debe aplicar lo establecido por 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». «Artículo 421-10.1: 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». La misma ley contiene una disposición adicional sobre el uso de medios para suplir la discapacidad sensorial conforme a la cual: «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». Resulta de interés resaltar que

en el proyecto de llei el artículo 421-8 determinaba: «Si el testador té una discapacitat sensorial en el moment d'atorgar testament, el notariha d'aplicar el que estableix aquest Codi i, de forma supletòria, la legislació notarial», suprimiéndose en la tramitación parlamentaria este último inciso e igualmente el artículo 421-10 sufrió una modificación en el trámite parlamentario pues en el proyecto presentado al Parlament declaraba que en «l'atorgament del testament notarial, no cal la intervenció de testimonis, llevat que concorrin circumstàncies especials en el testador o que aquesto el notari ho demanin. I que concorren circumstàncies especials en el testador si per qualsevol causa no sapo no pot signar o declara que no sap o no pot llegir per si mateix el testament» desapareciendo por enmienda de dos grupos parlamentarios aquel inciso, esto es, que solo concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar pero no cuando no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional citada. El origen de la reforma según explica el Preámbulo de la llei tiene como fundamento la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que forma parte, a todos los efectos, del ordenamiento jurídico español desde el 3 de mayo de 2008, así como la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Y su finalidad la de situar a las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en igualdad de condiciones respecto a las demás personas en lo que se refiere al ejercicio efectivo de sus derechos en el momento de otorgar un testamento ante notario. La ley considera que el hecho de sufrir una discapacidad sensorial determinada no debe ser, por sí mismo, una limitación en el momento de realizar determinados actos con eficacia jurídica, como es, en el ámbito de la presente ley, el hecho de otorgar testamento ante notario, constituyendo su objeto eliminar las restricciones que el Código Civil de Cataluña establece a las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en el momento de realizar actos de naturaleza sucesoria, y situarlas en plano de igualdad con las personas que no tienen esta discapacidad cuando otorgan testamento y ordenan sus últimas voluntades. Para ello deja que sea el notario quien, en cada caso y en función de las circunstancias personales del otorgante, valore su capacidad de comprensión y sus habilidades comunicativas, tenga o no discapacidad sensorial, y sea esta discapacidad temporal o permanente, de conformidad con lo establecido por las disposiciones del Código Civil de Cataluña. Se trata, en definitiva: «… de modificar las disposiciones del Código Civil de Cataluña en materia testamentaria que establecían restricciones para las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o transitoria, que podían calificarse de discriminatorias. Estas personas ya pueden realizar actos jurídicos con plena eficacia, dado que la discapacidad sensorial que afecta a sus sentidos no restringe su autogobierno, porque son personas que pueden manifestar su voluntad consciente y libre y tienen facultades de comprensión y discernimiento para tomar las decisiones más adecuadas con relación al ámbito personal o patrimonial. Actualmente, con los avances tecnológicos existentes, no tiene ninguna justificación mantener en el Código Civil de Cataluña limitaciones específicas para los colectivos de personas con discapacidad sensorial, con el efecto, además, de que la designación colectiva de las personas con una disfunción de sus sentidos resulta discriminatoria. Hoy en día, estas carencias sensoriales pueden suplirse con alternativas de comunicación no verbal o con el uso de medios tecnológicos que otorgan una fiabilidad y una seguridad jurídica equivalentes a las que existen cuando quien se manifiesta es una persona sin este tipo de dis-

capacidad… Para lograr dicho objetivo, se modifica el redactado de varios artículos del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, a fin de eliminar cualquier trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en materia testamentaria. Concretamente se modifican los cuatro artículos siguientes: en primer lugar, el artículo 421.8, relativo al testador que es una persona con discapacidad sensorial, en el momento del otorgamiento; en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 421.10, que establece que no es necesaria la intervención de testigos cuando el testador es una persona con discapacidad sensorial». La ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOGC, salvo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 421.8 que lo hizo a los seis meses de la publicación de la ley.

QUINTO.— El testamento discutido 1. En fecha 10 de abril de 2013 el Sr. David, acude a la Notaría de la Sra. Purificación Almansa y otorga un testamento abierto. 2. El Sr. David tenía en aquel momento unas importantes limitaciones de visión (0.02 de agudeza visual) al punto que no podía leer sin aparatos especiales y letra a letra. 3. La notaria constata que tiene a su juicio la capacidad necesaria. En el testamento instituye heredero universal de sus bienes a su hijo Pedro Jesús con una sustitución vulgar y revoca todo testamento anterior. 4. La notaria expresa que no hay ningún testigo por no ser necesario ni haberlo solicitado el testador ni la notaria. Afirma que procede a leerle el testamento por así indicarlo el testador después de haberle advertido de su derecho a leerlo por sí mismo y enterado manifiesta que es fiel expresión de su voluntad, firmando el testamento el Sr. Pedro Jesús junto con la notaria autorizante.

SEXTO.— Resolución del recurso de casación. Validez del testamento 1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación BOE de 21 de abril de 2008, instaura un nuevo sistema de protección hacia las personas con discapacidades que tiende a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas así como promover el respeto de su dignidad inherente. 2. El tratado impone un cambio en la concepción de un sistema basado en la sustitución de la toma de decisiones de estas personas por otro en el que partiendo de su capacidad jurídica prevea un sistema de apoyos para hacer efectivo su ejercicio. 3. Los Estados parte deben adaptar la legislación para que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen a las personas con discapacidades salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. 4. Esas salvaguardias deben asegurar, tal y como establece el tratado en su artículo 12.4, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. 5. La Convención de Nueva York reconoce —preámbulo letra e)— que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás 6. Establece que las personas con discapacidad —art. 1— incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectual eso sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y

efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. 7. Entiende discriminatoria —art. 2— cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. 8. Proclama —art. 5.1— que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna y que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, artículo 12.1. 9. Impone a los Estados parte —art. 5.2— que prohíban toda discriminación por motivos de discapacidad y que —art. 12.2— reconozcan que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 10. Para hacer efectivo este derecho —art. 12.3— los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica asegurando que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, lo que incluye —art. 12.5— que se tomen 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, etc. 11. El tratado aspira a que, partiendo de la plena capacidad jurídica de todas las personas, su ejercicio solo pueda condicionarse por razones de discapacidad mediante un sistema de apoyos, salvaguardias o ajustes razonables, personalizados según la clase, el grado de la discapacidad y su incidencia para la adopción de las decisiones con plena eficacia jurídica. Esta graduación puede ser tan diversa como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla su vida. 12. Como dicen las STS (S. Sala Primera 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio) la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección», en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno. 13. Los principios contenidos en los artículos 5 y 12.1 del Tratado deben inspirar toda resolución en esta materia. El legislador estatal y autonómico debe adaptar la legislación vigente en materia de ajustes razonables a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad arbitrando los sistemas de apoyos que entienda adecuados en cada caso en tanto que la Convención no olvida, como no podía ser menos, los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. 14. Así se ha venido haciendo aunque no de forma sistemática en algunas leyes (así Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la que se modificaron una serie de leyes sociales; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizarla participación

de las personas con discapacidad sin exclusiones y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantiza el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad), sin perjuicio de que en sus aspectos civiles la adaptación o recepción general de la CNY 2006 se halla prevista tanto para el Código Civil como para las leyes procesales en el Proyecto de ley 121/000027 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020) por el que se pretende reformar la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 15. En Cataluña, el libro II del Código Civil de Cataluña aprobado por llei 25/2010 de 29 de julio tuvo en cuenta según su preámbulo la CNY de 2006, y como hemos expuesto, la llei 6/2019 de 23 de octubre, actualiza el libro IV del CCCat relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. 16. Los jueces, en tanto la legislación no se halle plenamente adaptada, debemos aplicar e interpretar las normas en vigor a la luz de los principios contenidos en la Convención. Así lo tiene proclamado el Tribunal Supremo, Sala Primera entre otras en la STS 654/2020 de 3 de diciembre. Ello sentado, el recurso debe ser estimado. 17. Ciertamente no existe doctrina de la Sala respecto de la cuestión planteada pues no la constituye una sola sentencia a tenor del artículo 3 a) de la llei de 5 de marzo de 2012, según nuestro acuerdo no jurisdiccional de 22 de marzo de 2012. 18. Actualmente, la necesidad de la comparecencia de los testigos para suplir la dificultad o pérdida de visión del testador que le impedía leer por sí mismo el testamento, como entendimos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2016, a la que aluden las resoluciones de instancia, ha sido percibida por el legislador en la llei 6/2019 como una medida de apoyo innecesaria y discriminatoria en tanto que la persona que por razones sensoriales carece de la capacidad de leer por sí misma el documento puede enterarse de su contenido con la lectura hecha por el notario y, si lo cree pertinente, puede solicitar de conformidad la disposición adicional segunda de la llei que se le arbitren otras medidas técnicas que puedan suplir el impedimento. Nótese que sin perjuicio de que el notario deba ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar en función de la clase de impedimento o dificultad sensorial que presente en su capacidad de comprensión y sus habilidades comunicativas, es este último quien ha de solicitar el documento en sistema braille cuando las dificultades afecten al sentido de la vista. 19. Es revelador del designio del legislador el debate de aprobación de la llei citada que tuvo lugar el día 9 de octubre de 2019 y que por su interés reproducimos en parte: «… davant d'una iniciativa que ens fa atotes i a tots més iguals i que barra el pas a algunes solucions legislatives que si bé en el seu dia podien tenir un caràcter protector o tuïtiu, han es devingut clarament discriminatòries, com algú també s'hi ha referit. El pas del temps, el progrés social, els canvis normatius i el desenvolupament tecnològic han fet que aquestes previsions, encara vigents, hagin perdut tot el seu sentit. D'altra banda, per mitjà de la modificació del segon apartat de l'article 421.10, es capgira totalment la regla sobre la necessitat que intervinguin testimonis enl'atorgament del testament notarial. Així, si fins ara s'entenia que la intervenció de testimonis era necessària en el supòsit que la persona testadora fos cega o sorda, ara s'estableix el principi totalment contrari, atès que el nou article 421.10.2 estableix que concorren circumstàncies especials en el testador si per qualsevol causano pot, no sap o no pot signar, i afirma seguidament que no es considera que hi concorrin circumstànciesespecials pel fet que tingui una discapacitat sensorial. '…una fortalesa i per tant d'una importància cabdal, i

pergarantirne la seva plena efectivitat, la disposició addicional afirma que, de conformitat amb el que estableixenels articles 421.8, 421.10, 421.14 del Codi civil de Catalunya, i a sol licitud del testador en l'atorgament detestaments, s'ha d'utilitzar el braille, la llengua de signes, la lectura labial o altres mitjans lingüístics o tècnicsque permetin de suplir la discapacitat sensorial que afecti la comprensió oral, la lectura o l'escriptura.» 20. Es cierto que la llei 6/2019 no se hallaba en vigor ni cuando se otorgó el testamento objeto del pleito ni cuando se presentó la demanda y que el recurrente no pretende tampoco en su recurso su directa aplicación. Sí es esclarecedora de lo que el legislador considera ahora como apoyos adecuados en el caso de que el testador tenga alguna discapacidad de carácter sensorial y en función de ella. 21. En el presente caso, el testador podía realizar actos jurídicos con plena eficacia dado que la discapacidad sensorial que progresivamente fue afectando a su sentido de la vista no restringía su autogobierno pudiendo manifestar su voluntad consciente y libremente con la debida comprensión y discernimiento y así lo había hecho en anteriores ocasiones en actos dispositivos intervivos. 22. Debemos entonces valorar si con arreglo a los principios antes expuestos cuando no se ha discutido la plena capacidad del testador para adoptar sus propias decisiones ni se hallaba privado por completo del sentido de la vista, la presencia de dos testigos resultaba imprescindible para validar el testamento. 23. La respuesta debe ser negativa. El artículo 421-10.2 en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, establecía que: Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento. 24. La situación del Sr. David no era equiparable jurídicamente a la del ciego en orden a su capacidad y formalidades para otorgar testamento aunque sus limitaciones visuales fuesen tan importantes que le impidieran leer si no era con aparatos especiales —que no constan utilizados— y carácter a carácter. No cabe una interpretación extensiva de lo que suponía una restricción. 25. De esta forma, interpretando el precepto legal a la luz de la Convención de Nueva York, en la medida en que el testador no era propiamente ciego y sí podía firmar, debemos entender que si no consideró necesario expresar o declarar a la Notaría que no podía leer el documento por sí mismo era porque juzgaba que con la lectura del testamento por parte de la fedataria pública era suficiente por recoger su manifestación de voluntad (en un testamento por demás muy simple) como así consta en el instrumento público otorgado, resultando por ello innecesaria la presencia de dos testigos para la plena validez del acto».

Con buen juicio y ante la complejidad de las cuestiones planteadas no se imponen costas y procede la devolución de los depósitos consignados.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.—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, llena tanto de virtudes y aciertos, como de próximas mejoras, es ya una norma de consolidada presencia institucional en nuestro ordenamiento.

SEGUNDO.—Entre los grandes extremos destacables de la anterior norma, en este estudio hemos querido subrayar los referidos a las personas con discapacidad sensorial y, en particular, a quienes lo sean con ceguera completa, legal o baja visión. El protagonismo conferido a la persona y a su ejercicio de

capacidad jurídica, así como al sistema de apoyos prevenidos en la Ley, permiten al sujeto titular de estos derechos emanciparse de los encorsetamientos con los que se pretendía garantizar su voluntad testamentaria. Por fin, con las cautelas necesarias, ya tiene abierta la posibilidad de celebrar testamento no solo abierto, sino también el notarial cerrado.

TERCERO.—Tanto la legislación catalana, Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, que como es evidente es anterior en el tiempo a la propia Ley 8/2021, tienen presente las nuevas tecnologías y los distintos lenguajes que podría usar una persona con discapacidad visual, como elementos plenamente válidos.

CUARTO.—La prueba biométrica y, muy especialmente, la basada en el reconocimiento de la voz, como es el caso de Biometric Vox y la ONCE, que impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital, auguran un futuro inmediato intensamente renovado por estas tecnologías facilitadoras y capaces de proporcionar el apoyo y autonomía de la persona con discapacidad.

QUINTO.—En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común, auguran no solamente que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es pionero—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la recién mencionada huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

SEXTO.—No es la primera ocasión en que nos aventuramos a la evidencia de este presente inmediato; así nos cuestionamos la entera autografía y firma habitual en el testamento ológrafo como requisitos intrísecos y esenciales: nuevas tecnologías y firma electrónica ¿reformulación de las fórmulas testamentarias clásicas? Pese a lo afirmado hasta ahora acerca de la preceptiva concurrencia de los requisitos sobre el testamento ológrafo, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos=todo, entero + grafo=escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente. Y, si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr. matrimonio), a mayor abundamiento nos los proporciona la evolución histórica y la conservación de la denominación institucional de distintas figuras cuyo contenido y perfil ha sido, radicalmente, desdibujado de lo que fueran sus orígenes y antecedentes jurídicos.

FINAL.—Reiteramos que en el caso de las personas con discapacidad visual (y no solo para ellas) la prueba biométrica y, muy especialmente, la basada en el reconocimiento de la voz, como es el caso de Biometric Vox y la ONCE, que impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital, auguran un futuro inmediato intensamente renovado por estas tecnologías facilitadoras y capaces de proporcionar el apoyo y autonomía de la persona con discapacidad. Es más, no solo por razón de brecha digital ni por discapacidad, sino por tratarse de un medio garantista y facilitador, frente a otros sistemas que ya se adivinan superados por las novedades de un mundo en constante reformulación y cuestionamiento de los que parecían pilares fundamentales del ámbito sucesorio y acreditativo de la identidad del sujeto actuante.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Además de la citada a nota a pie de página:

ARRIMADAS GARCÍA (2005), Algunas notas sobre los testamentos especiales, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Tomo VIII, Coimbra.

BLANQUER UBEROS, (1991), Comentario a la sección quinta Del testamento abierto. Artículo 694 a 705 del Código Civil en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1752 a 1784.

BUSTO LAGO, (2008), La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, 23 y sigs.

DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2021), El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021.

FELIÚ REY, (1991), Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos, *RCDI*, 607, 2261 y sigs.

FERREIRA, (1993), La idoneidad de los testigos en los testamentos, *RCDI*, 617, 863 y sigs.

FRANCISCO SÁNCHEZ, (1913), Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas, *La Notaría*, LV, 1, 6 y sigs.

GONZÁLEZ PORRAS, (1987), Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid.

INCIBE, Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k (visitado en octubre de 2022)

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, (1998), *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992, 233.

LASARTE ÁLVAREZ, (2008 y 2009) *Principios de Derecho Civil I*, Parte General y Derecho de la Persona, Madrid, 15.ª ed.; *Principios de Derecho Civil VII*, Derecho de Sucesiones, Madrid, 5.ª ed.

MARTÍNEZ ESPÍN, (2009), Comentarios a la Sección quinta Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 3.ª ed., 857 a 867.

MORENO FLÓREZ, Comentario de la STS de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica, 186 y sigs. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjZwMO2w4v7AhUAhf0HHchDDvUQFnoECDQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fcomentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil%2Fabrir_pdf.php%3Fid%3DCOM-D-2021-8&usg=AOvVaw1LaMikxV_1HGHRoPEMnNW3 (visitado octubre 2022).

MORETÓN SANZ, (2010), Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*, *RCDI*, 86, 720, 1848-1864.

— (2022), La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 a 178.

MUÑIZ PÉREZ, *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy. Crisis y competitividad hoy*, Navarra, 2021.

NAGORE YÁRNOZ, (1998), Comentarios a la Sección: *Capítulo segundo. De las formas del testamento*, Tomo XXXVII-1.º. Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, (2005), Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, Edersa.

ROCA SASTRE, (1995), *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.ª ed.

— (1940). Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 497 a 515.

ROCA DE LAQUE, (1970), Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 301 a 322.

SILVERIO SANDOVAL, (1999), El testamento en soporte digital y la firma biométrica, *BMJ*, LXXIII, sep., 2.222, págs. 3 y sigs.

VIII. SENTENCIAS CITADAS

- STS de 8 de abril de 1969
- STS de 12 de abril de 1973
- STS de 26 de diciembre de 1992
- STS de 27 de noviembre de 1995
- STS de 18 de mayo de 1998
- STS de 11 de noviembre de 1999
- STS de 15 de febrero de 2001
- STS de 19 de mayo de 2004
- STS de 26 de abril de 2008
- STS de 21 de enero de 2010
- STS de 8 de septiembre de 2021

Sentencias Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña, de 16 de marzo de 2021
- STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2002

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Cádiz, de 7 de junio de 2022
- SAP de Barcelona, Barcelona, 24 de noviembre de 2021.
- SAP de Les Illes Balears, de 5 de junio de 2020
- SAP de Lleida, de 23 de diciembre de 2020
- SAP de Madrid, de 22 de junio de 2005

NOTAS

[1] Este artículo es uno de los frutos del Proyecto que lleva por título EJES DE LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE CAMBIO (EJEJUSTICAM). en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, siendo IP 1 la Profesora Sonia CALAZA LÓPEZ e IP 2 el Profesor José Carlos MUINELO COBO, ambos de la UNED y de Transición Digital de la Justicia, Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023 Next Generation UE. RED. 2021-1300788-100.

[2] Algunas notas sobre los testamentos especiales, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Tomo VIII, Coimbra, 2005, 980.

[3] Ibídem, 983.

[4] Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina. Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera», Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515, vid., de la autora de estas líneas, Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario, *RCDI*, 777, 544 y sigs.

[5] Población con discapacidad o limitación según tipo de deficiencia de origen por edad y sexo, en unidades por miles de personas: Deficiencias visuales 799,1; Ceguera total 47,6; Mala visión 750,0 https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/l0/&file=01010.px

[6] De conformidad al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), son «datos biométricos»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. Vid, INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad.* Una guía de aproximación para el empresario, teniendo en cuenta que «la biometría es un método de reconocimiento de personas basado en sus características fisiológicas o de comportamiento. Se trata de un proceso similar al que habitualmente realiza el ser humano reconociendo e identificando a sus congéneres por su aspecto físico, su voz, su forma de andar, etc.», existen en primer lugar, las Tecnologías biométricas fisiológicas: Huella dactilar, reconocimiento facial, Reconocimiento de iris, Reconocimiento de la geometría de la mano, Reconocimiento de retina, Reconocimiento vascular, Otras formas de biometría fisiológica y, en segundo, las Tecnologías biométricas de comportamiento, como el Reconocimiento de firma, Reconocimiento de escritor, Reconocimiento de voz, Reconocimiento de escritura de teclado, Reconocimiento de la forma de andar https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLr6bGfML4yiO033k (visitado en octubre de 2022).

[7] Vid., Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de «favor testamenti», *RCDI*, 86, 720, 2010, 1848 a 1864 y la bibliografía allí citada.

[8] Doctrinalmente calificado como especial y, para otra línea, como variantes y excepciones del ordinario y especial así, DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ [vid., El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021, 233], siguiendo la estela del clásico LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil*, V, Derecho de sucesiones, Bosch Ed., Barcelona, 1988, reimpresión 1992, 233) quienes lo integran entre las particulares formas testamentarias, como variante del testamento notarial abierto (remitiéndose a la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973, por lo que como el sordo habrá de estar enteramente ciego, salvo que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente para impedirle la lectura y la estampación de su firma). Por su parte, ROCA SASTRE, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, 1995, Barcelona, 2.ª ed., ampliada de la 1.ª de 1989, afirma que el testamento abierto, es un tipo o concepto genérico. Como testamento especial abierto lo adjetivaba el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VII*, Derecho de Sucesiones, Madrid, 2008, 5.ª ed., 62. En sentido estricto, una cuestión es la conceptualización y diferenciación formal testamentaria tipificada por el artículo 687 del Código Civil, y otra, las especialidades, modalidades o particularidades de ciertas de las categorías allí previstas.

[9] Apreciése: del texto original y el persistente artículo 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; con la redacción que sería modificada en los términos ya vistos y que a renglón seguido ratificaremos, del artículo 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1.º El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año. 2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él. 3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso. Por su parte, el artículo único de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre: imperturbable el artículo 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; tímida reforma del artículo 709. Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1.° El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706. 2.° Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él. 3.° A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso. Para, en el momento de redactar estas líneas, el artículo 708 se redacta con el siguiente tenor: No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código. Y se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo, en los términos siguientes: Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

[10] Vid., DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021, 226 y sigs.

[11] Sobre la definición general de discapacidad, vid., últ. La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el

nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 a 178.

[12] Exposición de motivos de la Ley.

[13] LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., 60.

[14] «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes día y hora de su otorgamiento, se leerá 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 y los testigos que puedan hacerlo.— Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego, uno de los testigos instrumentales y otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos o puedan firmar.— El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» [vid., las apreciaciones de BLANQUER UBEROS, Comentario al artículo 695 del Código Civil en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 755 a 1759].

[15] LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, 233.

[16] Roj: SAP B 13694/2021-ECLI:ES:APB:2021:13694, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, 24 de noviembre de 2021.

«5. La sentencia del Tribunal de Justicia de Catalunya de 30/5/16 razona en los fundamentos jurídicos quinto y sexto, la exigencia de la intervención de testigos en el testamento del ciego en Catalunya, y analiza todo el derecho histórico catalán desde los Usatges i altres drets de Catalunya (donde era necesaria la intervención de7 testigos), los textos precomplilatorios (que también requerían la presencia de 7 testigos para la validez del testamento del ciego), la Compilación del derecho civil de Catalunya de 21/7/60 (como remisión al Código Civil estatal, cuyo artículo 694 en su versión original exigía la presencia de 3 testigos en todo testamento notarial abierto, frente a los 2 testigos que exigía la Compilación, y a partir de la reforma operada por Ley 30/1991, la presencia de 2 testigos en el testamento del ciego ex art. 697), el Código de Sucesiones aprobado por Ley 40/1991 (cuyo art. 107 no exigía la presencia de testigos en el testamento notarial en línea con la Ley estatal 30/1991, salvo en el caso del testamento del ciego en que los testigos debían ser 2) y, finalmente, los artículos 421.10 y 421.11 del Código Civil de Catalunya (que exigen la intervención de dos testigos en el testamento notarial de la persona ciega).

La sentencia concluye que habiendo quedado probado que en el caso del testamento otorgado el 24/1/06 no existieron testigos, no constando «en la escritura ni su identidad, ni su idoneidad, que el Notario debería haber valorado, ni advertencias del Notario respecto de sus derechos, en relación con la discapacidad del testador, ni cabe tener como testigos a quienes, en su caso, concurrieron al otorgamiento en otra condición», y siendo exigible la presencia de testigos tanto de conformidad con el Código de Sucesiones aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, bajo cuya vigencia se otorgó el testamento de autos, como de acuerdo con lo estipulado en el Código Civil de Catalunya, tratándose este de un requisito de forma, y no de una mera formalidad, la consecuencia del incumplimiento de tal requisito no podía ser otra que la prevista en la norma, la nulidad (art. 125 CS y 422.1.1 CCC).

Razonó dicha sentencia, en cuanto a la distinción entre forma y formalidad como requisitos cuya omisión y carácter esencial condicionan la validez del testamento, que la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona recurrida en casación no vulneró la doctrina de esa Sala ni la del Tribunal Supremo y analizó las sentencias a que se habían referido tanto la sentencia dictada en primera instancia como la dictada en apelación. La STJC 1/992, que distinguía entre forma y formalidad, se refería a un supuesto en el que no se discutía la presencia de testigos (que estaban presentes) sino la ausencia de la firma de uno de ellos, por lo que el caso no era equiparable al de autos. La STJC 48/2013, que también distinguía entre forma y formalidad, se refería a la ausencia de mención del lugar del otorgamiento del testamento ológrafo y no a la presencia de testigos. Y la STS 11/12/09 tampoco servía para sustentar la tesis de la irrelevancia de testigos en el testamento del ciego porque la Audiencia Provincial había declarado que el testador no era ciego.

6. Pues bien, siendo tan evidente la exigencia de testigos (dos según el art. 108 CS) en el otorgamiento del testamento de la persona ciega en el artículo 107 del CS («No será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial salvo que concurran circunstancias especiales en el testador, o que este o el notario lo soliciten. Se considerará que concurren circunstancias especiales en el testador cuando este sea ciego o completamente sordo y cuando por cualquier causa no sepa o no pueda firmar o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento»), no resulta lógica la explicación del demandado en el sentido de interpretar que no eran necesarios testigos siempre que la persona ciega supiese firmar. En primer lugar, porque la literalidad del precepto es tan diáfana que no hacen falta interpretaciones auxiliares. En segundo lugar porque dicha interpretación se compadece mal con lo declarado por el Sr. Landelino en el acto de juicio oral en el sentido de que los 6 o 7 testamentos de persona ciega que había autorizado con anterioridad lo habían sido con presencia de testigos, lo mismo que, sin género alguno de duda declaró el testigo Don Pablo, en el sentido de que tanto la normativa catalana como la común siempre han exigido la presencia de testigos en el testamento de la persona ciega. También carece por completo de lógica leer en el texto del precepto «y en tanto» por «y cuando», puesto que se trata de una alteración injustificada del texto de la norma que claramente considera necesaria la intervención de testigos en el testamento del testador «cuando este sea ciego o completamente sordo», «y», además, «cuando por cualquier causa no sepa o no pueda firmar o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento».

Como hemos apuntado, la diligencia media que ha de exigirse al notario no es la del buen padre de familia sino que debe ser bastante elevada habida cuenta de la especial cualificación profesional de dichos profesionales del Derecho con una valiosa formación jurídica, lo que implica una elevación del estándar de diligencia que les es exigible. En efecto, el Notario es un funcionario público y un profesional del Derecho, especializado en Derecho Notarial y en Derecho sustantivo privado, con el consiguiente deber de conocer las leyes y de aplicarlas e interpretarlas de forma correcta y apropiada. No estaríamos ante un supuesto de falta de diligencia en aquellos casos en que la nulidad derive de un problema de interpretación jurídica especialmente compleja/o controvertida (es el caso de la STS de 15/11/02). Es decir, no puede entenderse que ha actuado de forma negligente el notario que ha realizado una interpretación coherente y técnicamente admisible de una cuestión discutible desde un punto de vista jurídico.

Según una jurisprudencia también suficientemente conocida, el acto testamentario ha de ajustarse de forma rigurosa a las solemnidades establecidas en la ley [entre otras, SSTS de 19 de junio de 1958 y 25 abril 1991], lo cual obliga al cumplimiento riguroso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos rigurosamente [STS de 27 de septiembre de 1968], por lo que cualquier notario habrá de ser especialmente prudente, cauteloso y diligente en la observancia de dichos requisitos formales.

En el caso de autos, no se trató de una ignorancia de la norma porque el Notario reconoció que la conocía y que siempre había exigido la presencia de testigos, luego si pese a conocer la norma omitió cumplirla realizando una interpretación extraña a su tenor literal y a la práctica notarial, dicha conducta no puede sino calificarse de negligente y de ausente de prudencia, al no tener en cuenta las consecuencias de tal proceder que eran la posible nulidad de un testamento así autorizado y que el demandado conocía (o debía, sin duda, conocer), sin que, en consecuencia, pueda calificarse de excusable. Tampoco estamos en presencia de una cuestión jurídicamente compleja o controvertida que justificase una determinada interpretación de la norma y, en consecuencia, la ausencia de responsabilidad».

[17] Roj: SAP CA 1657/2022 - ECLI:ES:APCA:2022:1657.

[18] Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987. Vid., también Cfr., con la mejor doctrina, en la terminología de su tiempo aseveraba «la posibilidad de que una persona invidente pudiera gozar de la "testamentifacción activa" es algo que desde siempre le fue concedido» (GONZÁLEZ PORRAS, Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987). Nótese su tratamiento como concesión del ordenamiento y no de un derecho, del que en sentido técnico en esos momentos ya eran titulares quienes no

presentaran esta circunstancia visual. Vid., también ROCA DE LAQUE, «Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969, Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 69, núm. 2, 1970, 301 a 322.

[19] Con carácter previo a la Ley 8/2021, tan esperada como demorada en el tiempo, hemos de traer a colación otras conquistas legislativas que fueron reconociendo ciertos derechos, como el del voto secreto, a las personas con discapacidad visual, si bien especificándose el grado de la discapacidad que se reclama para ejercitar este derecho o, mejor, el porcentaje requerido para el voto de esta naturaleza. Ya es habitual la incorporación de esta calificación administrativa para concretar la aplicación incluso de vías especiales para el ejercicio de derechos fundamentales. Así, el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Declara su exposición de motivos que «el artículo 9.2 de la Constitución española señala que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En esta misma línea, el artículo 49 de nuestra Carta Magna contiene un mandato para que dichos poderes públicos realicen una política de integración de las personas con discapacidad y las amparen en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establecen el marco normativo de plena ciudadanía y de inclusión de las personas con discapacidad en el medio social, a cuyo fin los poderes públicos adoptarán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva para asegurar la participación de estas personas en todas las esferas, incluida la vida política y los procesos electorales». Dicho lo cual el artículo 3 preceptúa sobre la Comunicación de la utilización del procedimiento de voto accesible: «1. Las personas con discapacidad visual que conozcan el sistema de lecto-escritura braille y tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o sean afiliados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles». Por su parte la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

[20] En cuanto a sus novedades comparación con el trust y demás circunstancias tributarias, vid., MUÑIZ PÉREZ, En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy. Crisis y competitividad hoy, Navarra, 2021.

[21] Vid., Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IV Legislatura, año 1991, número 308, en particular, 8.738 y 8.743; Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura, 56 (b), 24 de octubre de 1991, 5.

[22] BOE de 23 de diciembre, de 1991, 306.

[23] «Las personas ciegas que no pueden leer de forma autónoma el texto escrito en los papeles que tienen que firmar, nunca tienen la seguridad de estar firmando lo que realmente les han leído, hasta el punto, que la ley obliga a que vayan acompañadas de dos testigos cuando acuden a una firma ante notario. Por otra parte, los sistemas de firma electrónica son complejos de manejar para personas ciegas o mayores, lo cual se agrava si concurren ambas circunstancias. Además, evita desplazamientos innecesarios para la firma de determinados documentos, teniendo en cuenta que la movilidad reducida es otra de las características de la vida diaria de estas personas, tal y como se está haciendo actualmente con la firma de la aceptación de condiciones de voluntariado. El hecho de disponer en un mismo documento del texto a firmar y de la aceptación de todas las partes con su voz, da seguridad a los usuarios. ¿Cuál es vuestro proyecto a más corto plazo con esta tecnología? ¿A cuántas personas ciegas podría ayudar directamente? El proyecto realizado estaba enfocado a recopilar parte de las 5.000 firmas necesarias por este medio, sobre todo orientado al sector de personas *más* mayores condicionadas por la brecha digital. A futuro, podría apoyar a los 72.000 afiliados en distintos servicios. Biometric Vox y la ONCE impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital https://biometricvox.com/blog/

firvox-post/biometric-vox-y-la-once-impulsan-la-firma-electronica-avanzada-por-voz-para-las-personas-ciegas-y-o-con-brecha-digital/ (visitada en octubre de 2022).

[24] Vid., MARTÍNEZ ESPÍN, Comentarios a la Sección quinta Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.ª ed., 857 a 867.

[25] ROCA SASTRE, Derecho de sucesiones I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., 181 y 182.

[26] Sobre el proyecto, vid., FELIÚ REY, Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos, *RCDI*, 607, 1991, 2.261 y sigs.; FERREIRA, La idoneidad de los testigos en los testamentos, *RCDI*; 617, 1993, 863 y sigs.

[27] [«La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones)», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 y 164]. Como afirmaba en la Conferencia «dictada» en el Seminario Permanente de Derecho civil y mercantil, XIV SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO CURSO 2021/2022, dirigido por la Profesora Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, UMA y Paloma SABORIDO SÁNCHEZ. Prof. Titular de Derecho Civil, UMA, conferencia que tuvo la fortuna de titularse «El protagonismo de la discapacidad en el Derecho sucesorio: otra vuelta de tuerca», con las evidentes reminiscencias a la obra de Henry James, motivada por múltiples circunstancias. Una de ellas, las reticencias a estudiar de nuevo y reconstruir nuestros conocimientos con renovadas y diferentes bases y fundamentos. Así, en esta capital reforma, a la que ya nos hemos remitido nacida en el año 2003, casi desapercibida y confundida con la incapacitación, amén de la repetición del discurso del ámbito subjetivo para descender a la institución objeto de regulación. Para los civilistas fue un reto disruptivo de tal calibre, que al día de hoy y pese a la constitucional aplicación en virtud del artículo décimo del Convenio de las personas con discapacidad, cuyo Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se publicó en el BOE del 21 de abril de 2008, como reitero, seguimos aún ante un crucial desafío sin zanjar.

[28] Por su parte, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, resuelve la cuestión en el artículo 184 en estos términos: «como excepción [al testamento abierto ordinario], habrá de concurrir testigos al otorgamiento del testamento ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir» (*vid.*, sobre la materia BUSTO LAGO, La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, 2008, 23 y sigs.).

[29] Vid., NAGORE YÁRNOZ, Comentarios a la Sección: *Capítulo segundo. De las formas del testamento*, Tomo XXXVII-1.º. Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 1998.

[30] FRANCISCO SÁNCHEZ, Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas, *La Notaría*, LV, 1, 1913, 6 y sigs.

[31] BOE, 190, 7 de agosto de 2008.

[32] Artículo 49 de la CE.

[33] *Vid.,* MORETÓN SANZ, Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, Sección Asuntos Sociales, 70, septiembre de 2007, 46.

[34] Ponente el magistrado VICENTE-TUTOR Y GUELBENZU.

[35] Según el texto recogido por la *RCDI*, 476, 1970, 203 a 205.

[36] Recuérdese la antigua redacción de este artículo 698 del Código Civil que declaraba «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

[37] ROCA DE LAQUE, Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, 321.

[38] *RJ* 1973, 2284. Siendo Ponente GIMENO FERNÁNDEZ, *vid.,* también CASTRO LUCINI, *RCDI*, 498, 1973, 1306 y 1307.

[39] Previa a la reforma de este precepto efectuada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, rezaba: «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por testador y los testigos que puedan hacerlo.— Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.— El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

[40] Vid., la sentencia (Roj: SAP IB 1145/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:1145) de la Audiencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 5 de junio de 2020. «Pues bien, no es posible dudar en nuestro caso de la apreciación notarial sobre la capacidad del testador, ni calificarla como meramente formal, sobre la base de que en el testamento conste que el Sr. Daniel lo leyó por sí mismo, dado que tenía el testador impedida la visión por amaurosis. Y ello por dos razones: En primer término, no se acredita en autos que el Sr. Daniel fuese ciego ni que estuviera muy significativamente impedido de la vista, al punto de no poder leer el testamento de 2004 que otorgó. Así, en el informe de 6 de marzo de 2018, incluido con la demanda, manifiesta el Dr. Francisco que el Sr. Daniel padecía de limitaciones visuales, pese a lo cual había venido llevando una vida activa en fecha 27 de agosto de 2002 cuando le visitó dicho facultativo, de manera que al menos en esa fecha no es posible concluir que el padre del actor estuviese ciego, o al menos impedido para leer. A la misma conclusión llegamos si observamos los informes médicos de GRUPO POLICLÍNICA, también facilitados con la demanda, puesto que los de 24 de octubre y 11 de noviembre de 2005 indican que el Sr. Luis padecía amaurosis de ojo derecho, lo que no lleva a la conclusión de que no pudiera desenvolverse con el ojo izquierdo. En segundo lugar, porque, aunque consideráramos hipotéticamente que el testador, dadas sus dolencias oculares, no pudo leer el testamento, la afirmación contraria en el testamento notarial se siempre se circunscribiría a esa limitación física, sin posibilidad de extrapolar tal inexactitud al juicio notarial sobre la capacidad del testador, que por su trascendencia debe ser estudiado autónomamente de otras apreciaciones contenidas en el testamento».

[41] RJ 2005, 180.710.

[42] Dictada siendo Ponente ROCA TRÍAS, RJ 2021, 282.

[43] Doctrina esta que se acaba de transcribir, reiterada en otras tantas resoluciones posteriores como la de 26 de diciembre de 1992, la de 27 de noviembre de 1995, la de 18 de mayo de 1998, la de 11 de noviembre de 1999, la de 15 de febrero de 2001, 19 de mayo de 2004 más reciente la de 26 de abril de 2008 o la de 21 de enero de 2010 que reitera este principio y su mención en el artículo 743 del Código Civil.

[44] Roj: STS 3276/2021 - ECLI: ES:TS: 2021:3276.

[45] Vid., MORENO FLÓREZ, Comentario de la STS de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica, 186 y sigs. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjZwMO2w4v7AhUAhf0HHchDDvUQFnoECDQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fcomentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil%2Fabrir_pdf.php%3Fid%3DCOM-D-2021-8&usg=AOvVaw1LaMikxV_1HGHRoPEMnNW3 (visitado octubre de 2022).

[46] Roj: STSJ CAT 5437/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:5437.

1.5. Obligaciones y contratos

Contrato de seguro: contradicción entre cláusulas, cláusulas oscuras y causa justificada de exclusión de intereses *ex* artículo 20 LCS

Insurance contract: contradiction between clauses, obscure clauses and just cause for exclusion of interests ex article 20 LCS

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora de Derecho civil
(acreditada a Profesora titular de Universidad)
Universidad de La Rioja

RESUMEN: En este trabajo se examinan los principales tipos de cláusulas incluidas en un contrato de seguro, bajo la perspectiva de ser este uno de los ejemplos prácticos más frecuentes y paradigmáticos de los contratos de adhesión. Se examinan las características específicas más importantes de esas cláusulas (generales, particulares, delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos), particularmente las exigencias formales legales para su control y como protección del adherente tomador del seguro; y asimismo se concluye acerca de la solución a una eventual contradicción entre cláusulas o una oscura o confusa redacción. Asimismo, se analiza la doctrina jurisprudencial consolidada existente en relación a las causas justificativas de exención a la aseguradora del pago de los intereses de demora del artículo 20 LCS; causas que son objeto de interpretación muy restrictiva, especialmente si el proceso judicial controvertido entre la aseguradora y el asegurado perjudicado trae causa de la contradicción u oscuridad en el clausulado del contrato creada por la propia aseguradora.

ABSTRACT: In this paper, the main types of clauses included in an insurance contract are examined, from the perspective of this being one of the most frequent and paradigmatic practical examples of adhesion contracts. The most important specific characteristics of these clauses (general, particular, limiting risk and limiting rights) are examined, particularly the formal legal requirements for their control and as protection of the adherent policyholder of the insurance; and likewise it is concluded about the solution to a possible contradiction between clauses or an obscure or confusing wording. Likewise, the existing consolidated jurisprudential doctrine is analyzed in relation to the justifying causes of exemption to the insurer from the payment of default interest of article 20 LCS; causes that are subject to a very restrictive interpretation, especially if the disputed judicial process between the insurer and the injured insured brings about the contradiction or obscurity in the clauses of the contract created by the insurer itself.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas delimitadoras del riesgo. Clausulado general. Cláusulas limitativas de derechos. Cláusula oscura. Clausulado particular. Intereses de demora. Seguro.

KEYWORDS: Risk-delimiting clauses. General clauses. Limiting rights clauses. Obscure clause. Particular clauses. Default interest. Insurance contract.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS DISTINTOS TIPOS DE CLÁUSULAS INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE SEGURO Y LA SOLUCIÓN ANTE POSIBLES DISCORDANCIAS O REDACCIÓN CONFUSA U OSCURA: 1. Cláusulas generales y cláusulas particulares. 2. Cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de derechos del asegurado: *A) Cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto o asegurado. B) Cláusulas limitativas de derechos del asegurado*.—III. INTERESES POR MORA *EX* ARTÍCULO 20 LCS: CAUSA JUSTIFICADA PARA SU NO IMPOSICIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Los contratos de seguro son uno de los contratos más habituales en la práctica. Y también por ese motivo es, junto con el préstamo y los contratos de suministros y de telecomunicaciones, uno de los contratos de adhesión más paradigmáticos.

Dentro del clausulado del contrato de seguro se acogen en principio y normalmente unas condiciones generales y unas condiciones particulares. En el condicionado general suelen ubicarse las llamadas cláusulas delimitadoras del riesgo, que concretan el riesgo cubierto por la póliza y la compañía aseguradora; y, asimismo, en dicho condicionado general del contrato suelen incluirse cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, si bien estas también pueden ubicarse dentro del clausulado particular del contrato.

En ocasiones se producen ciertas contradicciones entre distintas cláusulas del contrato, existiendo discrepancias entre las condiciones generales y las particulares, o entre una cláusula delimitadora del riesgo cubierto y una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; pero también dentro de una concreta cláusula pueden existir contradicciones o, más exactamente, plantearse dudas por su redacción oscura o ambigua que exigen de la oportuna interpretación.

Por otro lado, cabe advertir que puede ser precisamente la contradicción entre cláusulas o la confusa interpretación de una cláusula la que genere tal incertidumbre sobre la existencia efectiva de obligación de indemnizar por la aseguradora que sea la causa o motivo alegado por esa aseguradora para tener que acudir al litigio judicial para resolver tal duda. Y en relación con ello, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 20.8 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) no se impondrán a la aseguradora los intereses de demora previstos en ese artículo 20 LCS si la falta de satisfacción de la indemnización o su importe mínimo estuviera basada en una causa justificada o no imputable a la aseguradora.

En este trabajo se pretende analizar estas situaciones de contradicción entre las cláusulas del contrato de seguro u oscuridad en alguna cláusula, así como de justificación de la exclusión de la imposición a la aseguradora de los intereses

ex artículo 20 LCS, tratando de fijar y concretar fundamentalmente la doctrina jurisprudencial consolidada a este respecto.

II. LOS DISTINTOS TIPOS DE CLÁUSULAS INCLUIDAS EN EL CONTRATO DE SEGURO Y LA SOLUCIÓN ANTE POSIBLES DISCORDANCIAS O REDACCIÓN CONFUSA U OSCURA

1. Cláusulas generales y cláusulas particulares

El contrato de seguro, como ya se ha comentado, es uno de los contratos de adhesión más frecuentes en la práctica. Como tal contiene numerosas cláusulas predispuestas por la compañía aseguradora; es decir, cláusulas que no han sido negociadas individualmente por las partes, sino que han sido prerredactadas por la aseguradora y el tomador del seguro simplemente se adhiere a las mismas.

El ser contrato de adhesión implica que se restringe el juego del principio de la autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil, «lo que genera una situación disímil, que es necesario regular y controlar para garantizar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de los suscribientes de las pólizas» (STS núm. 263/2021, de 6 de mayo).

Ahora bien, esas cláusulas predispuestas por el asegurador se incluyen en el contrato tanto siendo condiciones generales como bajo la forma de condiciones particulares.

En el primer caso, como condiciones generales son cláusulas que se prevén para ser incluidas en todos los contratos de seguros de ese mismo tipo que esa compañía aseguradora celebre con cualquier asegurado (por ejemplo, cláusulas sobre los riesgos cubiertos y excluidos, forma de pago de la prima y de la indemnización…); sin embargo, las condiciones particulares no se prevén para su incorporación en masa a los contratos, sino que se incluyen específicamente para ese concreto contrato con ese determinado tomador (por ejemplo, cláusulas de identificación del tomador y del asegurado, sobre la prima a pagar y el capital asegurado…); en principio, por ser más individualizadas al caso, si hubiera alguna discrepancia, las condiciones particulares se considerarán de aplicación preferente a las condiciones generales; así lo advierte el artículo 6.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC): «Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares».

Como cláusulas predispuestas, en todo caso, sean condiciones generales o particulares contarán con el control oportuno en caso de litigio judicial, aplicándose las previsiones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en el caso de las condiciones generales, pero también y, en todo caso, las previsiones del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el supuesto de que el tomador del seguro fuera un consumidor. Esto determina que por los tribunales se apliquen los conocidos controles de incorporación, de transparencia y de abusividad, en su caso. En tal sentido, ya se advirtió por el Tribunal Supremo en, entre otras, la STS núm. 402/2015, de 14 de julio, que «el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta

aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza».

Además de estos controles judiciales, cabe poner de manifiesto que ya en la propia ley reguladora del contrato de seguro se vienen a imponer ciertas exigencias formales a cumplir por el asegurador con respecto a esas cláusulas generales y particulares, especialmente en las primeras, lo que evidencia una imposición al asegurador de un deber de transparencia en la fase precontractual y contractual con el fin de proteger al tomador adherente y que este no se vea sorprendido después por el contenido de ciertas cláusulas y sea consciente de lo que va a firmar y concretamente de los riesgos objeto de cobertura (cláusulas delimitadoras del riesgo) y de las cláusulas limitativas de sus derechos o intereses: entre otras, SSTS de 27 de noviembre de 2003, de 17 de octubre de 2007, de 13 de mayo de 2008, de 18 de mayo de 2009, de 17 de septiembre de 2019, de 12 de diciembre de 2019 y de 6 de mayo de 2021. Concretamente el artículo 3 LCS señala en su primer párrafo: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

Así pues, es necesario informar al tomador/asegurado oportunamente y con la suficiente antelación de las cláusulas generales, proporcionándole copia de las mismas y debiendo ser suscritas y firmadas por el tomador. A este respecto, es doctrina del Tribunal Supremo que «la aceptación de las condiciones generales por parte del asegurado mediante su firma en las condiciones particulares con referencia expresa a aquellas implica su aceptación, salvo cuando la referencia a ellas se haga con carácter genérico e indeterminado que sea susceptible de inducir a confusión» (entre otras, SSTS de 7 de julio de 2006 y de 17 de abril de 2018).

Por otro lado, se exige una redacción clara y precisa de todas las condiciones, sean generales o particulares. Y también se alude a la exigencia de que se destaquen especialmente las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (por ejemplo, poniéndolas en letra negrita o con subrayado), las cuales se deben aceptar por el tomador específicamente y por escrito, amparándose con su firma; de lo contrario, las limitaciones recogidas en esas cláusulas no tendrán ningún efecto ni podrán ser aplicadas (en este tipo de cláusulas me centraré en un apartado posterior de este escrito).

En relación con estos remedios legales, ante la infracción de lo previsto en ese artículo 3 LCS, ya sea por falta de claridad o de precisión en la redacción de las cláusulas, ya sea por contradicción interna entre las cláusulas o en las cláusulas que determinen cierta oscuridad o ambigüedad, cabe atender al principio de interpretación *contra proferentem* derivado del artículo 1288 CC, conforme al cual «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad» (en términos similares, el artículo 6.2 LCGC)[1].

Ya advierten, entre otras, las SSTS núm. 636/2020, de 25 de noviembre, y núm. 419/2020, de 13 de julio, con referencia a la STS núm. 498/2016, de 19 de julio, que toda la normativa de seguros está enfocada a la protección del tomador

o asegurado, resolviéndose a su favor las dudas interpretativas derivadas de la redacción del contrato o de sus cláusulas oscuras o confusas; indicando además tales resoluciones que las contradicciones y dudas existentes sobre el alcance e interpretación de las condiciones generales de una póliza de seguro «pesan sobre la compañía aseguradora, en tanto en cuanto las predispuso e impuso en sus relaciones contractuales con terceros».

De modo que dicha cláusula del contrato de seguro no se podrá interpretar en perjuicio del adherente tomador del seguro, sino que deberá atenderse y prevalecer en esos casos la interpretación que más beneficie al adherente, esto es, que más favorable sea a sus intereses, aunque ello suponga (no siendo, sin embargo, una consecuencia necesaria) de algún modo un perjuicio para la aseguradora predisponente, quien en todo caso, no puede verse beneficiada por esa oscuridad: entre otras, SSTS núm. 248/2009, de 2 de abril, núm. 347/2009, de 18 de mayo, núm. 601/2010, de 1 de octubre, núm. 158/2011, de 23 de marzo, núm. 498/2016, de 19 de julio, núm. 71/2019, de 5 de febrero, núm. 152/2019, de 13 de marzo, núm. 373/2019, de 27 de junio, núm. 31/2020, de 21 de enero, núm. 636/2020, de 25 de noviembre, núm. 60/2021, de 8 de febrero, y núm. 263/2021, de 6 de mayo, que muestran una consolidada jurisprudencia a este respecto.

Por otro lado, se contiene una previsión en este artículo 3 LCS que, como tal, parece natural y que debía darse por supuesto: las condiciones generales no pueden ser lesivas para el tomador o el asegurado; pero esto debería predicarse también de las condiciones particulares. En el contrato de seguro el Tribunal Supremo ha venido considerando cláusula lesiva aquella que desproporcionadamente limita y restringe los derechos del asegurado de modo que lleva a vaciarlo de contenido pues impide una cobertura real y efectiva del siniestro en que se materialice el riesgo objeto de cobertura (entre otras, STS núm. 273/2016, de 22 de abril). Las cláusulas lesivas están prohibidas, atendiendo a la claridad con la que se expresa el artículo 3 LCS. El régimen jurídico de las cláusulas lesivas debe diferenciarse claramente del régimen de las cláusulas limitativas de derechos; no son cláusulas equiparables a estos efectos. Las cláusulas limitativas de derechos tampoco son favorables al asegurado pero resultan válidas en cuanto vengan aceptadas expresamente por este, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 LCS; sin embargo, las cláusulas lesivas son siempre inválidas y, como tales, de introducirse en el contrato, serán consideradas nulas y se tendrán por no puestas; «el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas» (STS núm. 273/2016, de 22 de abril)[2].

2. Cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de derechos del asegurado

Tal y como señala la STS núm. 263/2021, de 6 de mayo, «si conforme al artículo 1 de su ley reguladora 50/1980, de 8 de octubre, el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, no ha de ofrecer duda que el tomador debe tomar constancia real y efectiva no solo del riesgo, constituido en verdadera alma y nervio del contrato, sino de los límites en los que opera la cobertura de la compañía aseguradora, en tanto en cuanto

si la finalidad del seguro es diluir, neutralizar o anular el riesgo, el asegurado ha de conocer, desde el primer momento, el concreto marco dentro del cual se encuentra amparado en el supuesto de que dicho riesgo se convierta en siniestro».

Cada una de estas cláusulas cuenta con una finalidad propia que es la que viene a reflejarse en su propia denominación. Así, las cláusulas delimitadoras del riesgo concretan, «delimitan», el riesgo cubierto por la póliza de seguro contratado fijando el objeto del mismo que determina el nacimiento del derecho del asegurado a exigir la prestación reparadora por la aseguradora. Y, por su parte, las cláusulas limitativas de derechos del asegurado vienen a restringir los derechos de este en el ámbito de la cobertura (previamente delimitada) del seguro contratado.

El determinar si nos encontramos ante uno u otro tipo de cláusula resulta relevante pues ello implica la exigencia o no de cumplir con ciertos requisitos formales y una eventual nulidad ante su incumplimiento.

Con carácter general y como premisa habrá que atender al caso específico planteado y al contenido del concreto contrato de seguro para determinar ante qué tipo de cláusula nos encontramos, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido marcando unas pautas al respecto. Aunque en principio, atendida a esa finalidad indicada, cabría considerar sencillo diferenciar ambas cláusulas, en la práctica son numerosos los casos en los que determinar si una concreta cláusula es limitativa de derechos o delimitadora del riesgo no es tan claro; los rasgos diferenciadores no han sido pacíficos (entre otras, SSTS núm. 715/2013, de 25 de noviembre, y núm. 534/2014, de 15 de octubre), lo que ha suscitado muchas controversias, motivando que sea el Tribunal Supremo quien precise los criterios que permiten diferenciar uno y otro tipo de cláusula, a través de distintas resoluciones que sentaron doctrina en un primer momento, y después han ido matizando esa primera doctrina.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que, para el caso de que el tomador o asegurado fuera un consumidor, en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se advierte que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de apreciación de abusividad, «ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

A) Cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto o asegurado

Una cláusula delimitadora del riesgo asegurado es aquella cláusula con la que se concreta y define el riesgo cubierto por el seguro, determinando el objeto del seguro, es decir, los riesgos que en caso de materializarse darían lugar a la cobertura del seguro y a la obligación de la aseguradora de cumplir con la prestación pactada en tal caso y al derecho del asegurado a exigir tal prestación.

Como se indica en el artículo 1 LCS, la obligación del asegurador se encuentra dentro de los límites pactados en el contrato (*vid.*, entre otras, STS de 11 de septiembre de 2006). Cuando en este precepto se define el contrato de seguro como «aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas», ya se viene a hacer referencia a las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado[3].

Según la STS de 11 de septiembre de 2006 son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: i) qué riesgos constituyen dicho objeto; ii) en qué cuantía; iii) durante qué plazo; y iv) en qué ámbito espacial. Esta doctrina fue acogida y referenciada en numerosas sentencias posteriores (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, de 12 de noviembre de 2009, de 15 de julio de 2009, de 1 de octubre de 2010, de 20 de julio de 2011 y 30 de noviembre de 2011). Por su parte, la STS de 5 de marzo de 2012 señaló que dentro de esta categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo debe incluirse «la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada». Y según la STS de 22 de abril de 2016 «se trata pues de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)».

Estas cláusulas delimitadoras del riesgo suelen encontrarse en el condicionado general del contrato y su aceptación por el asegurado se engloba conjuntamente con el resto de cláusulas generales sin que, a diferencia de las cláusulas limitativas de derechos, como luego se expondrá, se requiera una aceptación específica para estas cláusulas delimitadoras: cfr. entre otras, las SSTS de 7 de julio de 2006[4] y de 17 de abril de 2018.

Como condiciones generales no negociadas individualmente dentro de un contrato de adhesión como es el seguro, es esencial la exigencia de claridad en la redacción de esas cláusulas y de transparencia contractual, informando al adherente de los elementos esenciales del contrato, entre ellos el objeto.

En cuanto a la transparencia contractual, en la medida que resulta esencial que el asegurado conozca el objeto del contrato sobre el que va a prestar su consentimiento, dado que estas cláusulas que estamos analizando concretan el objeto del contrato, el riesgo objeto de cobertura por el seguro, el asegurador deberá proporcionar información suficiente sobre ese objeto y el concreto riesgo cubierto por el seguro, lo que exige prestar información clara, oportuna y suficiente en relación con las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las de exclusión de cobertura, así como respecto a las limitativas de derechos del asegurado, como luego se verá. Si bien, respecto a las cláusulas delimitadoras del riesgo no se prevé unos requisitos formales de incorporación y transparencia tan expresos y específicos como los recogidos en el artículo 3 LCS sobre las cláusulas limitativas de derechos, las exigencias de transparencia formal determinan que en la práctica las aseguradoras igualmente destaquen en el contrato este tipo de cláusulas y hagan una llamada de atención expresa y específica a las mismas en el propio contrato en el momento y lugar de aceptación del clausulado por el asegurado o tomador. Precisamente con las previsiones del artículo 3 LCS se busca facilitar el conocimiento del tomador del contenido de las cláusulas del seguro y evitar incertidumbres en su mente en relación a la garantía suscrita; como señala la STS núm. 661/2019, de 12 de diciembre, «es preciso para ello, dentro de la asimetría convencional derivada de la información disímil existente entre compañía y tomador, garantizar que este obtenga un conocimiento fidedigno del riesgo cubierto».

Y en relación con la claridad de las cláusulas, ya ese artículo 3 LCS ordena que todas las condiciones, sean generales o particulares (y las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado suelen incluirse dentro del condicionado general) deben ser redactadas de modo claro y preciso. Y a este respecto debe recordarse que, en caso de duda, oscuridad o confusión en su redacción, la cláusula delimitadora

será interpretada de la forma más favorable a los intereses del tomador adherente (interpretación *contra proferentem*): *vid*. artículos 1288 CC y 6.2 LCGC, así como, la consolidada doctrina jurisprudencial existente a este respecto, recogida en, entre otras, las SSTS núm. 248/2009, de 2 de abril, núm. 347/2009, de 18 de mayo, núm. 601/2010, de 1 de octubre, núm. 158/2011, de 23 de marzo, núm. 498/2016, de 19 de julio, núm. 71/2019, de 5 de febrero, núm. 152/2019, de 13 de marzo, núm. 373/2019, de 27 de junio, núm. 31/2020, de 21 de enero, núm. 636/2020, de 25 de noviembre, núm. 60/2021, de 8 de febrero, y núm. 263/2021, de 6 de mayo.

B) Cláusulas limitativas de derechos del asegurado

A través de las cláusulas limitativas de derechos se restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado y, con ello, su indemnización cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido (entre otras, SSTS de 16 de octubre de 2000, 22 de abril de 2016, de 19 de julio de 2016 y de 7 de noviembre de 2017). Esta limitación de derechos tiene lugar en relación a un riesgo y objeto de seguro ya delimitado: de ahí la diferenciación entre cláusulas delimitadoras de riesgos y cláusulas limitativas de derechos. Con las cláusulas limitativas de derechos se viene a alterar el marco contractual general acordado entre las partes en relación con el objeto de cobertura.

Nuestro Alto Tribunal ha concretado el concepto de cláusulas limitativas de derechos bajo una determinación positiva, por referencia al contenido natural del contrato, derivado de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto conforme a lo dispuesto en la Ley o en la práctica aseguradora. Según advierte el Tribunal Supremo el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares; el principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato, cláusulas introductorias o particulares (entre otras, SSTS de 15 de julio de 2009 y de 7 de noviembre de 2017).

Estas limitaciones o restricciones pueden venir previstas en el condicionado general del contrato de seguro, pero también en el condicionado particular, y están sujetas a un control y a un régimen especial diferente al de las cláusulas delimitadoras del riesgo antes comentadas.

Una norma fundamental a tener en cuenta en esta materia es el artículo 3 LCS, que concreta en el ámbito del seguro las exigencias de transparencia de las condiciones generales de contratación en relación a sus requisitos formales de incorporación al contrato: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

De este precepto se deriva que las cláusulas limitativas de derechos del asegurado se admiten en nuestro ordenamiento siempre y cuando se cumplan estas dos condiciones: a) que se identifiquen en el contrato de forma destacada en

relación al resto de cláusulas (por ejemplo, el uso de tipografía diferente como letra en negrita, o poner estas cláusulas en un apartado separado y diferenciado del resto de cláusulas); y b) que sean específicamente aceptadas por escrito por el asegurado (a este respecto, no sería suficiente con la firma de la póliza con la consecuente aceptación del clausulado contenido en ella sino que se requiere lo que viene denominándose una doble firma o doble aceptación: la firma y aceptación del contrato con su contenido general; y la firma y aceptación expresa de las cláusulas limitativas de derechos).

Estas exigencias formales se prevén como requisitos de admisibilidad de este tipo de cláusulas con el fin de garantizar que el asegurado tenga pleno conocimiento de las mismas y de su alcance efectivo en el contrato.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que cualquier oscuridad o ambigüedad existente en la redacción de la cláusula que lleve a cuestionarse su sentido y efectos dentro del contrato suscrito, en la medida que se trate de una cláusula predispuesta deberá aplicarse el criterio antes indicado de interpretación *contra proferentem*: *vid*. los ya citados artículos 1288 CC y 6.2 LCGC, así como, entre otras, las SSTS núm. 248/2009, de 2 de abril, núm. 347/2009, de 18 de mayo, núm. 601/2010, de 1 de octubre, núm. 158/2011, de 23 de marzo, núm. 498/2016, de 19 de julio, núm. 71/2019, de 5 de febrero, núm. 152/2019, de 13 de marzo, núm. 373/2019, de 27 de junio, núm. 31/2020, de 21 de enero, núm. 636/2020, de 25 de noviembre, núm. 60/2021, de 8 de febrero, y núm. 263/2021, de 6 de mayo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 7 LCS: «Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado». De modo que, si las personas del tomador y del asegurado son distintas, el principio de transparencia determina que las obligaciones del asegurador a ese respecto deben configurarse teniendo en cuenta la posición de tomador y asegurado en el contrato; y ello implica que las especiales exigencias formales del artículo 3 LCS deben interpretarse en consonancia con ese principio de transparencia contractual.

Y en tal sentido debe tenerse en cuenta en este ámbito el diferente tratamiento de los seguros colectivos y los seguros individuales ante las cláusulas limitativas de derechos, su incorporación al contrato y su aceptación por el asegurado. Sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 541/2016, de 14 de septiembre, con referencia a las SSTS de 18 de octubre de 2007 y de 25 de noviembre de 2013, entre otras.

Como cuestión previa cabe advertir que, en el caso de seguros voluntarios de accidentes, que era el objeto de la referida STS de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo ya determinó anteriormente en su sentencia de Pleno de 14 de julio de 2015 que «cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado».

Los seguros individuales se caracterizan porque el asegurado es una única persona: el interés cubierto es el de una concreta persona (el asegurado); puede coincidir o no con el tomador, pero en ese caso, aun siendo distintas personas, bastaría con la firma de la póliza y aceptación expresa del tomador en los términos del artículo 3 LCS para que el asegurado se vea afectado por las cláusulas limitativas sin que se exija un documento especial de adhesión y aceptación por parte del asegurado (STS de 17 de noviembre de 2015).

Por su parte, los seguros colectivos se caracterizan porque el tomador contrata la póliza en garantía de los intereses de un grupo de personas, que serían los asegurados, facilitando así su incorporación a ese aseguramiento; ese grupo de personas se encuentran unidos entre sí no con el fin de asegurarse sino por algún otro motivo (empleados, miembros participantes de un viaje organizado…). En los seguros colectivos, al igual que en los seguros individuales, el tomador debe aceptar expresamente las cláusulas limitativas de derechos, las cuales deben encontrarse claramente identificadas en el contrato (art. 3 LCS). Ahora bien, en los seguros colectivos no solo el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar expresa y especialmente esas cláusulas limitativas, sino que cada uno de los asegurados debe tener conocimiento de ellas y aceptarlas expresamente por escrito, en los términos fijados por el artículo 3 LCS: por ello, en el documento individual expedido para cada asegurado de adhesión al seguro colectivo deberá hacerse constar con total claridad tanto la cobertura del seguro como la existencia de cláusulas limitativas, y recabarse la expresa aceptación del asegurado por escrito, tal y como exige el artículo 3 LCS (entre otras, SSTS de 6 de abril de 2001, de 27 de julio de 2006, de 18 de octubre de 2007, de 25 de noviembre de 2013 y de 14 de septiembre de 2016).

Por último, cabe aludir a un caso especial y habitual que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha puesto de manifiesto de modo reiterado: los supuestos de contratos de seguros de accidentes en los que se prevé la cobertura de invalidez permanente y la consideración como cláusulas limitativas de derechos del asegurado ciertas condiciones generales contractuales que se incluyen fijando unos porcentajes de indemnización distintos en función del grado de invalidez y la gravedad de las lesiones o secuelas, o excluyendo o limitando supuestos de cobertura, en contradicción con la previsión de otra cláusula del contrato incluida en el condicionado particular que simplemente señala una cuantía fija indemnizatoria para el caso de invalidez permanente, sin más distinciones.

La STS núm. 676/2008, de 15 de julio, con referencia a las SSTS de 13 de mayo de 2008 y de 11 de diciembre de 2007, advirtió: «[l]a jurisprudencia tiene declarado que la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total, dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y esta puede producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante».

Asimismo, en la STS núm. 541/2016, de 14 de septiembre, se señaló que: «A partir de la definición contenida en el artículo 100 LCS, conforme al cual se conceptúa el accidente como lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte, la jurisprudencia ha establecido que en el seguro voluntario de accidentes, cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado (STS, Sala 1.º —Pleno— 402/2015, de 14 de julio)».

Y en un supuesto similar, la STS núm. 225/2018, de 17 de abril, reiteró la calificación como cláusula limitativa de derechos de este tipo de condiciones generales que prevén una tabla indemnizatoria con distintos porcentajes indem-

nizatorios en función del grado de invalidez permanente y secuelas, en clara contradicción con lo recogido en el clausulado particular en el que no se recogen distinción de grados en la invalidez permanente: «En suma, la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, importe de la indemnización por tal concepto, como sucede en este caso, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del artículo 3 LCS. […] Sucede así en este caso en el que en las condiciones particulares no figura la determinación de grados de invalidez permanente ni se puede inferir que lo sea dada la forma en que se aparece redactada la cláusula en cuestión pues únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización por tal concepto, lo que supone una cláusula limitativa, en cuanto es susceptible de ser aplicada a supuestos de incapacidad permanente total, que requieren para su validez los requisitos del artículo 3 LCS, como así la calificó la propia aseguradora en la solicitud del seguro».

En definitiva, configurado este caso, por tanto, como cláusula limitativa de derechos, para poder ser válida y aplicada debe cumplir con los requisitos y previsiones señaladas en el artículo 3 LCS.

Y a este respecto, debe tenerse en cuenta, asimismo, que esa contradicción entre el clausulado general y el particular de la póliza de seguro en estos casos, precisamente genera una oscuridad provocada por la aseguradora, que, por una parte, reconoce en el condicionado particular que el tomador/asegurado queda cubierto por el riesgo de invalidez permanente, pero, por otro lado, a través del condicionado general le aplica unas limitaciones indemnizatorias que resultan limitativas y que habrá que revisar bien si cumplen con las garantías del artículo 3 LCS para que efectivamente puedan ser aplicadas: *vid*. también en este sentido, la STS núm. 263/2021, de 6 de mayo.

III. INTERESES POR MORA *EX* ARTÍCULO 20 LCS: CAUSA JUSTIFICADA PARA SU NO IMPOSICIÓN

De acuerdo con el apartado tercero del artículo 20 LCS el asegurador se constituirá en mora «cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro».

La indemnización por esa mora se impondrá de oficio por los tribunales y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%, pero si ya hubieran transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %. Esos intereses se considerarán producidos por días (art. 20.4 LCS).

Estos intereses previstos en el artículo 20 LCS, tal como ha advertido el Tribunal Supremo (entre otras, STS núm. 419/2020, de 13 de julio) tienen un marcado carácter sancionador, sirviendo además de estímulo a la aseguradora para efectivamente cumplir puntualmente con la obligación principal de reparar e indemnizar el daño sufrido por el asegurado, sin demoras, actuando en tal sentido con celo oportuno para liquidar su obligación como aseguradora

frente a un siniestro cubierto por la póliza. Ha señalado nuestro Alto Tribunal que: «Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho» (entre otras SSTS núm. 83/2019, de 7 de febrero, y núm. 300/2020, de 15 de junio).

Ahora bien, el apartado 8 de ese artículo 20 LCS prevé la posibilidad de excluir este deber de pago de intereses por mora del asegurador «cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable [al asegurador]».

Este artículo 20.8 LCS ha sido objeto de interpretación en muchas ocasiones por nuestros tribunales, y particularmente por el Tribunal Supremo, con el fin de concretar cuándo concurriría causa justificada para eximir a la aseguradora del pago de esos intereses. De la doctrina jurisprudencial ya muy consolidada establecida por nuestro Alto Tribunal cabe reseñar las siguientes conclusiones (*vid*., entre otras, SSTS núm. 743/2012, de 4 de diciembre; núm. 206/2016, de 5 de abril; núm. 456/2016, de 5 de julio; núm. 514/2016, de 21 de julio; núm. 36/2017, de 20 de enero; núm. 73/2017, de 8 de febrero; núm. 523/2017, de 27 de septiembre; núm. 26/2018, de 18 de enero; núm. 31/2018, de 30 de mayo; núm. 252/2018, de 10 de octubre; núm. 56/2019, de 25 de enero; núm. 76/2019, de 15 de febrero; núm. 83/2019, de 7 de febrero; núm. 556/2019, de 22 de octubre; núm. 570/2019, de 4 de noviembre; núm. 31/2020, de 21 de enero; núm. 47/2020, de 22 de enero; núm. 419/2020, de 13 de julio; núm. 503/2020, de 5 de octubre; núm. 96/2021, de 23 de febrero; núm. 110/2021, de 2 de marzo; núm. 172/2021, de 29 de marzo; núm. 355/2021, de 24 de mayo; núm. 563/2021, de 26 de julio; núm. 588/2021, de 6 de septiembre; núm. 793/2021, de 22 de noviembre; y núm. 888/2021, de 21 de diciembre):

— La existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora; ahora bien, se viene proclamando por el Tribunal Supremo en doctrina consolidada que, dado el carácter marcadamente sancionador que debe atribuirse a los intereses del artículo 20 LCS, debe imponerse una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no puede ser un obstáculo a cumplir con esa imposición sancionadora de los intereses del artículo 20 LCS, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar.

Advierte nuestro Alto Tribunal que la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del artículo 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Es decir, «la judicialización, excluyente

de la mora, habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo, conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica (sentencia 503/2020, de 5 de octubre)» (STS núm. 588/2021, de 6 de septiembre).

Señala la STS núm. 793/2021, de 22 de noviembre: «no se puede convertir el proceso en una excusa para retrasar la indemnización debida por las aseguradoras a los perjudicados y que su tramitación o el hecho de defenderse en él no constituyen, por sí solos, causas que justifiquen el retraso en el cumplimiento de la obligación de indemnizar, ya que no es forzoso presumir la racionalidad de la oposición de la aseguradora, cuyo fundamento ha de examinarse partiendo de los hechos declarados probados por el tribunal de apelación y teniendo en cuenta que solo concurre la causa justificada del artículo 20.8 de la LCS en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional, en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar».

— En atención a ello, y pese a la casuística existente, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia considerar que no es causa justificada para no pagar la indemnización principal y, por tanto, tampoco es causa para excluir la exigencia de abono de los intereses de demora del artículo 20 LCS: el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa (ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas); y la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización y la iliquidez inicial de esa deuda (concretamente, entre otras, SSTS núm. 73/2017, de 8 de febrero, núm. 559/2021, de 22 de julio, núm. 172/2021, de 29 de marzo, y núm. 793/2021, de 22 de noviembre).

La STS núm. 888/2021, de 21 de diciembre, con cita de la STS núm. 110/2021, de 2 de marzo, lo sintetiza de la siguiente forma: «No concurre causa justificada, conforme al artículo 20.8 de la LCS, que ampare la pasividad de la aseguradora en la liquidación del siniestro, cuando: (i) no cuestiona su realidad; (ii) tampoco la responsabilidad del asegurado; (iii) ni la existencia de cobertura derivada del contrato de seguro», y tampoco constituye causa justificativa para la elusión de los intereses «cuando únicamente se discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda».

— Se ha proclamado, en definitiva, que solo concurre la causa justificada del artículo 20.8 LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar por la aseguradora; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura.

— Por último, y en relación con lo comentado en la primera parte de este trabajo sobre la contradicción entre cláusulas y la posible oscuridad existente en su redacción, cabe advertir que la jurisprudencia se ha mostrado a este respecto muy restrictiva en el ámbito de la interpretación del artículo 20.8 LCS y niega que pueda pretenderse que se aprecie causa justificativa del impago de la aseguradora (y por ende causa de exoneración del pago de intereses *ex* artículo 20 LCS) cuando la discusión y controversia entre las partes, que les ha llevado al proceso judicial, es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable

a la propia aseguradora con su confusa redacción (SSTS núm. 73/2017, de 8 de febrero, y núm. 419/2020, de 13 de julio)[5].

IV. CONCLUSIONES

I. Todas las cláusulas predispuestas del contrato de seguro deben ser sometidas a los oportunos controles de incorporación y transparencia.

II. Es necesario informar al tomador/asegurado oportunamente y con la suficiente antelación de las cláusulas generales (entre ellas, las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado), proporcionándole copia de las mismas y debiendo ser suscritas y firmadas por el tomador. Además, se exige una redacción clara y precisa de todas las condiciones, sean generales o particulares.

III. Se deben destacar especialmente las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (por ejemplo, poniéndolas en letra negrita o con subrayado), las cuales se deben aceptar por el tomador específicamente y por escrito, amparándose con su firma; de lo contrario, las limitaciones recogidas en esas cláusulas no tendrán ningún efecto ni podrán ser aplicadas.

IV. Ante una cláusula oscura o confusa en el contrato de seguro, la misma no se podrá interpretar en perjuicio del adherente tomador del seguro, sino que deberá atenderse y prevalecer en esos casos la interpretación que más beneficie al adherente, esto es, que más favorable sea a sus intereses, aunque ello suponga (no siendo, sin embargo, una consecuencia necesaria) de algún modo un perjuicio para la aseguradora predisponente, quien en todo caso, no puede verse beneficiada por esa oscuridad (principio de interpretación *contra proferentem*: arts. 1288 CC y 6.2 LCGC).

V. El artículo 20.8 LCS es objeto de interpretación restrictiva por parte de nuestra jurisprudencia. De modo que viene siendo criterio constante en la jurisprudencia considerar que no es causa justificada para no pagar la indemnización principal y, por tanto, tampoco es causa para excluir la exigencia de abono de los intereses de demora del artículo 20 LCS: el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa (ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas); y la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización y la iliquidez inicial de esa deuda.

Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionalidad de la oposición.

Se ha proclamado, en definitiva, que solo concurre la causa justificada del artículo 20.8 LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar por la aseguradora; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura.

VI. Particularmente la jurisprudencia niega que pueda pretenderse que se aprecie causa justificativa del impago de la aseguradora (y por ende causa de exoneración del pago de intereses *ex* art. 20 LCS) cuando la discusión y controversia entre las partes, que les ha llevado al proceso judicial, es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 16 de octubre de 2000.
- STS de 6 de abril de 2001.
- STS de 27 de noviembre de 2003.
- STS de 7 de julio de 2006.
- STS de 27 de julio de 2006.
- STS de 11 de septiembre de 2006.
- STS de 17 de octubre de 2007.
- STS de 18 de octubre de 2007.
- STS de 11 de diciembre de 2007.
- STS de 13 de mayo de 2008.
- STS de 15 de julio de 2008.
- STS de 2 de abril de 2009.
- STS de 18 de mayo de 2009.
- STS de 15 de julio de 2009.
- STS de 12 de noviembre de 2009.
- STS de 1 de octubre de 2010.
- STS de 23 de marzo de 2011.
- STS de 20 de julio de 2011.
- STS de 30 de noviembre de 2011.
- STS de 5 de marzo de 2012.
- STS de 4 de diciembre de 2012.
- STS de 25 de noviembre de 2013.
- STS de 15 de octubre de 2014.
- STS de 14 de julio de 2015.
- STS de 17 de noviembre de 2015.
- STS de 5 de abril de 2016.
- STS de 22 de abril de 2016.
- STS de 5 de julio de 2016.
- STS de 19 de julio de 2016.
- STS de 21 de julio de 2016.
- STS de 14 de septiembre de 2016.
- STS de 20 de enero de 2017.
- STS de 8 de febrero de 2017.
- STS de 27 de septiembre de 2017.
- STS de 7 de noviembre de 2017.
- STS de 18 de enero de 2018.
- STS de 17 de abril de 2018.
- STS de 30 de mayo de 2018.
- STS de 10 de octubre de 2018.
- STS de 25 de enero de 2019.
- STS de 5 de febrero de 2019.
- STS de 7 de febrero de 2019.
- STS de 15 de febrero de 2019.
- STS de 13 de marzo de 2019.
- STS de 27 de junio de 2019.
- STS de 17 de septiembre de 2019.
- STS de 22 de octubre de 2019.
- STS de 4 de noviembre de 2019.
- STS de 12 de diciembre de 2019.

- STS de 21 de enero de 2020.
- STS de 22 de enero de 2020.
- STS de 15 de junio de 2020.
- STS de 13 de julio de 2020.
- STS de 5 de octubre de 2020.
- STS de 25 de noviembre de 2020.
- STS de 8 de febrero de 2021.
- STS de 23 de febrero de 2021.
- STS de 2 de marzo de 2021.
- STS de 29 de marzo de 2021.
- STS de 6 de mayo de 2021.
- STS de 24 de mayo de 2021.
- STS de 26 de julio de 2021.
- STS de 6 de septiembre de 2021.
- STS de 22 de noviembre de 2021.
- STS de 21 de diciembre de 2021.

NOTAS

[1] Artículo 6.2 LCGC: «Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales».

[2] Tal y como señala, entre otras, la STS núm. 273/2016, de 22 de abril: «La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la diferenciación que hace el artículo 3 LCS entre cláusulas lesivas y limitativas, en tanto que estas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando este presta su consentimiento, y de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento; mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas (sentencia 303/2003, de 20 de marzo)».

[3] Igualmente, cuando en el artículo 8 LCS se alude al contenido mínimo del contrato, en lo que al objeto contractual se refiere, en sus apartados 3, 4 y 5, también cabe entender que hay cierta referencia y configuración de lo que se vienen considerando cláusulas de delimitación del riesgo asegurado: «3. Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente. 4. Designación de los objetos asegurados y de su situación. 5. Suma asegurada o alcance de la cobertura».

[4] La STS de 7 de julio de 2006 señaló con referencia a las cláusulas generales y su aceptación (y las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado se suelen incluir como cláusula general) que «la aceptación de las condiciones generales por parte del asegurado mediante su firma en las condiciones particulares con referencia expresa a aquellas implica su aceptación, salvo cuando la referencia a ellas se haga con carácter genérico e indeterminado que sea susceptible de inducir a confusión».

[5] Señala esta STS núm. 419/2020, de 13 de julio: «si argumento decisivo de la sentencia de apelación, no cuestionado, es la contradicción provocada por la propia parte demandada en la redacción de las condiciones del contrato suscrito, no procede atribuir a su propio proceder contractual, que sí le sería imputable, la causa justificada para obviar la condena de los intereses del artículo 20 de la LCS, cuando existe una sólida jurisprudencia sobre tal cuestión, rigiendo además en la materia un criterio restrictivo de la consideración de la causa justificada de la excepción a la imposición de dichos intereses moratorios antes reseñada».

1.6. Responsabilidad civil

Daños causados al paciente por utilización de un producto sanitario defectuoso. Al hilo del caso Ala Octa

Damages caused to the patient by the use of a defective sanitary product. In the line of the Ala Octa Case

por

PILAR ÁLVAREZ OLALLA
Catedrática de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La responsabilidad por productos sanitarios defectuosos presenta algunas particularidades que son abordadas en este trabajo, al hilo de las sentencias recaídas en el caso ALA OCTA, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa como en la civil; sin perjuicio del estudio de otros casos de productos sanitarios defectuosos sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia (prótesis mamarias, prótesis de cadera y rodilla, catéteres defectuosos… etc.). Se analiza, en concreto, el problema que plantea la posible reclamación al centro o instituto de salud donde se utiliza o implanta el producto; así como las resoluciones recaídas en materia de responsabilidad de los organismos notificados y de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

ABSTRACT: Liability for defective medical devices presents some particularities that are analysed in this paper, in line with the sentences handed down in the ALA OCTA case, both in the contentious-administrative and in the civil jurisdiction; without prejudice to the study of other cases of defective medical devices on which jurisprudence has ruled (breast prostheses, hip and knee prostheses, defective catheters… etc.). Specifically, it is analysed the problem posed by the claim to the health center or institute within which the product is used or implanted; as well as the resolutions handed down in matters of liability of notified bodies and of the Spanish Agency for Medicines and Health Products.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad por Productos Defectuosos. Productos Sanitarios. Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Servicios defectuosos.

KEY WORDS: Defective Product Liability. Medical Devices. Public Administration Liability. Faulty Services.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES.—II. LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE O IMPORTADOR, EL DISTRIBUIDOR Y SUS ASEGURADORAS: 1. Concepto de producto sanitario defectuoso. 2. Aplicabilidad al producto sanitario de la excepción contenida en el artículo 140.3 TR. 3. Indemnizabilidad del daño moral. 4. El sujeto responsable: fabricante, importador, distribuidor. 5. Asegurador del fabricante.—III. PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO: SISTEMA AUTONÓMICO DE SALUD, HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD PRIVADOS: 1. Jurisprudencia del TJUE. 2. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 3. Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.—IV. ASEGURADORA SANITARIA DEL PACIENTE.—V. AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS.—VI. ORGANISMOS NOTIFICADOS.—VII. VALORACIÓN.

I. CUESTIONES GENERALES

En este artículo nos proponemos estudiar las peculiaridades que presenta la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos sanitarios, analizando y exponiendo los problemas que se han planteado en la realidad a través del estudio de los casos que han sido abordados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justica de la Unión Europea. En el trabajo se prestará una especial atención al llamado caso *Ala Octa* en el que un centenar de afectados sufrieron daños, e incluso perdieron la vista del ojo del que fueron operados, al utilizarse en la operación un producto para fijar la retina, *perfluoroctano*, fabricado por la empresa alemana Alamedics, pues algunos lotes resultaron tóxicos. Se analizarán también, sin embargo, otras cuestiones como la aplicación de la normativa sobre productos a la Administración sanitaria, el concepto de puesta en circulación de productos sanitarios o la responsabilidad de organismos notificados y de la AEMPS.

Producto sanitario, según la definición que da el artículo 2 del Reglamento UE 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios es «*Todo instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, implante, reactivo, material u otro artículo destinado por el fabricante a ser utilizado en personas, por separado o en combinación, con alguna de las siguientes finalidades médicas específicas:*

— *diagnóstico, prevención, seguimiento, predicción, pronóstico, tratamiento o alivio de una enfermedad,*
— *diagnóstico, seguimiento, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una discapacidad,*
— *investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso o estado fisiológico o patológico,*
— *obtención de información mediante el examen* in vitro *de muestras procedentes del cuerpo humano, incluyendo donaciones de órganos, sangre y tejidos, y que no ejerce su acción principal prevista en el interior o en la superficie del cuerpo humano por mecanismos farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales mecanismos*».

También se consideran productos sanitarios:

«— *los productos de control o apoyo a la concepción,*

— *los productos destinados específicamente a la limpieza, desinfección o esterilización de los productos sanitarios*».

No se aplica el Reglamento, según se desprende de su artículo 1, a los productos para diagnóstico *in vitro* que estén regulados por una norma específica, (el Reglamento UE 2017/746), ni a los medicamentos, ni a la sangre humana ni hemoderivados, productos cosméticos, órganos, tejidos o células de origen animal o humano. En el caso de los medicamentos, estos están regulados a nivel europeo por la Directiva 2001/83/CE, modificada por la Directiva 2010/84/UE, sobre farmacovigilancia, modificada por Directiva 2012/26/UE; y por el Reglamento (UE) 1235/2010, que modifica el Reglamento (CE) núm. 726/2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

A nivel de la legislación interna, tanto medicamentos como productos sanitarios y hemoderivados están regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento. La ley contiene un artículo 2 en el que se incluyen definiciones tales como la de medicamento, que es «*Toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico*». La definición de producto sanitario se contiene en el mismo precepto, en términos similares a los recogidos en el artículo 2 del Reglamento antes transcrito. El artículo 46, por su parte, atribuye a los hemoderivados la calificación de medicamentos. La clave para diferenciar medicamentos y productos sanitarios es la forma en la que el producto actúa en el interior o superficie del cuerpo, de tal modo que estaremos ante un producto sanitario cuando su acción principal no se ejerza por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos; aunque tales medios puedan contribuir de forma no principal a que el producto sanitario realice su función.

El objeto del trabajo es analizar, pues, quién debe responder en caso de que, en el marco de un acto médico[1] se utilice un producto sanitario que no cumpla con las expectativas de seguridad y eficacia que cabe esperar de él, si bien se traerán a colación también sentencias recaídas en el ámbito de la responsabilidad por medicamentos, para una mejor exposición de la cuestión. Decimos esto porque quizás no puedan extrapolarse todas las consecuencias que prediquemos en caso de utilización de un producto sanitario defectuoso en un centro médico, a la prescripción de un medicamento defectuoso. En el concreto caso de utilización de sangre humana y hemoderivados, a pesar de que la Ley del medicamento los considera como tales y no como producto sanitario, sí podremos plantearnos igualmente la responsabilidad del centro médico cuando emplea sangre analizada en un laboratorio externo. En el caso de la sangre, no existe un fabricante como tal, ya que es un producto humano, pero existe un protocolo de selección de donantes y de realización de pruebas para detectar la presencia de microorganismos que producen infecciones como la hepatitis vírica, el sida, el virus Zika, el virus del Oeste del Nilo, la enfermedad de Chagas y la sífilis. Los daños podrán provenir, no de la fabricación, pero sí de un defecto en el proceso de detección del microorganismo. En la medida en que dicho proceso no haya sido llevado a cabo por el mismo centro médico en el que se utiliza el

hemoderivado, podremos plantearnos igualmente si el prestador del servicio médico responde del defecto del «producto humano» que es la sangre, en la medida en que el laboratorio encargado de testar la existencia de microorganisos haya realizado una analítica defectuosa.

Veamos, a continuación, cual es el posible responsable de los daños causados por la utilización de un producto sanitario defectuoso, con arreglo al Derecho de la Unión o nacional aplicable. Para ello analizaremos la responsabilidad del fabricante o importador, así como del distribuidor, y de sus aseguradoras, por ser la regulación en materia de productos defectuosos en la que inicialmente encaja con mayor precisión el supuesto. Al respecto, el artículo 10.16 del propio Reglamento UE 2017/745 UE de productos sanitarios, antes citado, establece «*Las personas físicas o jurídicas podrán reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios causados por un producto defectuoso con arreglo al Derecho de la Unión o nacional aplicable. Los fabricantes establecerán, de una forma que guarde proporción con la clase de riesgo, el tipo de producto y el tamaño de la empresa, medidas para ofrecer una cobertura financiera suficiente en relación con su posible responsabilidad en virtud de la Directiva 85/374/CEE, sin perjuicio de la adopción de medidas más protectoras en virtud del Derecho nacional*».

Pero también, y ese es el objeto principal del trabajo, nos centraremos en la responsabilidad del prestador del servicio médico en el curso del cual se utiliza o implanta el producto sanitario. Se analizará, igualmente, la responsabilidad de la aseguradora sanitaria. Por último, nos referiremos a las resoluciones que se han pronunciado sobre la responsabilidad de la Agencia Española del Medicamento y de Productos Sanitarios y de las llamadas «entidades notificadas» que otorgan el marchamo CE al producto.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE O IMPORTADOR, EL DISTRIBUIDOR Y SUS ASEGURADORAS

El régimen establecido en los artículos 135 a 146 del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TR), es la normativa específica aplicable a la responsabilidad por daños causados por productos. Tales preceptos, que transponen en España las exigencias al respecto de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos son, sin duda, de aplicación a los productos sanitarios y medicamentos, en la medida en que estos son bienes muebles, concepto dentro del cual se incluye, además, el gas y la electricidad.

El TR no se refiere en concreto a los productos sanitarios como productos que entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de responsabilidad por productos defectuosos, pero sí hay una referencia expresa a los medicamentos en el artículo 140.3 a efectos de excepcionar la aplicación de la causa de exoneración de los llamados «riesgos del desarrollo» a los fabricantes de este tipo de productos. La aplicación de la normativa a los productos sanitarios viene avalada, en cualquier caso, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 20 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 8591), sobre prótesis mamarias defectuosas, en la que se afirma tajantemente —si bien en relación con la antigua LGDCU— «en todo caso se encuentran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos farmacéuticos y los servicios sanitarios, entre otros».

A continuación, analizaremos la responsabilidad de los sujetos a los que la normativa de productos defectuosos atribuye la responsabilidad, estudiando la jurisprudencia recaída en relación con los productos sanitarios; para a continuación, referirnos a los pronunciamientos sobre la responsabilidad de la aseguradora de estas entidades.

1. Concepto de producto sanitario defectuoso

Los productos sanitarios respecto a los cuales ha habido pronunciamientos jurisprudenciales han sido prótesis mamarias, prótesis de cadera o rodilla, catéteres que se rompen, dispositivos intrauterinos, vacunas, marcapasos, sangre y hemoderivados contaminados, además de otros medicamentos; y, recientemente, el perfluoroctano que resultó ser tóxico, siendo esta sustancia utilizada en las operaciones realizadas por desprendimiento de retina. Según el artículo 137 TRLGDU, producto defectuoso es aquel «*que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación*». Lo será, sin duda, si no ofrece la misma seguridad que los demás productos de su serie, aunque no tiene por qué ser considerado defectuoso por el hecho de que posteriormente se ponga en circulación de forma más perfeccionada.

Al respecto del carácter defectuoso de los productos sanitarios, la primera puntualización a hacer al hilo de la jurisprudencia recaída sobre la cuestión, es que puede pedirse indemnización por los daños que al paciente le haya causado la retirada voluntaria por su parte, de productos que han sido implantados en su cuerpo, ante la existencia de una alerta sanitaria por parte de la AEMPS o habiendo sido retirados del mercado voluntariamente por el fabricante, y ello aunque no le hayan causado daño alguno a su salud hasta ese momento. Se trata de la llamada responsabilidad por «defectos potenciales» que ha sido avalada por el TJUE en sentencia de 5 de marzo de 2015 (TJUE 2015\107). Se trataba de un caso de implantación de marcapasos y desfibrilador automático implantable importado en la UE por la empresa G. GmbH, sociedad que posteriormente se fusionó Boston Scientific Medizintechnik (BS corporation). La empresa G. el 22 de julio de 2005 informa de que se había detectado que un componente empleado para el sellado hermético de los marcapasos, podía sufrir una degradación progresiva que podía provocar un agotamiento prematuro de la batería del dispositivo. G. recomendó a los médicos que habían implantado ese tipo de dispositivos que considerasen la sustitución de los mismos y, aunque ya no estaba en vigor la garantía, se comprometió a ceder gratuitamente los nuevos marcapasos. La aseguradora médica de dos pacientes, que asumió el coste de las intervenciones de sustitución, reclamó a Boston SM el importe abonado por las intervenciones de sustitución. También, se comunica en junio de 2005 que determinado tipo de desfibriladores presentaban un defecto consistente en que un interruptor magnético podía quedar bloqueado y, por ello, no actuarían ante una perturbación del ritmo cardiaco del paciente. G. recomendó desactivar el interruptor magnético. Se sustituyó el desfibrilador de una paciente y la aseguradora reclamó el coste de la intervención. Ante el recurso de casación interpuesto por Boston SM, por su condena a abonar dicho coste en ambas instancias, el Tribunal de casación alemán pregunta al TJUE si, aunque no se haya probado que un concreto producto es defectuoso, puede considerarse como tal cuando los pro-

ductos del mismo modelo presentan un riesgo de avería significativamente mayor que el resto de productos. El TJUE contesta al respecto que para determinar el carácter defectuoso de un producto ha de tenerse en cuenta que este no ofrezca la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, habida cuenta de todas las circunstancias. Los usuarios de estos dispositivos son pacientes con especial vulnerabilidad y, consecuentemente, los niveles de seguridad deben ser especialmente altos. La comprobación de un posible defecto de algunos productos que pertenecen a un mismo modelo o serie permite calificar de defectuosos a todos los productos de ese modelo o serie, sin que sea necesario demostrar el defecto del producto de que se trate. Respecto al alcance del daño indemnizable, al amparo de los artículos 1 y 9 de la Directiva, considera el TJUE que el mismo debe ser de amplia interpretación, estando incluidos los gastos de sustitución del producto, si dicha sustitución es necesaria para eliminar el defecto. En el caso del desfibrilador, es cuestión a dilucidar por el juez nacional si el coste de la intervención para desactivar el interruptor magnético, está incluido o no en el concepto de daño indemnizable.

Con anterioridad a la sentencia del TJUE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había afirmado que los productos pertenecientes a una serie defectuosa pueden poner en riesgo la salud, aunque los pacientes no hayan sufrido aún daño alguno; consecuentemente, es indemnizable la inseguridad e incertidumbre que genera creer que puede sufrirse un daño y la consiguiente operación, pues ello supone la quiebra de la seguridad que cabía esperar del producto. Así ocurrió en el caso solventado por STS de 9 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 1408), en el que la paciente se hizo extraer las prótesis mamarias por posible toxicidad, por degradación del aceite de soja que constituía el relleno, siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Al parecer, el fabricante había obtenido las licencias europeas y nacionales aportando datos falsos pues se garantizaba que, en caso de rotura, no habría toxicidad para la mujer. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda entablada contra la fabricante por no haberse probado el defecto de las prótesis en el momento de la implantación, y acogiéndose a la causa de exoneración de «riesgos del desarrollo». La sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial; pero el Tribunal Supremo casa el recurso, considerando que el producto debe considerarse defectuoso por la falta de comprobación por parte de la fabricante de los posibles efectos tóxicos de las prótesis. Considera igualmente que no era aplicable la doctrina del riesgo del desarrollo porque la fabricante no probó que el defecto no pudiera detectarse con los conocimientos científicos existentes en el momento de la puesta en circulación. En definitiva, producto defectuoso no solo lo es el tóxico o peligroso, sino el que se pone en circulación sin realizar las debidas comprobaciones para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad. Se concede a las usuarias, en consecuencia, indemnizaciones por el daño físico, psicológico y moral padecido a causa de haberse sometido a sendas operaciones de implantes que luego fueron extraídas prematuramente. Esta doctrina, también en relación con las prótesis mamarias de soja, es seguida por la SAP de La Coruña de 16 de marzo de 2007 *(AC* 2007, 1077). Si el producto no ofrece la seguridad que cabe esperar de él, se invierte la carga de la prueba de la idoneidad del mismo, que ha de ser probada por la demandada, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sentada en sentencia, por ejemplo, de 21 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 2133).

En sentido similar, en el caso enjuiciado por la STS de 1 de marzo de 2021 *(RJ* 2021, 881), a la paciente se le había implantado una prótesis de cadera ASR fabricada por DePuy International Limited en febrero de 2010. En marzo, la

fabricante emitió una alerta de seguridad y en agosto, retiró el sistema de prótesis del mercado, por tener mayor tasa de revisión que la esperada debido a un aumento de aflojamientos, mal alineamiento de componentes, posible cesión de restos metálicos de la aleación cromo-cobalto a los tejidos circundantes, infección, fractura de hueso…, etc. En diciembre, la paciente recibió una notificación del Hospital en el que fue intervenida y se le sustituyó la prótesis en febrero de 2012. El Tribunal Supremo considera que, aun siendo la retirada voluntaria, el producto es inseguro y consecuentemente defectuoso. El marchamo CE, que garantiza el cumplimiento de las normas de seguridad exigidas en la fabricación por la UE, «permite comercializar productos y evitar sanciones administrativas, y aun penales, pero no impide que un producto pueda defraudar las expectativas legítimas de seguridad». A diferencia de lo ocurrido en el caso expuesto anteriormente, en este no había incumplimiento de la realización de las necesarias comprobaciones en materia de seguridad o calidad. El producto es defectuoso cuando presenta un riesgo superior a otros modelos, aunque no esté acreditado que el concreto producto haya causado daños, y ello a pesar de que la retirada del mercado haya sido voluntaria, y los fallos sean puntuales. Se concedió, consecuentemente, la indemnización por daños morales a la demandante (130 702,18 euros).

A pesar de ello, en la doctrina, hay autores que se manifiestan en contra de esta jurisprudencia «expansiva» del concepto de defecto, al entender que el criterio del TJUE sentado en la sentencia de 5 de marzo de 2015, (caso de los marcapasos y desfibriladores), antes expuesta, tiene como presupuesto que esté en riesgo la vida del paciente, y no es extrapolable a la implantación o uso de otros productos sanitarios que no están destinados a preservar la vida del paciente, como ocurre en el caso de las prótesis de cadera o mamarias. Todo ello en el bien entendido de que la acreditación del carácter defectuoso del producto puede hacerse de otro modo y no solo fundándolo en el hecho de la existencia de una alerta sanitaria[2].

Pasando a otra cuestión, el defecto de que puede adolecer el producto puede ser de diseño, fabricación o información. El caso más ampliamente tratado en la jurisprudencia, en relación con el *defecto de información* de un producto sanitario o medicamento es el llamado caso «Agreal» medicamento fabricado por Sanofi-Aventis, S.A. utilizado para el tratamiento de sofocos y manifestaciones psicofuncionales de la menopausia, que fue comercializado desde 1983 hasta 2005, año en el que fue retirado del mercado. Las SSTS (Sala Primera) de 28 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6545) y 6 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6702) consideraron que era insuficiente la información contenida en el prospecto del medicamento para que las consumidoras pudieran conocer los efectos adversos y conformar un consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, al no informarse de los efectos extrapiramidales del mismo, que podía producir daños neurológicos. Más recientemente, lo confirmó la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4318), relativa también al caso *Agreal*. En este caso, se discutía igualmente en el pleito el carácter defectuoso del producto por «defecto de información»; esto es, por el hecho de no incluir información suficiente sobre los efectos secundarios que podría producir su ingesta. Frente a la desestimación de la demanda interpuesta por las afectadas, por parte del Juzgado de Primera Instancia, contra el laboratorio Sanofi-Aventis, S.A., la Audiencia admite la existencia de una deficiente información contenida en el prospecto. Esta consideración es aceptada por el Tribunal Supremo que, consecuentemente, entiende vulnerados los derechos fundamentales a la libertad de las demandantes, en su modalidad de derecho de elección, así como sus de-

rechos a la integridad física y moral. Se condena a abonar 3000 euros por daño moral a las demandantes, consistente en el impacto o sufrimiento psíquico que resulta de la incertidumbre derivada del consumo a la espera de los resultados de las pruebas realizadas para determinar si hay daño físico. También se indemnizaron los daños físicos cuando estos pudieron probarse. Esta misma solución se había adoptado, en relación con el mismo medicamento, además de en las sentencias antes indicadas de 2012, en SSTS de 17 de junio de 2011 *(RJ* 2011, 4639), y 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 4630), entre otras. En relación con este caso, Agreal, también se ha entablado la reclamación, en ocasiones, por la vía contencioso-administrativa, alegando las pacientes afectadas la responsabilidad de la Administración por falta de vigilancia, debido a que no existía ficha técnica del producto y la información del prospecto era insuficiente. Se demandó simultáneamente al Laboratorio Sanofi-Aventis. Pero los recursos fueron desestimados, entre otros motivos por ausencia de prueba de la relación causal entre el uso del medicamento y los daños alegados, como veremos.

El hecho de que se hayan ido modificando los prospectos con el tiempo no es razón para apreciar, sin más, un defecto de información en los prospectos originales, si los mismos informan suficientemente de que el fármaco es susceptible de hacer aparecer niveles altos de azúcar en sangre, según la SAP de Madrid, en sentencia de 24 de noviembre de 2011 *(AC* 2012, 154).

En el caso enjuiciado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Orihuela, de 1 de septiembre de 2021 *(JUR* 2021, 342499) se demandó a la fabricante, a la distribuidora y a la compañía de seguros por los daños causados por un producto anticonceptivo, los resortes Essure, que se colocaban en las trompas de Falopio. Las demandadas alegan que ha caducado la acción pues hace más de 10 años que el producto fue puesto en circulación, pues lo fue en 2002 y fue implantado a la actora en 2012. El juzgado entiende, a tenor de lo establecido en el artículo 144 TR, que debe ser la puesta en circulación del concreto producto la que se tome en consideración y no aprecia caducidad de la acción. Admite el juzgado el defecto de información en el prospecto al haber elaborado la empresa distribuidora un documento, «Folleto informativo para la usuaria» con información claramente insuficiente para posibilitar la prestación de un consentimiento informado. El juez condena a la empresa suministradora ya que era consciente de las carencias de información del producto que causó daños a la paciente, que motivaron la extirpación de las trompas de Falopio y el útero.

Respecto a la prueba del defecto de un producto sanitario, en caso de que la comunidad científica no haya llegado a un consenso sobre el carácter defectuoso del mismo, el juez nacional puede apreciar dicho carácter en virtud de indicios sólidos, concretos y concordantes que permitan enlazar el defecto con el daño. Así lo afirmó la STJUE de 21 de junio de 2017 (TJCE 2017\147) en relación con los daños causados por una vacuna.

2. Aplicabilidad al producto sanitario de la excepción contenida en el artículo 140.3 TR

El artículo 140.3 TR establece que la causa de exoneración «riesgos del desarrollo» no puede aplicarse cuando de fabricación de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano se trate. Podemos preguntarnos si la causación de daños por producto sanitario defectuoso puede estar amparada, en beneficio del fabricante, por la causa de exoneración «riesgos del desarrollo»; o bien los mismos deben entenderse incluidos en la excepción, a la

par que los medicamentos. La SAP de La Coruña de 16 de marzo de 2007 *(AC* 2007, 1077), en un caso de reclamación de daños por implantación de prótesis mamarias PIP, manifiesta sus dudas al respecto, pero no se pronuncia. En las SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2019 *(AC* 2020, 426) SAP de Madrid 7 de mayo de 2020 *(JUR* 2020, 176435) SAP de Salamanca de 21 de junio de 2021 *(JUR* 2021, 282200), SAP de Madrid de14 de marzo 2022 *(JUR* 2022, 170701), recaídas en el caso ALA OCTA contra la aseguradora de la fabricante del producto sanitario, se desestima la aplicación de la causa de exoneración, por no haberse alegado oportunamente y por considerar la Audiencia que científicamente era posible evitar el defecto, pero no se hace alusión a la posible aplicación de la excepción prevista para los medicamentos, a los productos sanitarios. Sin embargo, en SAP de Madrid de 25 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 246188), también recaída en el caso ALA OCTA contra la aseguradora, se desestima la alegación del artículo 140 por parte de dicha aseguradora acogiéndose la Audiencia a la excepción relativa a los medicamentos.

Desde luego, la misma razón jurídica concurre para incluir a los productos sanitarios en la exclusión de esta causa de exoneración[3], que, en el caso de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios, especialmente los clasificados con el nivel IIa, IIb y III, que son productos que están destinados a introducirse en el cuerpo humano, estén o no destinados a permanecer en él (*vid.* sobre la clasificación el RD 1591/2009 de 16 de octubre por el que se regulan los productos sanitarios).

3. Indemnizabilidad del daño moral

Varias de las sentencias que estiman la demanda de las víctimas, de las que hemos expuesto, indemnizan los *daños morales* que causan los productos sanitarios defectuosos, cuando la indemnización de tales daños, a tenor de lo establecido en los artículos 128 y 129 TRLGDCU, parece estar excluida del régimen de responsabilidad por productos; de tal manera que solo se pueden indemnizar conforme a las reglas generales de responsabilidad; por ejemplo, con apoyatura en el artículo 1902 del Código Civil, que exige culpa. Las sentencias que los conceden apenas justifican si la concesión se fundamenta en la aplicación del artículo 1902 o en la normativa contenida en el TR en materia de productos defectuosos. La excepción la constituye la STS sobre el caso Agreal, de 10 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4318) en la que, habiendo sido alegada por el fabricante la exclusión legal de dichos daños del régimen de responsabilidad por productos, el Tribunal Supremo fundamenta su concesión en la aplicación del artículo 1902 del Código Civil que había sido expresamente invocado por las demandantes, habida cuenta de que se aprecia culpa en el defecto de información que motiva la consideración como defectuoso del producto. Al respecto de esta exclusión, la doctrina mantiene una posición crítica, pues la Directiva 85/374 no impide que puedan ser indemnizados tales daños en el ámbito de aplicación de la misma, al amparo de las normas nacionales sobre daño indemnizable, y así lo confirma la STCE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001\133), caso Veedfald, a que luego nos referiremos.

En efecto, la exclusión de la indemnización de los daños morales tanto en el antiguo artículo 10 LPD como en el actual artículo 128 TR no es acorde con la general indemnizabilidad de tales daños en nuestro Derecho[4]. En cualquier caso, como decimos, son numerosos los casos en los que se conceden los daños morales, sin ulteriores pronunciamientos al respecto de su cabida o no en el

régimen de la responsabilidad por productos. Se conceden, por ejemplo, en otro caso de prótesis mamarias defectuosas, en SAP de 5 de noviembre de 2010 *(AC* 2010, 2090). Se deniegan, sin embargo, por no estar cubiertos por el TR en SAP de Barcelona de 18 de abril de 2008 *(AC* 2008, 1610).

4. El sujeto responsable: fabricante, importador, distribuidor

Conforme a la normativa establecida en los artículos 25 y siguientes de la antigua LGCU en materia de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, los perjudicados podían elegir contra quien interponían la demanda; esto es, si se dirigían contra el fabricante, importador o suministrador del producto o servicio. Sin embargo, ya era frecuente la condena del fabricante. Puede verse, en este sentido la STS de 5 de octubre de 1999 *(RC* 1999, 7853), caso en el cual se reclamaban los daños causados por un producto farmacéutico contaminado con hepatitis C y en el que se condenó al laboratorio fabricante, por aplicación del artículo 28 LGDCU. También en el caso enjuiciado por la STS de 20 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 8591) a la demandante se le habían implantado unas prótesis mamarias defectuosas. Demandó al médico, a la empresa Suministros Médicos Sanitarios SA, y a la mercantil Mentor Corporation que presumiblemente era la fabricante, pero al no poder probarse con seguridad este extremo, renunció a demandarla. También se demandó al médico que implantó las prótesis. En Primera Instancia se condenó a la suministradora y se absolvió al médico, sentencia que fue confirmada en apelación. Ante el recurso de casación interpuesto por la suministradora, el Tribunal Supremo fundamenta su condena «en el hecho de no haber logrado acreditar la adopción de todos los cuidados, medidas y controles exigidos por la naturaleza del producto», y en los artículos 25, 26, y 28 LGDCU.

Desde la transposición de la Directiva 85/374, por obra de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la responsabilidad corresponde de forma específica al fabricante o productor, por ser quien está en mejores condiciones para evitar el daño al tener el control del riesgo; o bien al importador en la UE en caso de que el fabricante no pertenezca a un país integrado en la UE. De este modo se evita el encarecimiento de los productos que traería consigo la concertación de primas de seguro por parte de distribuidores, así como una mayor litigiosidad de regreso entre distribuidores y fabricantes. La responsabilidad del distribuidor queda así reducida a dos supuestos: sí el comerciante distribuyó el producto a sabiendas del defecto (art. 146 TR) o si no identifica adecuadamente al fabricante o importador (art. 138 TR). Según la jurisprudencia del TJUE, también es posible demandar al distribuidor en virtud de una normativa nacional diferente a la de responsabilidad por productos (por ej. saneamiento por vicios ocultos en la compraventa) o en los casos en los que la norma nacional determine que el distribuidor ha de asumir la culpa del fabricante, supuesto que se aleja de la responsabilidad objetiva por defecto contemplada en el TR (*vid.* en este sentido SSTJCE como las de 25 de abril de 2002 —TJCE 2002\139— o 10 de enero de 2006 —TJCE 2006\3).

Queda sometido a responsabilidad por daños causados por productos, según el artículo 138 TR, también el productor aparente a que se refiere el artículo 5 TR. En virtud de ello, responderá quien se presente ante el público como fabricante, como productor al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.

No es productor aparente, sin embargo, el distribuidor que pertenece al mismo grupo de empresas que el productor, aunque tenga una denominación similar y su nombre aparezca en el producto; siendo necesario que se presente como tal productor. En efecto, hay varias resoluciones, tanto del TJUE como de nuestro Tribunal Supremo que diferencian, a efectos de legitimación pasiva, el concepto de distribuidor del de fabricante o importador, en el caso de empresas pertenecientes al mismo grupo, negando que sea de aplicación la doctrina del levantamiento del velo, si no existe abuso en la creación del grupo de empresas, ni la existencia de varias filiales ha sido buscada de propósito para inducir a confusión. Así ocurrió en el caso solventado en STS de 20 de julio de 2020 *(RJ* 2020, 2674) en el que al paciente demandante se le había implantado una prótesis de cadera defectuosa que fue retirada del mercado por la AEMPS, y tuvo que ser sustituida mediante otra intervención. Se demandó a la mercantil Johnson&Johnson S.A. que, en realidad, era la distribuidora en España, y a los cirujanos que la implantaron. En primera instancia se condena a la mercantil y se absuelve a los cirujanos. En segunda instancia la Audiencia absuelve también a la mercantil por falta de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo confirma dicha absolución pues la distribuidora demandada Johnson & Johnson S.A., aun siendo empresa del mismo grupo que la fabricante, sí cumplió su obligación de informar al demandante sobre la concreta identidad de la fabricante de las prótesis. Señala el Tribunal Supremo que debe respetarse el principio de personalidad de cada sociedad salvo que sea de aplicación el mecanismo excepcional del levantamiento del velo. Para valorar si el distribuidor puede responder como productor, siendo ambos del mismo grupo, habrá que valorar la existencia de vínculos suficientemente estrechos, situación que no se aprecia en el caso enjuiciado pues ambas empresas, fabricante (De Puy, no demandada) y distribuidora demandada, eran filiales de una misma matriz. Ahora bien, según establece la STJUE de 3 de diciembre de 2009 (TJCE 2009\366), responderá el distribuidor si se limita a señalar que él no es el productor, pues su obligación es comunicar al perjudicado, «por iniciativa propia y de forma diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador». El TJUE hace responsable al fabricante, pues, aunque tenga su domicilio en otro Estado, el derecho europeo provee de instrumentos para que el perjudicado demande y obtenga ejecución en el lugar de producción del daño.

Así ocurrió, en el ámbito interno, en el caso enjuiciado en STS de 21 de enero de 2020 *(RJ* 2020, 646). En este caso, a diferencia del enjuiciado en la STS antes expuesta de 20 de julio del mismo año, la distribuidora no había identificado suficientemente al fabricante. La perjudicada por la implantación de prótesis de cadera defectuosas demanda a la distribuidora de las prótesis en España, Johnson&Johnson S.A. El Tribunal Supremo le impone la responsabilidad por los daños causados por la prótesis defectuosa por no haber identificado a la fabricante, empresa del mismo grupo, siendo suficiente para apreciar este extremo con que a la víctima no le sea posible identificar al fabricante de una manera razonable. En el caso O'Byrne contra Sanofi Pasteur MSD Ltd. y Sanofi Pasteur S.A. enjuiciado en la sentencia de 9 de febrero de 2006 (TJCE 2006\34) el TJUE se remite a las normas procesales nacionales para determinar cómo puede hacerse la sustitución procesal cuando se demanda a una mercantil creyendo que es la fabricante, y resulta ser la distribuidora, siendo la responsable (fabricante) otra empresa.

Si el producto se ha fabricado en un país que no es miembro de la Unión Europea, debe ser demandado el importador en Europa, que no tiene por qué ser el importador en España, pues este último, sería, a efectos de la normativa de responsabilidad por producto, un distribuidor en España. Por ello, en el caso

enjuiciado en la STS de 9 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 1408), que hemos expuesto con anterioridad, sobre prótesis mamarias defectuosas, no se estima la demanda contra el importador en España, sino contra el importador del producto en Europa, la mercantil británica AEI Inc.

Otra cuestión íntimamente relacionada con la determinación del sujeto responsable, y sobre la cual se ha pronunciado el TJCE, es la atinente a cuándo se entiende que se ha puesto un producto en circulación. En el caso, planteado en Dinamarca, y analizado por la STJCE Caso Henning Veedfald contra Arhus Amtskommune, de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001\133), un riñón de donante, una vez extraído, fue irrigado para su preparación antes de la implantación, con un líquido de perfusión destinado a la preservación renal. Siendo defectuoso este líquido, el mismo obstruyó una arteriola del riñón, resultando este inutilizable. El líquido había sido fabricado en la farmacia de un hospital distinto a aquel en el que se estaba realizando la operación; pero el Ayuntamiento de Arhus, localidad en la que estaban sitos los centros sanitarios, era el titular de ambos. El paciente que esperaba el riñón que no pudo ser implantado ejercitó su acción de responsabilidad contra el Ayuntamiento y fue desestimada su pretensión al considerar el órgano judicial de primera instancia que los hospitales públicos no habían puesto el producto en circulación y que el mismo no se había fabricado con fines económicos. En su argumentación, añadía que, al haberse utilizado en el marco de la prestación de un servicio, el mismo no está sometido a la normativa de responsabilidad por productos defectuosos. El órgano de apelación interpela al TJCE acerca de las dudas que le suscita dicha argumentación y el TJCE confirma que el producto está sometido a la normativa de productos defectuosos ya que, por el hecho de haber sido empleado en el marco de una prestación médica concreta, puede afirmarse que «ha sido puesto en circulación». Además, el hecho de no haber sido fabricado con fines económicos, sino en el marco de un servicio público, no puede privar a estos productos de su carácter económico y profesional. De este modo, el TJCE deja claro que los productos sanitarios están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, incluso cuando el fabricante del producto es una Administración pública. En efecto, las Administraciones públicas, en tanto fabricantes de productos defectuosos, en nuestro caso, sanitarios, están sometidas a la Directiva 85/374.

Con posterioridad, la STJUE de 9 de febrero de 2006 (TJCE 2006\34) se ha pronunciado de nuevo sobre la relación entre sujeto responsable y puesta en circulación. En este caso se trataba de determinar si la puesta en circulación se produce cuando el fabricante entrega el producto a una distribuidora de su propio grupo, o bien cuando esta lo distribuye a los usuarios. El TJUE afirma que la puesta en circulación se produce cuando el producto «sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido». En el caso de que haya vinculación entre el fabricante y el distribuidor, hay que determinar si ese vínculo supone la implicación de la distribuidora en el proceso de fabricación, supuesto en el cual podrá considerarse como productor a efectos de determinar que el producto aún no ha sido puesto en circulación.

5. Asegurador del fabricante

En la medida en que fabricante, importador en la UE, o distribuidor sea responsable, puede ser demandado igualmente, por acción directa (art. 76 LCS),

su asegurador de responsabilidad empresarial. En relación con los fabricantes de medicamentos, el artículo 64.6 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios les exige contar con un seguro, aval o garantía financiera equivalente para responder de los daños sobre la salud derivados de problemas de seguridad de los medicamentos, en los términos que reglamentariamente se disponga. En el caso de los importadores de medicamentos, materias primas o productos sanitarios, el artículo 72 del mismo Texto les exige contar, en los mismos términos que los fabricantes, con un seguro, aval o garantía financiera equivalente para responder de los daños para la salud derivados de problemas de seguridad de los medicamentos, de acuerdo a lo que reglamentariamente se disponga. El desarrollo reglamentario de tales obligaciones de aseguramiento aún no se ha llevado a cabo. Tampoco lo ha sido el seguro previsto en el propio artículo 131 TRLGDCU que establece «*El Gobierno, previa audiencia de los interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por bienes o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales*».

A pesar de la falta de desarrollo reglamentario, es frecuente que las fabricantes e importadoras tengan suscrito dicho seguro. Veamos algunos pronunciamientos en relación con la aseguradora. Un problema que se ha suscitado es la oponibilidad al perjudicado de una cláusula contenida en la póliza en la que se se circunscribe la cobertura del seguro al ámbito espacial de un determinado país. Así ocurrió en el caso solventado en la STJUE de 11 de junio de 2020 (TJCE 2020\97). En el contrato de seguro de responsabilidad civil concertado entre la fabricante de unos implantes mamarios con silicona industrial, Poly Implant Prothèses SA (PIP) y la aseguradora AGF Allianz, se estableció una cláusula de limitación de responsabilidad a los daños originados en un Estado miembro, Francia, concretamente, que era el país en el que tenía su sede la fabricante. Se cuestiona el tribunal alemán que plantea la cuestión prejudicial, si aplicar tal cláusula de exclusión es contrario al artículo 18 TFUE según el cual, en el ámbito de aplicación de los Tratados, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. La demanda había sido entablada por una súbdita alemana contra la aseguradora. El TJUE considera que, al no existir obligación de seguro obligatorio en el Derecho derivado —sí existe esta obligación en el caso de realización de los ensayos clínicos y respecto a los organismos notificados—, no hay discriminación fundada en el artículo 18 cuando una cláusula de un contrato de seguro limita la cobertura a los daños ocasionados en el territorio de un único Estado miembro. Un caso similar, también en relación con las prótesis mamarias fabricadas por la misma empresa, se planteó en el supuesto solventado por la SAP de las Islas Baleares de 5 de noviembre de 2010 *(AC* 2010, 2090) en la que se había demandado a la aseguradora de la fabricante, AGF Allianz Group, existiendo limitación de responsabilidad a los siniestros ocurridos en el territorio francés que no se estimó, y se condenó, pues solo alegó la limitación con posterioridad a la contestación a la demanda.

Otros supuestos en los que se ha reclamado directamente a la aseguradora de la fabricante han tenido lugar precisamente en el ámbito del caso ALA OCTA en el que un centenar de personas sufrieron secuelas, normalmente pérdida de visión en el ojo operado, por la utilización de un gas durante la intervención a que fueron sometidos, por desprendimiento de retina. El producto sanitario empleado fue el gas C3F8, un perfluoroctano, que se emplea habitualmente para aplanar la retina desprendida a fin de que el líquido subretiniano salga por las roturas y reflotar

lentes y cristalinos de la cavidad vítrea[5]. Este producto sanitario, elaborado por la empresa alemana Alamedics, fue objeto de una alerta sanitaria por detectarse en algunos lotes elementos de toxicidad y existió orden de retirada inmediata el día 26 de junio de 2015 por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, dado el considerable número de afectados en el territorio español. Por otro lado, el referido producto sanitario había obtenido el sello o marchamo CE, otorgado por el Organismo Notificado[6] BSI Group, por lo que, de acuerdo la normativa comunitaria, dicho producto sanitario podía circular libremente en la Unión Europea, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la entonces vigente Directiva 93/42/CEE sobre productos sanitarios, estando esta cuestión regulada en la actualidad por el Reglamento antes citado UE 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios. Posteriormente, el 13 de noviembre de 2015, ALAMEDICS cesó completamente la fabricación y distribución del producto Ala Octa y procedió a la retirada de todos los lotes disponibles en el mercado a nivel europeo y mundial. También se retiró el certificado de mercado CE. La empresa fabricante, tras conocerse el escándalo, presentó concurso de acreedores en febrero de 2016 y desapareció[7]. Varias víctimas han demandado a los Hospitales, Centros de Salud y Sistemas públicos de salud en el ámbito de los cuales se realizaron las intervenciones, dada la situación de concurso de la empresa fabricante, por lo que se analizarán estas sentencias en el epígrafe siguiente. Pero en el ámbito civil, algunas víctimas han reclamado directamente contra la aseguradora de Alamedics, la alemana Allianz Versicherung.

Al respecto, hay dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid en las que se discutía la imposición de las costas en primera instancia, al haber sido desestimada la demanda por falta de legitimación pasiva, habiendo sido demandada la filial de Allianz en España (Allianz, Global Corporate & Speciality AG, Sucursal en España), en lugar de la alemana Allianz Versicherung (SSAP de Madrid de 6 de marzo de 2019 —*JUR* 2019, 118887 y 24 de julio de 2019 —*JUR* 2019, 253751) siendo esta última la auténtica aseguradora de Alamedics.

Posteriormente, habiendo sido demandada correctamente la mercantil Allianz Versicherung, han recaído varias sentencias que condenan a dicha mercantil, en calidad de aseguradora de la empresa fabricante Alamedics, en concurso, como hemos dicho, desde febrero de 2016. Así ocurre con la SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2019 *(AC* 2020, 426). El Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, en fecha 14 de mayo de 2019 dictó sentencia condenando a la aseguradora a abonar al demandante, víctima de la utilización del perfluoroctano, la cantidad de 307 808,5 euros, e intereses del artículo 20 LCS desde la interposición de la demanda. Las cuestiones por la que la aseguradora recurre en apelación son varias, y son objeto de enjuiciamiento en otras sentencias de Audiencia Provincial, con pronunciamientos similares; concretamente en las SAP de Madrid de 7 de mayo de 2020 *(JUR* 2020, 176435), en la SAP de Salamanca de 21 de junio de 2021 *(JUR* 2021, 282200), en la SAP de Madrid de 14 de marzo 2022 *(JUR* 2022, 170701) y de 25 de marzo de 2022 *(JUR* 2022, 246188).

La primera cuestión debatida es la relativa al límite máximo indemnizatorio pactado en la póliza de seguro de responsabilidad civil, entre la empresa Alamedics y la aseguradora. Según la cláusula 6.1 de la póliza, no se podía superar el importe de 3 millones de euros por siniestro; considerándose los daños provocados por un producto como un único siniestro (cláusula 6.3) de tal modo que, en caso de existir múltiples asegurados, si la reclamación supera el máximo, se deben satisfacer todas las indemnizaciones de forma proporcional. La Audiencia Provincial descarta la alegación por no haberse probado que la

aseguradora demandada haya superado el límite establecido con el abono de otras indemnizaciones.

Por otra parte, la aseguradora también alega la inexistencia de acción directa del perjudicado contra la aseguradora en el Derecho alemán, siendo desestimada la alegación por la Audiencia Provincial teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 18 del Reglamento 864/2007 sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y en la Directiva 85/374. Aduce la Audiencia Provincial que el Reglamento en su artículo 18 atribuye al perjudicado la acción directa si así lo dispone la Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual o bien la ley aplicable al contrato de seguro. Siendo la Ley aplicable la española (el artículo 4.1 del Reglamento establece que es el derecho del país donde se produce el daño) y concediendo esta la acción directa, no cabe duda de que esta acción puede ejercitarse (*vid.* en el mismo sentido SAP de Salamanca de 21 de junio de 2021 *(JUR* 2021, 28200).

Otra de las cuestiones controvertidas en estos pleitos era el plazo de prescripción de la acción. Según la aseguradora recurrente, el plazo aplicable debía ser el de 1 año; esto es, el establecido en el artículo 1968 del Código Civil; mientras que el juzgado tuvo en cuenta el plazo de prescripción de 3 años establecido en el artículo 143 TRLGDCU, que empieza a contarse desde que el perjudicado sufrió el perjuicio, bien por el defecto del producto bien por el daño que este le ocasionó, siempre que se conozca el responsable de dicho perjuicio. Siendo solidaria la responsabilidad de asegurado y asegurador de responsabilidad civil, considera el juez que no cabe que se extinga la responsabilidad del asegurador, en tanto se mantenga la del asegurado. La Audiencia Provincial confirma el criterio del juzgado en este sentido y, consideró *dies a quo* para el inicio del cómputo la fecha de emisión del informe del comité de expertos creado por la AEMPS para analizar cada caso en relación con el uso del producto sanitario; informe en el que se confirma la etiología del daño del demandante y su relación con el empleo del producto sanitario defectuoso.

Por último, se alegaba error en la valoración de la prueba al vincular la sentencia recurrida el daño sufrido por el demandante con la utilización del producto sanitario. Al respecto, la Audiencia mantiene la existencia de nexo causal a la vista de los informes y declaraciones periciales que no descartan dicha conexión causal, por más que la pérdida de visión del ojo intervenido pudiera tener otras causas.

El último motivo del recurso de apelación es la alegación de incongruencia omisiva pues no se pronunció el Juzgado sobre la alegación de la causa de exoneración «riesgos del desarrollo» pues el defecto del producto era indetectable de acuerdo con el estado de la técnica. La Audiencia Provincial indica al respecto que la parte debía haber solicitado «complemento» de la sentencia; pero, aun así, la alegación ha de desestimarse pues el daño no proviene del producto en sí mismo, sino de determinados lotes citotóxicos, por lo que estos lotes no cumplieron los requisitos de seguridad y calidad que el estado de la ciencia exigía. Así mismo, se impugna la cuantía indemnizatoria por la existencia de la previa ceguera del demandante, con anterioridad a la intervención, que, según la Audiencia Provincial, ha sido debidamente ponderada en la sentencia de primera instancia.

III. PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO: SISTEMA AUTONÓMICO DE SALUD, HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD PRIVADOS

En este epígrafe analizaremos la jurisprudencia recaída en torno a la posible responsabilidad del prestador de servicios sanitarios, cuando en la prestación de

dicho servicio ha utilizado productos sanitarios defectuosos. Nótese que abrimos un nuevo epígrafe después de haber hecho alusión, en el epígrafe anterior, a la responsabilidad del distribuidor, pues la situación de ambos es sustancialmente diferente. El distribuidor del producto tiene como finalidad la comercialización de un producto sanitario. En su virtud, celebra contratos de compraventa o suministro y está sometido a la normativa en materia de responsabilidad por productos, es decir, responde si distribuye el producto a sabiendas de su defecto o si no identifica al fabricante o importador en la UE; o bien, en virtud de la remisión contenida en el artículo 128 II, a la responsabilidad derivada del contrato de compraventa o suministro celebrado con el adquirente, o de las normas generales de responsabilidad por culpa.

La situación del prestador de servicios es diferente. Este no es un mero distribuidor; sino que es un usuario, por así decirlo, del producto defectuoso, por lo que tendrá las acciones derivadas de su contrato de compraventa o suministro contra el distribuidor; si bien, al no ser el destinatario final del producto, pues lo es un paciente, difícilmente podrá ejercitar las acciones derivadas del régimen de responsabilidad por productos contenidas en el TR. Ello, no porque no pueda ser perjudicado por el hecho de no ser un consumidor o usuario, pues es sabido que la responsabilidad por productos puede ser exigida por cualquier perjudicado. Más bien, por el hecho de que difícilmente podrá haber sufrido daños personales o muerte por el uso del producto defectuoso; o daños materiales que afecten a bienes o servicios destinados al uso privado, que son los únicos indemnizables conforme al régimen de responsabilidad por productos defectuosos (art. 129 TR). Al respecto, cabe señalar, eso sí, que la STJCE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009\157) permite que las legislaciones nacionales establezcan un régimen de responsabilidad por defecto respecto a los daños causados a los bienes de uso profesional.

Centrándonos ya en el prestador de servicios sanitarios, no como perjudicado por incorporar un producto sanitario defectuoso a la prestación de su servicio, sino como posible responsable frente al usuario o paciente del servicio, como decíamos, su situación es sensiblemente diferente a la del mero distribuidor. Es cierto que la Directiva 85/374 no se aplica a la prestación de servicios, y así lo ha dejado claro recientemente la STJUE de 10 de junio de 2021 (TJUE 2021\157) sobre responsabilidad por consejo que se da en periódico. Los intentos de armonizar la responsabilidad de los prestadores de servicios a nivel europeo han sido en vano, habiéndose optado por la armonización de la prestación de servicios en determinados sectores, no siendo uno de ellos el sanitario. Sin embargo, en los ordenamientos nacionales sí puede existir una regulación específica aplicable al prestador de servicios que sustraiga su responsabilidad del régimen general de la culpa y le haga responder por los casos fortuitos que puedan tener lugar en el ámbito de su actividad, en la medida en que se consideren riesgos típicos de su actividad empresarial, sin más (responsabilidad objetiva del empresario); o bien, le haga responder cuando el servicio pueda considerarse *defectuoso,* a pesar de que no haya concurrido culpa o negligencia por su parte. En nuestro Derecho no existe un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a la actividad empresarial, por lo que, salvo en el caso de sectores especialmente regulados, el empresario está sometido a un régimen de responsabilidad por culpa probada (art. 1902 CC); o presunta si la actividad es de riesgo extraordinario (doctrina jurisprudencial del riesgo), o bien, al régimen de responsabilidad por hecho de un empleado (art. 1903 CC).

Uno de esos regímenes especiales es el que afecta al prestador de servicios a consumidores y usuarios, regulado en el TRLGDCU cuyo artículo 128 establece

«*Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*», en relación con lo establecido en los artículos 147 y 148 del mismo Texto. El artículo 147 establece un régimen general de responsabilidad cuasi-objetiva para los prestadores de servicios, pues los mismos pueden exonerarse de responsabilidad probando «*que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*». Sin embargo, según el artículo 148 TR, si se trata de servicios, como ocurre en el caso de los servicios sanitarios que «*por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*» la responsabilidad es objetiva «por defecto». Las responsabilidades derivadas de este artículo tienen un límite de 3 005 060,52 euros.

Antes de analizar la responsabilidad del prestador de servicios hay que hacer una matización, excluyendo de lo que a continuación se diga sobre esta cuestión, al médico unido por relación laboral con el centro, aunque él sea el «prestador material del servicio». Veremos que son muchas las ocasiones en las que resulta demandado el médico que utilizó o implantó el producto sanitario defectuoso, pero muy pocas, por no decir ninguna, las ocasiones en las que ha sido condenado (V. las SSTS Sala Primera de 22 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 8618), STS de 15 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000, 8987) y 20 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 8591). Ello, conforme a doctrina consolidada del Tribunal Supremo, tanto de la Sala Primera como de la Sala Tercera, en virtud de la cual el médico debe haber incurrido en infracción de la *lex artis* para poder ser declarado responsable por los daños sufridos como consecuencia de un acto médico, y ello tanto si la medicina ejercida es la necesaria o curativa como la voluntaria o satisfactiva (*vid.* STS Sala Primera de 30 de noviembre de 2021 —RJ 2021,5665, o STS Sala Tercera de 20 de julio de 2011, *RJ* 2011, 6663). Es cierto que el médico es un profesional que, a efectos del TR es considerado empresario, pues su artículo 4 establece «*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*». Sin embargo, su responsabilidad está fundada en la culpa, y su actuación no está sometida a la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 148 TRLGDCU. Esta no se aplica a los actos médicos, solo a los centros hospitalarios, en sus aspectos funcionales u organizativos. En este sentido pueden verse STS de 5 de enero 2007 (*RJ* 2007, 552), STS de 22 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7135), 20 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3982), 3 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 4380) o 18 de julio de 2019 *(RJ* 2019, 3471). En virtud de ello es sumamente improbable que exista título de imputación cuando utiliza o implanta un producto sanitario defectuoso en las pruebas diagnósticas o de tratamiento, salvo que el defecto fuera fácilmente detectable o fuera conocedor del defecto, y, a pesar de ello emplease dicho producto. Sí podría responder por falta de información al paciente si el fabricante del producto sí le había informado a él de posibles efectos secundarios, y no en caso contrario (*vid.* STS de 20 de noviembre de 2009, *RJ* 2010, 138, y 11 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3384). Ahora bien, la misma conclusión que se adopte para los Centros médicos habrá que adoptar respecto al médico que es titular de una clínica privada, no en calidad de tal médico sino de empresario que presta

un servicio que pudiere considerarse defectuoso[8]; esto es, de titular de «una actividad organizada empresarialmente», que tiende a una prestación *masiva* del servicio, «en cuanto a potencialmente afectante a una pluralidad de personas»[9].

A continuación, y para examinar el régimen de responsabilidad del prestador de servicios sanitarios por los daños causados al emplear productos defectuosos, la primera pregunta que debemos hacernos es si el sistema establecido por el TR exige que, si el daño lo ha causado el producto defectuoso, la responsabilidad se dirima exclusivamente conforme a lo establecido en el capítulo I «Daños causados por productos» que atribuye la responsabilidad al fabricante o al importador, como regla general, de tal modo que solo responderá el suministrador cuando no pueda identificar a aquellos o distribuya el producto a sabiendas del carácter defectuoso del mismo (arts. 138 y 146 TR). De ser ello así, la responsabilidad del prestador de un servicio que emplea un producto sanitario defectuoso quedaría eliminada, si la prestación de su servicio no adolece de otra defectuosidad.

O bien, si es posible interpretar que, al dejar a salvo otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual, el artículo 128 permite que se utilicen conjuntamente las acciones del capítulo I —responsabilidad por productos— y del capítulo II —responsabilidad por servicios. De ser así, ambos, fabricante y prestador de servicios, podrían ser declarados responsables solidarios conforme a lo establecido en el artículo 132 según el cual «*Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño*»; lo cual determinaría, a la postre, una acción de regreso por el total de la indemnización abonada por el prestador de servicios, en caso de haber hecho frente a la misma, contra el fabricante.

1. Jurisprudencia del TJUE

Para analizar el Derecho de la Unión, hay que partir de la exposición de motivos de la Directiva 85/374 que permite aplicar otros regímenes de responsabilidad favorables al consumidor o usuario, ante la existencia daños causados por productos defectuosos, siempre que tengan otro fundamento, al señalar «*Considerando que, según los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el perjudicado puede tener un derecho al resarcimiento, basándose en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, distinto del que se contempla en esta Directiva; que, en la medida en que tales disposiciones van encaminadas igualmente a conseguir una protección efectiva de los consumidores, no deberían verse afectadas por la presente Directiva; que, en tanto que en un Estado miembro se haya logrado también la protección eficaz del consumidor en el sector de los productos farmacéuticos a través de un régimen especial de responsabilidad, deberían seguir siendo igualmente posibles las reclamaciones basadas en dicho régimen*». La jurisprudencia del TJUE ha sido, al menos inicialmente, muy restrictiva al valorar la posibilidad de demandar a otros sujetos diferentes al fabricante, salvo en caso de que concurran las excepciones en las que puede responder el distribuidor conforme a la Directiva. Así, en sentencia TJCE González Sánchez v. Medicina Asturiana S.A. de 25 de abril de 2002, (TJCE 2002\141) se dilucidaba si podía aplicarse el régimen establecido en los artículos 25 y siguientes de la antigua LGDCU (más protector pues evitaba al perjudicado tener que probar el defecto y le permitía dirigirse indistintamente contra productor o distribuidor), o bien era de aplicación

preferente la Ley de Productos Defectuosos de 1994 que transponía la Directiva. Se trataba de un caso de contagio de hepatitis C tras una transfusión. El TCE entendió que la posibilidad establecida en el artículo 13 de la Directiva, según el cual «*La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva*» no autorizaba la aplicación de un régimen de responsabilidad general contractual o extracontractual, más protector, si dicho régimen tenía el mismo fundamento que el establecido en la Directiva, y consideró que no podía aplicarse el Derecho contenido en la LGDCU. Nótese que lo discutido era si cabía eliminar la prueba del carácter defectuoso del debate, y no la responsabilidad del prestador de servicio, que es la cuestión que nos ocupa.

En la sentencia de 25 de abril de 2002, Comisión contra Francia (TJCE 2002\139) el TJCE declara que Francia ha incumplido las obligaciones que le corresponden, al transponer la Directiva, pues ha eliminado la franquicia de 500 euros en los daños materiales [*vid.* en este mismo sentido STJUE de 25 de abril de 2002, Comisión contra Grecia (TJCE 2002, 140)]; ha atribuido al suministrador la misma responsabilidad que al productor; y ha establecido que, para que el productor pueda acogerse a las cláusulas de exención de responsabilidad, debía probar que adoptó todas las medidas necesarias para prevenir el daño.

Otra sentencia digna de reseñar al respecto del problema que analizamos es la STJUE de 10 de enero de 2006, C-402/2003 Skov contra Bilka (TJCE 2006\3). Los demandantes habían consumido huevos en mal estado que les habían producido salmonelosis, producidos por Bilka y comercializados por Skov. La jurisprudencia danesa, con anterioridad a la adopción de la Directiva 85/374 establecía la responsabilidad del proveedor por suministrar un producto defectuoso. El TJUE, interpretando las consideraciones de la exposición de motivos de la Directiva, entiende que imponer la responsabilidad al proveedor le obligaría a suscribir un seguro que facilitaría las actuaciones judiciales al perjudicado, pero encarecería los productos e incrementaría el número de litigios de repetición. Concluye que la Directiva se opone a una norma nacional según la cual el proveedor debe asumir sin restricciones la responsabilidad objetiva del productor en la que incurriría con arreglo a la propia Directiva. Matiza, sin embargo, que el Derecho de la Unión no se opone a que una legislación haga responder al proveedor sin restricciones por la conducta culposa del propio proveedor o incluso del productor.

Pero el caso en el que más específicamente se analiza la responsabilidad del prestador de servicios sanitarios por el empleo de un producto defectuoso es el enjuiciado en la STJUE Centre Hospitalier Universitaire de Besançon contra Thomas Dutrueux, de 21 de diciembre de 2011 (TJCE 2011\423). El Sr. Carlos Manuel, quien entonces tenía 13 años de edad, sufrió, durante una intervención quirúrgica practicada el 3 de octubre de 2000 en el CHU de Besançon, quemaduras causadas por un defecto del sistema de regulación de la temperatura del colchón térmico sobre el que había sido colocado. El tribunal administrativo de Besançon condenó al CHU de Besançon, mediante sentencia de 27 de marzo de 2007, a indemnizar el daño ocasionado al Sr. Carlos Manuel mediante el pago de 9000 euros a favor de este, y de 5974,99 euros a favor de caja primaria de seguro de enfermedad del Jura. Dado que el recurso interpuesto contra dicha sentencia fue desestimado por la corte administrativa de apelación de Nancy en su sentencia de 26 de febrero de 2009, el CHU de Besançon interpuso recurso de casación contra esa última resolución ante el Consejo de Estado. El CHU de Besançon sostuvo que se infringió la Directiva 85/374, concretamente su artícu-

lo 13, al resolver que dicha Directiva no se oponía a la aplicación del principio jurisprudencial según el cual el servicio hospitalario público es responsable, aun cuando no exista culpa por su parte, de los perjuicios derivados para los usuarios del fallo de los productos y aparatos que utiliza en el marco de la asistencia sanitaria que presta.

Se pregunta al TJUE por parte del órgano de casación francés si el régimen de la Directiva 85/374 permite imputar responsabilidad al prestador de servicios por la utilización de un producto defectuoso, cuando la propia Directiva ciñe la responsabilidad al fabricante o importador, salvo las excepciones consabidas en las que puede responder el distribuidor (no identifica al fabricante o importador, o actúa a sabiendas del defecto). El Tribunal responde que un prestador de servicios que utiliza, en el marco de una prestación de servicios como la atención sanitaria prestada en un hospital, aparatos o productos defectuosos de los que no es el productor, y causa, por ese motivo, perjuicios al beneficiario de la prestación, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. En consecuencia, la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca —siquiera por interpretación jurisprudencial— un régimen, como aquel sobre el que versa el litigio principal, que prevé que tal prestador de servicios incurre en responsabilidad por los daños así ocasionados, incluso cuando no se le pueda imputar ningún tipo de culpa; siempre que, no obstante, se reconozca a quien sufrió el daño y/o a dicho prestador de servicios la facultad de exigir la responsabilidad del productor basándose en dicha Directiva cuando se cumplen los requisitos que esta establece.

Según el TJUE, el régimen armonizado de responsabilidad civil por productos pretende garantizar una competencia no falseada entre los operadores económicos, facilitar la libre circulación de mercancías y evitar que existan diferentes grados de protección a los consumidores. A ese fin, la Directiva define el concepto de «productor» y elige, de entre los profesionales que participan en el proceso de fabricación y comercialización, aquel que deberá asumir la responsabilidad. Sin embargo, la Directiva no se ocupa de la responsabilidad del usuario de un producto, que lo emplea en la prestación de servicios sanitarios a un tercero. Este régimen de responsabilidad no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, y por ello es posible que un Estado establezca una regulación específica al respecto. Ello no afecta a la efectividad del régimen establecido en la Directiva ni a los objetivos de la Unión. La Directiva no regula la responsabilidad por prestación de servicios, y la regulación de esta por los Estados nacionales no puede afectar al régimen establecido en la Directiva. La actividad de los productores, importadores y de los distribuidores es distinta del que adquiere bienes para utilizarlos en los servicios que presta a terceras personas y su responsabilidad no puede equipararse a la de aquellos. En definitiva, los Estados pueden regular el alcance de esta responsabilidad, pues ello mejora el régimen de protección de los consumidores. Ahora bien, esta responsabilidad no puede impedir que el productor responda conforme a la Directiva. En virtud de ello, un Estado puede establecer un régimen de responsabilidad, incluso objetiva, por los daños causados por la prestación de un servicio; siempre que, además, se reconozca al perjudicado o al propio prestador la facultad de exigir responsabilidad al productor conforme a la Directiva.

La pelota está, pues, en el tejado del legislador interno. No hay inconveniente por parte del Derecho de la Unión al respecto. El estudio de la jurisprudencia nos indicará si, en el ámbito de la responsabilidad objetiva atribuida al prestador de servicios sanitarios en el artículo 148 TRLGDCU, está cubierta la responsa-

bilidad por hecho de tercero, esto es, si la responsabilidad del productor es una «causa de exoneración» de la responsabilidad objetiva del prestador de servicios sanitarios o si no lo es.

2. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Encontramos varias resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo responsabilizando al prestador de servicios por utilización de productos sanitarios defectuosos, si bien, en aplicación de la normativa anterior a la vigencia de la Ley de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 1994. Concretamente, en materia de responsabilidad por contagios por sangre contaminada. Aunque la sangre es considerada como un medicamento, ya hemos señalado que tiene una particularidad, y es que no es «fabricada» por un productor, sino que es un producto del cuerpo humano. La responsabilidad podrá tener su origen en el incumplimiento del protocolo de selección de donantes y de realización de pruebas para detectar la presencia de microorganismos que producen infecciones como la hepatitis vírica, el sida, el virus Zika, el virus del Oeste del Nilo, la enfermedad de Chagas y la sífilis; esto es, en un defecto en el proceso de detección del microorganismo. Parece que, más que un caso de responsabilidad por producto fundado en el defecto (de diseño, de fabricación, o de información), nos encontramos ante un régimen de responsabilidad por culpa.

En cualquier caso, resultan interesantes los pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo, en la medida en que quien suministra el producto, no necesariamente ha sido el encargado del proceso de análisis antes aludido, aunque en muchas ocasiones sí lo es. En el primer supuesto, los problemas que se plantean son similares a los que tienen lugar en caso de utilización de productos sanitarios defectuosos, fabricados por terceros. Se trata, en muchas ocasiones, de sentencias dictadas en un momento en el que la jurisdicción civil era competente para conocer de las demandas contra la Administración pública.

En el caso enjuiciado en la STS de 18 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 1240) ejercitada por el paciente una acción de responsabilidad extracontractual, se condena a la Administración sanitaria de Cataluña por responsabilidad contractual; aplicando el criterio de la unidad de la culpa civil, por contagio a un paciente con los virus VHC y VIH cuando aún no eran obligatorias las pruebas para detectar la presencia de tales virus. La condena se funda en el hecho de que ya se sabía que tales virus se contagiaban por vía parenteral. Al no existir riesgo vital, considera el Tribunal Supremo que se debía haber evitado la transfusión; o al menos, haber informado al paciente suficientemente de los riesgos, a fin de que hubiera prestado su consentimiento informado correctamente. También, en otro caso de contaminación por VIH, en la STS de 11 de febrero de 1998 *(RJ* 1998, 707), el Tribunal Supremo condena al Insalud al no haberse acreditado que la paciente perteneciera a algún grupo de riesgo. En el momento en que se realizaron las transfusiones se conocía la existencia del virus y el modo de transmisión, aunque solo en un momento posterior una norma exigiera el análisis. Se condena por omisión de la diligencia debida, pero se aduce también la vigencia del artículo 28 LGDCU. Similares pronunciamientos encontramos en la STS de 9 de marzo de 1999 *(RJ* 1999, 1368) en la que, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en contra del criterio del Juzgado de Primera Instancia, se condena al Insalud a pesar de que el contagio se produjo antes de que las pruebas de detección comenzaran a ser exigibles, pues ya desde

antes de la transfusión se conocían los riesgos de contagio de la hepatitis C. El Tribunal Supremo condenó en aplicación del artículo 1902 del Código Civil pero, a mayor abundamiento, la sentencia invoca los artículos 25, 26 y 28 LGDCU. En sentido similar encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1999 *(RJ* 1999, 9752) en la se había transfundido sangre contaminada con VIH a una paciente a la que se practicó una histerectomía. El Tribunal Supremo condena al Servicio Andaluz de Salud por aplicación de los artículos 25, 26 y 28 de la LGDCU de 1984, en virtud de los argumentos antes expuestos.

En relación con una condena a la sanidad privada encontramos la STS de 17 de octubre de 2001 *(RJ* 2001, 8741). Se reclaman los daños causados por el contagio del virus del SIDA por transfusión posterior a cesárea, sin haber utilizado soluciones alternativas ni haber informado a la paciente de los riesgos. Se demandó a Adeslas, Cruz Roja Española, que era quien suministró la sangre contaminada y al Centro Médico Sant Jordi de Sant Andreu, condenándose solo al centro médico donde se realizó la transfusión. En la STS de 15 de noviembre de 2004 *(RJ* 2004, 7233) la paciente, contagiada de hepatitis vírica, demandó a una Mutualidad de Previsión Social por los daños causados por el contagio, obteniendo 9000 euros mediante una transacción. La Mutualidad ejercita acción de repetición contra Cruz Roja, que es la entidad que le suministró la sangre contaminada, alegando, entre otras cuestiones, infracción por indebida aplicación del artículo 1902 del Código Civil; pues la relación existente entre ambas era contractual. El Tribunal Supremo mantiene la condena a la entidad Cruz Roja con base en los artículos 1902 y 27 y 28 LGDCU, por no haberse realizado los controles y pruebas necesarias con la rigurosidad y contundencia precisas. En la STS de 15 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 7125), los padres del paciente, en su representación, habían demandado a la Administración sanitaria por contagio del virus de la hepatitis y habían sido indemnizados con 20 000 euros. En vía civil, a continuación, demandan al laboratorio que preparó el producto farmacéutico Gammagard. El Tribunal Supremo desestima el recurso del paciente considerando que debían haber combatido mediante los recursos oportunos la cuantificación de los daños ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues aunque se reclame ante personas distintas no se permite duplicidad de indemnizaciones por unos mismos hechos. También apreció prescripción de la acción.

Posteriormente, confirma la absolución de las farmacéuticas demandadas por la fabricación de hemoderivados que habían producido contagio de hepatitis C a hemofílicos la STS de 21 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3871) recaída en un pleito en el que se acumularon las acciones de 109 afectados. Consideró el Tribunal Supremo que era inevitable el contagio; pues, aunque se conocía dicha posibilidad, no era posible detectarlo hasta que se comenzaron a aplicar las técnicas de inactividad viral; habiéndose aplicado los criterios de selección de donantes y marcadores indirectos de hepatitis, así como las técnicas de inactivación viral que iban apareciendo en la investigación científica. Se aplica por el Tribunal Supremo tanto el artículo 1902 del Código Civil como la LGDCU de 1984 y la causa de exoneración de «riesgos del desarrollo», sin mencionarla expresamente.

Dejando a un lado los casos de contagio, la STS de 24 de septiembre de 1999 *(RJ* 1999, 7272) conoce de un caso de responsabilidad civil por implantación de DIU defectuoso. La actora, fundándose en el artículo 1902 del Código Civil ejercitó acción civil contra la Diputación Provincial de Valencia, —en uno de cuyos centros de planificación familiar se había implantado un DIU defectuoso— y la Compañía DIU, que fue declarada en rebeldía. Como consecuencia del carácter defectuoso del dispositivo, quedó embarazada. Reclamaba daños morales y daños materiales,

pérdida de ingresos por el embarazo y pérdidas patrimoniales futuras. El juez de Primera Instancia condenó solo a la compañía DIU. Recurre la demandante y en apelación resulta condenada también la Diputación de Valencia. Recurre en casación la Diputación de Valencia por incongruencia, alegando que la actora había invocado el artículo 1902 del Código Civil y la sentencia condenatoria se había fundado en la aplicación de la Ley de consumidores de 1984. El Tribunal Supremo confirma la condena a la Diputación que funda en la culpa al no haber supervisado el dispositivo; y afirma que, siendo aplicables los artículos 27 y 28 de la LGDCU a los servicios sanitarios, ello no obsta a invocar el artículo 1902 cuando concurre culpa, como en este caso. Se trataría, de haber estado en vigor, de un caso de aplicación del actual artículo 133 TR que recoge la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, a pesar de la intervención de tercero, siendo tercero en este caso el fabricante.

En la STS de 22 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 8618) se produjo una rotura de catéter, caso en el que la perjudicada demandó al médico que lo utilizó, a Abbott Laboratories SA, fabricante del producto, así como al Insalud. Tras el parto se le retiró un catéter que quedó seccionado y una parte de 4 cm de longitud terminó alojado en la arteria pulmonar, sin que fuera posible su extracción. No se apreció nexo de causalidad entre la actuación del médico o del fabricante y sí responsabilidad hospitalaria objetiva al amparo de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil y los artículos 26 y 28 LGDCU. Desde el punto de vista de la prescripción, se señaló que se trataba de un daño continuado, en la medida en que el catéter seguía en el cuerpo de la paciente. En el caso enjuiciado en la STS de 15 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000, 8987) se produjo igualmente una rotura de catéter en preoperatorio que se alojó en la arteria pulmonar del paciente. Este demandó a los médicos, a los fabricantes del catéter (también Abbott Laboratories SA), a la Tesorería de la SS, al Insalud y al Servicio Galego de Saude. El Juzgado de Primera Instancia condenó al fabricante, pronunciamiento que se confirma en la Audiencia y en el Tribunal Supremo con apoyatura en los artículos 26 LGDCU y 1902 del Código Civil, aplicando como argumento la inversión de la carga de la prueba acerca de la inexistencia del defecto en el catéter.

En relación con los casos de prótesis mamarias defectuosas, la STS de 15 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 583), conoce de una demanda colectiva ejercitada por la Asociación de Consumidores y Usuarios de las Islas Baleares sobre nulidad de contrato y, subsidiariamente, de resolución de arrendamiento con suministro de producto; así como de indemnización de daños, contra la clínica Dorsia. La demanda es desestimada en ambas instancias y también el recurso de casación. El médico recurre, pues había sido condenado en virtud de la antigua doctrina según la cual las operaciones estéticas comprenden una obligación de resultado y es absuelto. No se aprecia incumplimiento alguno por parte de la clínica, entendiendo el Tribunal Supremo que la demanda debió dirigirse contra los verdaderos responsables en virtud de lo establecido en el TRLGDCU; esto es, el fabricante.

En sentido similar, en el caso enjuiciado por la STS de 28 de junio de 2021 *(RJ* 2021, 3016) la clínica Dorsia resultó condenada en primera instancia a abonar los daños causados por la implantación de unas prótesis defectuosas que se rompieron. Insta la demanda la perjudicada ejercitando una acción de responsabilidad contractual, invocando los artículos 1124, 1101 y 1106 del Código Civil. El juzgado condenó considerando incumplido un deber de vigilancia de que el producto fuera de la calidad adecuada. La Audiencia estima el recurso de la clínica al entender que esta no incumplió deber alguno pues las prótesis contaban con el marchamo CE y en el momento de la implantación no existía

alerta sanitaria alguna al respecto, siendo tales consideraciones aceptadas por el Tribunal Supremo .

En definitiva puede afirmarse que, si bien en un primer momento, bajo la vigencia de la antigua LGDCU, el Tribunal Supremo imputaba responsabilidad a la prestadora del servicio médico; la jurisprudencia más reciente, desde la STS de 15 de febrero de 2017 *(RJ* 2017, 583), considera que debe responder el fabricante y no el prestador del servicio, por más que, en los casos enjuiciados, no se ha reclamado la indemnización al prestador del servicio en virtud de lo establecido en el artículo 148 TRLGDCU, sino en base a su responsabilidad contractual por incumplimiento.

3. Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Puesto que este comentario jurisprudencial fue impulsado por el estímulo que me generó la lectura de las sentencias sobre el caso Ala Octa, comenzaremos ilustrando cual es la posición de la Sala Tercera sobre la responsabilidad del prestador sanitario «Administración pública», comentando el caso enjuiciado en una de las sentencias de la Sala Tercera que se ocupa de este caso, que fue la última promulgada cuando empecé este trabajo, la STS (Sala Tercera) de 23 de febrero de 2022 (*RJ* 2022, 1107); si bien el caso ha sido objeto de enjuiciamientos previos [a saber SSTS de 21 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 5615), 21 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 151), 28 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 563), 9 de junio de 2021 (*RJ* 2021, 3188), 17 de noviembre de 2021 (*RJ* 2021, 5652), 1 de diciembre de 2021 (*RJ* 2021, 5490)]. Pero también posteriores, pues estando en preparación este trabajo se han promulgado las SSTS de 3 de marzo de 2022 (*RJ* 2022, 1064), de 6 de octubre de 2022 (*JUR* 2022, 329734), que reiteran la misma doctrina.

El demandante, en el caso enjuiciado en esta concreta sentencia de 23 de febrero de 2022 *(RJ* 2022, 1107), fue intervenido por desprendimiento de retina en el ojo derecho el día 4 de noviembre de 2014, en el Hospital Río Hortega de Valladolid. En dicha intervención se utilizó un lote de perfluoroctano que resultó tóxico; aunque en la hoja de protocolo quirúrgico no figuraba ni la marca (Alamedics suministraba PFCL a distintos distribuidores comerciales) ni el número de lote, a pesar de que el producto llevaba una etiqueta adhesiva para pegar en la hoja de la historia médica. El paciente perdió la visión en el ojo derecho tras la intervención, como consecuencia de la utilización del producto, y formuló reclamación por responsabilidad patrimonial por actividad sanitaria ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, el 29 de diciembre de 2015. La reclamación fue desestimada. A continuación, impugna dicha desestimación mediante recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid). Se ejercita la acción, exclusivamente, contra la Consejería de Sanidad de Castilla y León; si bien se personaron en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LJCA, que exige la notificación del mismo a los que aparezcan como interesados en el expediente cuya resolución se recurre, por si desean personarse; la empresa distribuidora del producto WM BLOSS S.A, el productor ALAMEDICS GMBH y la aseguradora del SACYL, Mapfre. La empresa ALAMEDICS GMBH se declaró insolvente, habiéndose incoado el procedimiento de quiebra en febrero de 2016. Se personó en el procedimiento el abogado nombrado administrador judicial de esa quiebra, que manifestó que las pretensiones habrían de ser tratadas como demandas de insolvencia, sobre las que tendrían competencia los tribunales alemanes.

Se alegaba por el recurrente que, a pesar de que también pudiera considerarse responsable la fabricante del producto, la Administración sanitaria autonómica debía responder al haberse «integrado de un modo esencial en el funcionamiento del servicio sanitario, por su aplicación en la intervención quirúrgica». Entiende el recurrente que hay dos títulos de responsabilidad concurrentes y diferentes, la del fabricante por el carácter defectuoso del producto, y la de la Administración que, con arreglo al artículo 43 CE es garante competencial del derecho a la salud. Se trataría, en definitiva, del daño causado en el seno de una relación entre un beneficiario de un servicio público y la entidad que lo presta, sin perjuicio de la acción de repetición de la Administración contra el fabricante, pues se trata de un supuesto de solidaridad impropia.

La letrada de la comunidad autónoma, si bien no discutió la toxicidad de los lotes a que se refiere la Agencia Española del Medicamento, ni de los analizados en el informe de IOBA (Instituto Universitario de Oftalmobiología Aplicada) incorporado a las actuaciones, afirmó que no se había probado que se hubiere utilizado el producto sanitario en cuestión (perfluoroctano ALA OCTA) en la intervención, ni que el utilizado perteneciera concretamente a uno de los lotes tóxicos. Añadió que en la intervención se siguió el protocolo establecido para las intervenciones por desprendimiento de retina y que esta se produjo antes de la retirada del producto por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Por otro lado, según la letrada, cabía dudar de que la pérdida de visión en el ojo operado se hubiera producido por el producto sanitario pues según la nota informativa de la AEMPS 20/2015, para que la pérdida de visión fuera atribuible al producto sanitario, había de producirse de forma inmediata a la cirugía, pues la necrosis de la retina y atrofia del nervio óptico se observan al mes de la intervención. Y ello no ocurrió en este caso hasta cuatro meses después. Añade que aun en caso de que el daño fuera debido a la utilización del producto, la reclamación debería dirigirse contra el fabricante del producto y el distribuidor en España.

La Aseguradora Mapfre se opone igualmente alegando que la pérdida de visión no se produjo de forma inmediata a la operación, ni consta que se sufriese necrosis de retina, habiendo aparecido la atrofia del nervio óptico a los 4 meses de la intervención. Se opone, igualmente, a la fijación del quantum indemnizatorio de la demanda, si bien, esta cuestión no será analizada en este trabajo, pues nos centraremos en la cuestión del título de imputación.

Respecto a la mercantil WM BLOSS S.A, distribuidora del producto en España, alega, por un lado, que la demandante no dirige la acción contra ella. Además, sostiene la falta de relación causal entre la utilización del producto y el resultado y, en su caso, deriva la responsabilidad hacia Alamedics y su aseguradora Allianz Versicherung, como productora.

También se personó, como se indicó, la propia fabricante, Alamedics GMBH & CO.K.G, que se opuso a la demanda alegando que no fue en realidad demandada; pero además, niega relación de causalidad entre los daños y la utilización del producto, al entender que no está probada la utilización del producto en la cirugía, ya que en la época en que se realizó la intervención se utilizaban 3 marcas de PFCL en el Hospital, además de que no se identifica el lote. Se alega la causa de exoneración de riesgos del desarrollo y que el fabricante cumplió con los requisitos exigidos por la legislación comunitaria y española al poner el producto en circulación.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) mediante sentencia de 18 de enero de 2021 *(JUR* 2021, 92684) estima el recurso interpuesto por

el paciente. En primer lugar recoge la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, siendo requisitos para poder declarar la misma: a) existencia de una lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que sea antijurídica, esto es, que no tenga obligación de soportar, y que sea real y efectiva, individualizable, en relación a una persona o grupo de personas, y susceptible de valoración económica; b) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, c) que exista una relación de causa efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor. A pesar de que en los casos de responsabilidad sanitaria el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina fundada en el incumplimiento de la *lex artis,* para diferenciar los casos en los que debe indemnizarse o no a los pacientes, tal doctrina no es de aplicación a este caso. El Tribunal Superior de Justicia afirma que, en este supuesto, la responsabilidad es objetiva, de tal modo que no hay que valorar la antijuridicidad del proceder de la Administración, sino el resultado antijurídico; esto es, el que el perjudicado no tenga el deber de soportar el daño. No se cuestiona que la actuación de la Administración fuese correcta, sino si la Administración debe responder «de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización» habiendo sido previamente autorizada por la AEMPS.

El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso intrepuesto contra la Administración sanitaria analizando los siguientes aspectos:

1. Examen de la relación causal entre el funcionamiento del servicio sanitario y las secuelas del recurrente.
2. Cuestión sustantiva relativa a si la Administración responde por las secuelas causadas por un producto defectuoso, habiéndose probado la relación de causalidad.
3. Cuantía indemnizatoria.

Como hemos adelantado, dado el objeto de este comentario, nos centraremos en las cuestiones 1 y 2. En lo atinente al nexo causal, el Tribunal Superior de Justicia expone que, según los informes de toxicidad, en el momento de la intervención se utilizaba ALA OCTA para el tipo de intervenciones a que fue sometido el recurrente, junto con otras dos marcas de PFC. Examinada la toxicidad de los lotes de ALA OCTA empleados en el Hospital donde se realizó la intervención, esta era de entre un 41% y un 47%, cuando los lotes que dieron lugar a la alerta sanitaria presentaban una toxicidad del 99%. Llega a la conclusión de que existe relación de causalidad entre la utilización del producto y la pérdida de visión del recurrente empleando los siguientes argumentos:

A) Aplica el principio de facilidad probatoria: era la Administración la que debía probar que no se utilizó el producto en cuestión, y no lo ha hecho porque no se consignó la marca ni el lote en la historia clínica, y eso no puede perjudicar al recurrente.

B) Siendo uno de los síntomas que presentó el recurrente tras la intervención la atrofia del nervio óptico, compatible con los efectos de la toxicidad del producto descritos por la AEMPS, correspondía a la Administración probar la causa de dicha atrofia y que no era debida al empleo de dicho producto. A pesar de que el recurrente presentaba un desprendimiento de más de dos semanas y no quiso operarse de inmediato; lo cual empeoraba su pronóstico, y presentaba

picos de hipertensión que podían haber influido en el resultado de la intervención, y a pesar de que no presentaba otros síntomas anudados a la utilización del producto —alegaciones contenidas en el informe del perito de la parte demandada— entiende el Tribunal Superior de Justicia que no se ha probado que las causas en la esfera de la víctima aludidas sean las desencadenantes de la pérdida de visión. Tampoco el hecho de que las secuelas no se hayan producido de manera inmediata demuestra otra etiología, pues el índice de toxicidad de los lotes que han producido la alerta era del 99%, mientras que en este caso el índice era del 41 al 47%, lo cual puede influir en que las secuelas se presenten en un momento posterior o sean de menor intensidad, tal y como se desprende del informe del perito judicial. A la vista de todo ello, considera el Tribunal Superior de Justicia que es altamente probable que la pérdida de visión del ojo derecho se haya producido como consecuencia del empleo del producto sanitario defectuoso.

En relación con la responsabilidad objetiva de la Administración por la utilización de un producto defectuoso, en primer lugar, aduce la línea jurisprudencial mayoritaria en los Tribunales Superiores de Justicia, que es estimatoria de las pretensiones, en las sentencias recaídas también con ocasión del caso Ala Octa. Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en sentencia de 20 de diciembre de 2019 (*RJ* 2020, 81810), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) considera que es la Administración la que debe responder por el daño antijurídico (que no tiene el deber de soportar el paciente) ya que él no intervino en la elección del producto, por lo que es ajeno a su utilización: «El demandante no era un usuario o consumidor de un determinado producto, sino un paciente de la sanidad pública, ignorante por ello y ajeno a la utilización de un producto»… «al criterio médico de utilización de un producto para la realización de una vitrectomía se une el de elección del concreto producto, realizado por determinado fabricante. Por tanto no tiene el paciente que dirigirse frente a un tercero del que no ha demandado servicio alguno, sino contra la Administración.…» «No puede exigirse al usuario de un servicio público sanitario que conozca el producto que ha sido utilizado en un concreto acto médico… El servicio se ha prestado por la Administración, y a ella corresponde responder frente al paciente». Añade que no puede alegarse la causa de exoneración de riesgos del desarrollo puesto que el producto no es defectuoso en sí, sino determinados lotes.

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), que estimó el recurso del paciente, —aunque disminuyó la cuantía indemnizatoria solicitada teniendo en cuenta la aplicación del baremo y el hecho de que previamente a la intervención el recurrente ya tenía la agudeza visual mermada por la enfermedad— se alza la comunidad autónoma de Castilla y León y su aseguradora Mapfre. La sentencia del Tribunal Supremo es estimatoria del recurso y niega la responsabilidad de la Administración por el empleo durante una intervención quirúrgica, de un producto sanitario defectuoso.

En el recurso de casación se alega por la letrada de la comunidad autónoma infracción de los artículos 135 a 138 del TRLGDCU, de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley del Medicamento y del artículo 7 del RD 1275/2011 de 16 de septiembre por el que se crea la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Considera el recurrente que, en todo caso, la responsabilidad ha de ser del fabricante, o bien de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios

La parte recurrente alega la existencia de un consolidado cuerpo de doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre este mismo caso, a que antes hemos hecho alusión. Pero también, curiosamente, lo admite la

propia parte recurrida y solicita que se resuelva el recurso conforme al criterio establecido en dichas sentencias —a pesar de que ello conlleva la desestimación de su pretensión. De ese modo contará con un *dies a quo* para ejercitar la demanda contra el fabricante o la AEMPS, según establece la propia sentencia, como veremos.

Según el Tribunal Supremo, la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública ha dejado de ser un asunto interno para convertirse en instrumento de compensación de perjuicios que está gobernado por la normativa y jurisprudencia de la UE. Puede decirse que la responsabilidad patrimonial no es una responsabilidad fundada en la culpa, sino en el principio de que, si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar a todos los ciudadanos, no es razonable que, si con su actividad causa un daño a un ciudadano concreto, este sea el único que deba pechar con las consecuencias, sino que lo razonable es que el daño se distribuya entre todos los ciudadanos que son los que se benefician de dicha actuación. Se asienta así en un principio de solidaridad colectiva y «de superación de planteamientos subjetivistas basados en la culpa individual del agente productor material del daño, poniendo el centro de atención en la persona de la víctima a la que la comunidad no puede dejar desamparada en aquellos supuestos en los que el perjuicio sufrido proviene del desarrollo de actividades y del funcionamiento de servicios públicos de los que la comunidad misma, en su conjunto, y no los individuos aisladamente considerados, es beneficiaria».

Sin embargo, según el Tribunal Supremo, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración es susceptible de matizaciones cuando se trata de sectores especiales, como ocurre en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, alejándola de una concepción de la misma como «aseguradora universal de todos los riesgos». Cita, en este sentido, sentencias como la de 29 de junio de 2010 *(RJ* 2010, 5952) en la que se resalta la importancia de la observancia o inobservancia de la *lex artis* de los profesionales y la consideración de la actividad médica como obligación de medios, a la hora de valorar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. No cabe apreciar, pues, una responsabilidad que se derive sin más de la producción de un resultado dañoso.

También aborda el Tribunal Supremo la cuestión de la aplicabilidad de la responsabilidad por servicio defectuoso proclamada en el artículo 148 TRLGDCU y considera que no es aplicable al caso pues solo lo es en relación con los aspectos funcionales del servicio, pero no en relación con el acto médico en sí, el cual se rige por criterios de imputación subjetiva. No cabe pues imputar a la Administración sanitaria la responsabilidad por los daños causados por «el riesgo creado por la utilización del gas que ha resultado tóxico» que es un argumento que no utiliza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, pero sí otras sentencias estimatorias de Tribunales Superiores de Justicia. En definitiva, el Tribunal Supremo estima el recurso de la Administración autonómica negando la responsabilidad de la Administración pues considera que se está reclamando responsabilidad derivada de un acto médico y que esta responsabilidad es por culpa. No concurriendo infracción de *lex artis* alguna en este supuesto, no cabe exigir responsabilidad a la Administración. Añade que el TRLGDCU considera al gas un producto (art. 136) y dicho Texto imputa la responsabilidad al fabricante y, en su caso, al distribuidor, que se encuentran perfectamente identificados. Por este motivo, señala, no puede considerarse como proveedor a la Administración sanitaria autonómica.

Añade que tampoco puede ser responsabilizada la Administración por el riesgo creado al utilizar un gas tóxico pues la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde exclusivamente a la

AEMPS. No puede hacerse derivar la responsabilidad del Servicio de salud de la concertación de un contrato de suministro, sino que la misma debe imputarse al fabricante por el carácter defectuoso del producto y a la AEMPS por el deficiente control ejercido sobre el producto. La sentencia termina remitiendo a la víctima a reclamar ante la empresa fabricante, ante la distribuidora, o ante la AEMPS, en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia[10].

En realidad, en esta sentencia se reproducen literalmente argumentos de la STS (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2020 *(RJ* 2020, 5616) que fue la primera que rechazó la responsabilidad de la Administración sanitaria cántabra por la utilización del producto. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria había estimado el recurso interpuesto por la víctima contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3 de Santander, apreciando responsabilidad de la Administración sanitaria autonómica al amparo de lo establecido en el artículo 148 TRLGDCU según el cual, «*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*»; siendo los servicios sanitarios uno de los sometidos a este régimen por mor de la especificación al respecto contenida en el párrafo II de dicho precepto, y aludiendo a la responsabilidad por el riesgo creado por el uso de un producto como el gas que ha resultado tóxico.

Esta es pues, la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo, Sala Tercera, en el caso Ala Octa, frente a la postura mantenida por numerosas sentencias procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia, favorables a declarar la responsabilidad de la Administración sanitaria. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 289583), sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 6094), STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2019 (*JUR* 2020, 50936), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de diciembre de 2019 (*RJ* 2020, 81810), así como otras sentencias del propio Tribunal Superior de Justicia (Valladolid), como la de 18 de enero de 2021 (*JUR* 2021, 92490), o del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 203897). En sentido desestimatorio, sin embargo, encontramos otro buen número de sentencias como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sta. Cruz de Tenerife) de 20 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 230306), 3 de diciembre de 2019 1 de abril de 2020 (*JUR* 283551) 22 de julio de 2020 (*JUR* 2020, 315408), o la STSJ Andalucía (Sevilla) 11 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 197946).

Sin embargo, en otras sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el pasado, el criterio era diferente. Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado en sentencia de 6 de febrero de 1996 *(RJ* 1996, 989) se produjo el contagio del sida a un paciente al que durante una intervención se le transfundió un hemofactor contaminado fabricado por «Laboratorios Grifols». El Tribunal Supremo consideró que el Servicio de salud andaluz debía responder por responsabilidad objetiva al amparo del antiguo artículo 40 LRJAP. O, más recientemente, y sin que la vacuna inoculada fuera defectuosa, podemos mencionar el caso enjuiciado en STS de 9 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 10199), en el que el paciente sufrió una reacción adversa a la vacuna que le generó el síndrome de Guillain-Barré que se manifiesta como «una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartido por el resto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social

y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanan de la programación de campañas de vacunación». En STS Sala Tercera de 28 de octubre de 2004 *(RJ* 2004, 7206), por el contrario, no se indemnizó a la víctima, contagiada de VHC en marzo de 1979, habiéndose clonado el virus por primera vez en 1988, no siendo posible detectar el virus en sangre hasta un momento posterior.

También respondió la Administración sanitaria canaria porque así lo determinó una sentencia del juzgado de lo social de octubre de 1997, por contagio de hepatitis C a un paciente, al habérsele suministrado un medicamento fabricado por Baxter S.L. También puede verse la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 750/2010 de 15 noviembre *(RJ* 2010, 8872), que aborda la cuestión al haber ejercitado una acción de repetición la Administración contra la empresa fabricante y distribuidora del producto sanitario causante del daño, considerando el Tribunal Supremo (Sala Primera) que la Administración había llevado a cabo una «defectuosa asistencia sanitaria» por la utilización del producto contaminado.

IV. ASEGURADORA SANITARIA DEL PACIENTE

No podemos dejar de hacer una alusión a la responsabilidad de la aseguradora médica del paciente a quien se causa daños por utilización de un producto sanitario defectuoso, por parte de un profesional del cuadro médico puesto a disposición del paciente por la aseguradora, o en un Centro médico de su titularidad o con el que ha concertado la prestación de servicios sanitarios a sus asegurados. La cuestión es discutida con carácter general cuando los profesionales o el centro médico incurren en responsabilidad por incumplimiento de la *lex artis* (art. 1902 CC) o por prestación de servicios defectuosos en sus aspectos funcionales o administrativos (art. 148 TR). Resumiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo extraída de la sentencia de 19 de julio de 2021 *(RJ* 2021, 3608) que, a su vez, recoge los pronunciamientos de la STS de 6 de febrero de 2018 *(RJ* 2018, 219) puede decirse:

— No se imputa automáticamente la responsabilidad a las aseguradoras sanitarias.
— Hay que estar a las circunstancias del caso concreto.
— Especialmente puede afirmarse la responsabilidad de la aseguradora médica si la misma, tal y como indica el artículo 105 LCS «*asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos*».

La misma discusión puede trasladarse al ámbito de la responsabilidad por servicio defectuoso causado por la utilización de un producto defectuoso. Si finalmente se considera que el Centro médico debe responder por la prestación de un servicio en el que se ha causado un daño por haber utilizado un producto defectuoso, también responderá la aseguradora médica, por aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, cuando la prestación defectuosa del servicio se realiza por «los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad».

Como ejemplo de demanda a aseguradora sanitaria por utilización de sangre contaminada podemos traer a colación la STS de 4 de diciembre de 2007 *(RJ* 2008, 251) que responsabiliza a la aseguradora sanitaria por el contagio de hepatitis C en virtud de transfusión realizada por un hospital privado. Se ejercita la acción contra los médicos titulares del laboratorio donde se realizó el análisis y se suministró la sangre al centro médico, contra el propio centro médico donde se realizó la transfusión y contra Adeslas que era la aseguradora de la paciente. En primera instancia se absolvió a los demandados por no estar acreditado que la sangre estuviera contaminada ni que los análisis hubieran sido realizados de forma defectuosa. La Audiencia revoca la sentencia y condena a todos los demandados, considerando que el análisis sí fue erróneo. El Tribunal Supremo confirma la sentencia condenando a los analistas por infracción de la *lex artis;* al centro médico por aplicación de los artículos 25, 26 y 27 LGDCU, en virtud de los cuales el «centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias…». Y a Adelas, en virtud de la doctrina antes expuesta sobre la responsabilidad de la aseguradora sanitaria por prestación defectuosa del servicio sanitario por médicos o centros de su cuadro.

V. AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

Puesto que, como hemos visto, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recaídas en el caso Ala Octa remiten a los demandantes a pleitear contra el fabricante, el distribuidor o contra la Agencia Española de Medicamentos y Productos, cabe referirse, siquiera sucintamente, a la responsabilidad de esta entidad cuando los medicamentos y productos sanitarios cuya garantía ha avalado en sus informes, causan daño por su carácter defectuoso. En la actualidad el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, somete a todos los medicamentos elaborados industrialmente a la previa autorización de la AEMPS, así como a la inscripción en un Registro. Es una entidad dependiente del Ministerio de Sanidad responsable de «*garantizar a la sociedad, desde la perspectiva de servicio público, la calidad, seguridad, eficacia y correcta información de los medicamentos y productos sanitarios, desde su investigación hasta su utilización, en interés de la protección y promoción de la salud de las personas, de la sanidad animal y el medio ambiente*»[11]. Ejerce pues, la función de farmacovigilancia que, según el artículo 53 del TRLGURM es la «*actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los medicamentos*». Sin embargo, la Ley guarda silencio al respecto de la responsabilidad en que pueda incurrir esta entidad en caso de daños causados por medicamentos o productos defectuosos certificados.

A pesar de la remisión a la posible responsabilidad de esta entidad contenida en las sentencias del caso Ala Octa, no parece sencillo que dicha responsabilidad pueda apreciarse, si tenemos en cuenta los pronunciamientos recaídos hasta el momento. Así, en sentencias (caso Agreal) como la de 17 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 9176) o 13 de noviembre de 2012 *(RJ* 2012, 10760) la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que no puede imputarse responsabilidad a la Administración farmacológica, pues la misma debe emplear todos los medios que la ciencia médica pone razonablemente a su disposición para la prestación

de un servicio adecuado a los estándares habituales en el momento en que se produce el hecho acaecido, pero ello no significa que tenga responsabilidad en toda actuación de autorización y vigilancia de medicamentos. En realidad, no se consideró probada la relación de causalidad entre los daños alegados por la paciente y la ingesta del medicamento, ni que hubiere permitido la Administración farmacológica la comercialización del producto con defecto de información, a pesar de que no existía ficha técnica del producto.

Más recientemente, en el caso enjuiciado por la SAN de 23 de noviembre de 2016 (RJCA 2017\17), la demandante reclamaba a la AEMPS por la falta de controles específicos del producto, los daños físicos y morales que le habían producido unas prótesis mamarias de la marca Poly Implant (PIP). La Audiencia Nacional entiende que la normativa de la UE al respecto; esto es, la entonces en vigor Directiva 93/42/CC sobre productos sanitarios (hoy Reglamento UE 2017/745) establecía la necesidad de que los productos fueran evaluados por un organismo notificado y que, de ser positiva la evaluación, obtuvieren el marchamo CE. Una vez obtenido, el artículo 4 de la Directiva establecía que los Estados miembros no debían impedir la comercialización del producto[12]. Es por ello que, aunque haya otros controles, como el ejercido a nivel interno por la AEMPS, a quien se debe comunicar el primer acto de comercialización conforme al hoy derogado RD 414/1996, ocurre que la misma no registró datos o notificaciones dignas de reseñar, hasta la alerta comunicada el 30 de marzo de 2010 por la Agencia francesa de Medicamentos y productos sanitarios. Al día siguiente ordenó la AEMPS el cese de la utilización de los implantes mamarios. Considera la Audiencia Nacional que no hay transgresión de deberes por parte de la AEMPS por lo que no debe estimarse la reclamación. Se trata de una responsabilidad, en su caso, basada en la culpa, y esta no concurre pues la reacción fue temprana y diligente, y cualquier actuación en sentido contrario podría haberse considerado una restricción a la libertad de circulación del producto sanitario, al haber obtenido el producto el marchamo CE. En definitiva, ningún reproche puede hacerse a la Administración ni nexo causal puede establecerse entre su actuación y el resultado producido. Esta resolución se alinea con la necesidad de no convertir a la Administración pública en «aseguradora universal de todos los riesgos con independencia del actuar administrativo». Aplica el criterio de que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se exige inobservancia de la *lex artis*; esto es, que no se hayan observado los requerimientos que exige el estado de la ciencia médica en ese momento. En definitiva, parece que los mismos estándares establecidos para reclamar responsabilidad por «acto médico» son necesarios para reclamar responsabilidad a la Administración por autorizar la utilización de productos defectuosos. A iguales conclusiones llega, la SAN de 23 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 10242), en la que se afirma que para apreciar *culpa invigilando* de la Administración es necesario que esta esté investida de potestades de inspección, que no las haya ejercido y que esta falta de inspección haya sido la causa por la que no se ha evitado el daño. Idénticas consideraciones se incluyen en la SAN de 8 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 91936). Lo cierto es que la labor de la AEMPS en relación con la autorización de medicamentos y productos sanitarios es más bien de carácter formal, basada en el examen de la documentación aportada por el fabricante en el expediente de autorización (*vid.* arts. 17.1 y 2) si bien se faculta a la AEMPS en el artículo 16.3 para someter al medicamento, al examen de laboratorios oficiales de la propia Agencia o de otros que colaboren con ella.

VI. ORGANISMOS NOTIFICADOS

El Reglamento UE 2017/745 sobre productos sanitarios prevé la necesidad de un informe por parte de un organismo notificado, para que el producto sanitario obtenga el marchamo CE. En su Anexo VII que recoge los «*Requisitos que deben cumplir los organismos notificados*» establece la obligación de estos de suscribir un seguro de responsabilidad adecuado para sus actividades de evaluación de la conformidad, «*salvo que dicha responsabilidad se halle cubierta por el Estado miembro en cuestión con arreglo a la legislación nacional o que dicho Estado miembro sea directamente responsable de la evaluación de la conformidad*». Se exige que el ámbito de aplicación y el valor económico total del seguro de responsabilidad se adecúen al nivel y alcance territorial de las actividades del organismo notificado y que estén en consonancia con el perfil de riesgo de los productos certificados por el organismo notificado. El seguro de responsabilidad cubrirá los casos en que el organismo notificado pueda verse obligado a retirar, restringir o suspender certificados. En nuestro país, el RD91/2009 de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios obliga igualmente a concertar un seguro a los organismos notificados (anexo XI).

La cuestión de la responsabilidad de estos organismos ha sido objeto de pronunciamientos por parte del TJUE y el Tribunal Supremo español. En el ámbito europeo, en sentencia de 16 de febrero de 2017 (TJCE 2017\41) Caso Elisabeth Schmitt contra TÜV Rheinland LGA Products GmbH, se examinó el caso de los implantes mamarios fabricados con silicona industrial que habían sido evaluados por la mercantil demandada. En ese momento, estaba en vigor la Directiva 93/42 que, en su artículo 16, establecía que el organismo no expediría o suspendería o retiraría el certificado si el fabricante no cumple o dejara de cumplir los requisitos de la Directiva. Según el punto 5.3 del anexo II, el organismo notificado, «*realizará periódicamente inspecciones y evaluaciones adecuadas a fin de cerciorarse de que el fabricante aplica el sistema de calidad aprobado, y facilitará un informe de evaluación al fabricante*». Además, su punto 5.4 establece que este organismo «*podrá, asimismo, visitar sin previo aviso al fabricante [y que] con ocasión de estas visitas, […] podrá efectuar o hacer que se efectúen ensayos para verificar el buen funcionamiento del sistema de calidad*». Y en el punto 5.1 del Anexo se indica que el organismo notificado debe garantizar el correcto cumplimiento por parte del fabricante de las obligaciones que se derivan del sistema de calidad aprobado, pero no está obligado a inspeccionar los productos.

El 1 de diciembre de 2008, la Sra. Schmitt se hizo implantar en Alemania unas prótesis mamarias fabricadas en Francia. El fabricante de esos implantes, que devino insolvente después de esa fecha, había encargado a TÜV Rheinland la evaluación de su sistema de calidad. En la resolución de remisión consta que, en el marco de su intervención entre 1998 y 2008, dicho organismo notificado efectuó ocho visitas al fabricante, todas ellas anunciadas con previo aviso. Durante este período, TÜV Rheinland no consultó nunca los documentos comerciales ni ordenó ningún control de los productos.

En 2010, la autoridad francesa competente constató que dicho fabricante había producido implantes mamarios a base de silicona industrial que no era conforme con las normas de calidad. En consecuencia, la Sra. Schmitt se hizo retirar sus implantes en 2012.

Al considerar que TÜV Rheinland no había cumplido suficientemente sus obligaciones, la Sra. Schmitt reclamó a dicho organismo notificado, ante los tribunales alemanes, una indemnización por daños y perjuicios por importe de

40 000 euros en concepto en concepto de daño moral. Solicitó también que ese organismo fuera declarado responsable por cualquier daño material futuro. En apoyo de sus pretensiones, alegó que, de haber comprobado los albaranes y las facturas, TÜV Rheinland hubiera podido advertir que el fabricante no había utilizado la silicona autorizada. Las pretensiones fueron rechazadas en ambas instancias, por no existir relación contractual con la demandante ni tampoco derivada de responsabilidad civil, pues consideraban los juzgadores que el objeto de la intervención del organismo notificado no era evitar daños a terceros, no pudiéndose apreciar culpa alguna, pues se realizaron varias visitas al fabricante y no había sospechas de irregularidades. Es el Tribunal de casación alemán quien formula sus cuestiones ante el TJUE, acerca de la posible responsabilidad del organismo, pues entiende que la respuesta dependerá de la finalidad con la que intervenga el organismo notificado y del objetivo de la Directiva 93/42 cuando establece el procedimiento de evaluación de la conformidad.

El TJUE contesta, por un lado, que a la luz del artículo 11, apartados 1 y 10, y del apartado 6 del artículo 16 de la Directiva 93/42 el organismo notificado no está obligado con carácter general a «realizar inspecciones sin previo aviso, a examinar los productos ni a comprobar la documentación comercial del fabricante. Sin embargo, cuando existan indicios que sugieran que un producto sanitario puede no ajustarse a los requisitos derivados de la Directiva, el organismo deberá adoptar todas las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones». La finalidad de la Directiva sí es proteger a los destinatarios finales de los productos sanitarios. Pero el hecho de que la Directiva imponga obligaciones a estos organismos no significa que se conceda, correlativamente, un derecho a exigir responsabilidad a los particulares cuando el organismo notificado incumpla sus obligaciones, y dicha responsabilidad no esté contemplada en la Directiva. El hecho de que la propia Directiva imponga la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil tampoco implica que esté sujeta a responsabilidad. Recuerda el TJUE que la normativa europea en materia de responsabilidad por productos defectuosos no excluye la posibilidad de aplicar otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual, que se basen en fundamentos diferentes (Sentencia Skov); y termina remitiendo las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones por parte del organismo notificado a la normativa nacional, en nuestro caso, por ejemplo, al artículo 1902 del Código Civil.

En el ámbito del Derecho interno, se demandó al organismo notificado en los casos enjuiciados en las SSTS de 18 de enero de 2021 *(RJ* 2021, 99) y 24 de enero de 2022 *(RJ* 2022, 541) recaídas también pleitos entablados por uso de implantes mamarios PIP defectuosos. Dejaremos a un lado las manifestaciones del Tribunal Supremo relativas a la falta de legitimación pasiva de la mercantil demandada, por no ser exactamente el organismo notificado que certificó el producto, sino una filial del grupo, que se repite en ambos procedimientos, siendo inaplicable la doctrina del levantamiento del velo por no concurrir abuso de la personalidad de la sociedad, pues esta cuestión ya ha sido abordada en este trabajo al analizar la responsabilidad del fabricante.

En el caso enjuiciado en la STS de 18 de enero de 2021*(RJ* 2021, 99) la actora demandó en reclamación por los daños causados por la rotura de su prótesis a Poly Implantes Prótesis, a su aseguradora Allianz France Iard, AGF Allianz, y a la mercantil «TüV Group», habiendo recibido la notificación de la demanda Tüv Rheinland Ibérica SA. En primera instancia se condena a la aseguradora de la fabricante Allianz y se desestima la demanda contra TüV por no ser el organismo notificado que realizó la evaluación del producto, sino otra sociedad

del mismo grupo, Rheiland Aktiengesellschaft. En segunda instancia se absuelve a la aseguradora[13] y se condena al Grupo TüV. En casación recurre este organismo notificado y el Tribunal Supremo aprecia su falta de legitimación pasiva, por no haberse demandado a la específica sociedad que realizó la certificación; sin pronunciarse sobre la posible responsabilidad de los organismos notificados, más allá de reproducir la doctrina sentada al respecto por el TJUE que remite a la legislación nacional en materia de responsabilidad extracontractual. En virtud de ello, manifiesta que los organismos notificados no están sometidos al régimen de responsabilidad por productos, pero sí pueden responder por culpa en caso de incumplimiento de sus funciones de control[14].

También se demandó al organismo notificado en la ya citada STS de 24 de enero de 2022 *(RJ* 2022, 541) pero, por idénticas razones relativas a la falta de legitimación pasiva de la mercantil demandada, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la cuestión de fondo, esto es, la posible responsabilidad del organismo notificado por los daños causados por un producto sanitario por él certificado.

VII. VALORACIÓN

Una vez analizadas las cuestiones más complejas que han sido abordadas por la jurisprudencia, en materia de daños causados por productos sanitarios defectuosos, haremos una breve valoración del objeto principal de este trabajo, que es analizar la responsabilidad del prestador de servicios sanitarios por el empleo de productos defectuosos fabricados por tercero.

Podemos afirmar que, desde el punto de vista del Derecho europeo de protección de los consumidores, no hay obstáculo alguno para hacer responder al prestador de servicios sanitarios de los daños causados por el carácter defectuoso de un producto empleado por él en la prestación del servicio, siempre que pueda a continuación repetir contra el fabricante. En un principio la jurisprudencia del TJUE había sido más restrictiva respecto a la posible responsabilidad de otros sujetos, además del fabricante, salvo en el caso de las excepciones contenidas en la propia Directiva. Sin embargo, más adelante, considera no contrario a la Directiva 85/374 que la legislación nacional imponga la responsabilidad por el empleo de un producto defectuoso por parte de un prestador de servicios, a este, sin perjuicio de su acción de repetición.

Puesta la pelota en el tejado de la legislación nacional, vemos que nuestra jurisprudencia ha recorrido el camino inverso. Si bien las primeras resoluciones dictadas tanto por la Sala Primera como por la Tercera, en los albores de la aplicación de la normativa de consumo y de productos defectuosos, estimaban las reclamaciones contra el prestador de servicios, las resoluciones más recientes niegan esa posibilidad. Sin embargo, los argumentos no resultan del todo convincentes.

El argumento de que la normativa de responsabilidad por productos pone el acento en la responsabilidad del productor, y no en la del distribuidor, parece obviar que la posición de distribuidor y prestador de servicios no es idéntica, especialmente en el caso del prestador de servicios sanitarios. Ello porque, a diferencia de aquel, el prestador de servicios está sometido a su propio régimen de responsabilidad por servicios defectuosos, que es de corte cuasiobjetivo, u objetivo, en función de que dichos servicios incluyan o no «*la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación,*

y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario».

El régimen de responsabilidad de la prestación de servicios sanitarios es de corte objetivo, si bien el riesgo típico que se cubre es que el servicio resulte «defectuoso». Esto es, no se responde sin más cuando se unen causalmente prestación de servicios y daño; sino que es necesario que la prestación de servicios haya sido «defectuosa»[15] y el defecto sea la causa del daño. La prestación de un servicio es defectuosa cuando «*no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar*» (art. 136 referido al concepto de producto defectuoso) y no ofrecerá este nivel de seguridad cuando se haya producido un resultado distinto al que normalmente se alcanza, un daño «inesperado» en función de la naturaleza del servicio, esto es, que no sea un riesgo típico o propio del servicio, pues de estos últimos el prestador sanitario habrá de haber informado al paciente. Se pone pues el acento en el ámbito del paciente, esto es, habrá que estar a la seguridad que, de forma objetiva, este puede esperar; y no en la conducta del prestador de servicios[16]; esto es, en que el mismo haya adecuado su conducta a lo que resulta exigible, pues de ser así, estaríamos en el ámbito de la culpa (art. 1902 CC) y no sería necesaria la existencia del artículo 148 TR, o bien los servicios sanitarios deberían considerarse incluidos en el artículo 147 TR, que permite exonerarse de responsabilidad probando «*que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*» y no en el artículo 148 TR.

Es cierto que el artículo 148 no es aplicable en relación con el acto médico, en virtud de ello, no responderá por el servicio defectuoso el profesional unido laboralmente el prestador de servicios «empresario». A pesar de que el artículo 4 del TR incluye como empresario al profesional, es sabido que el artículo 148 solo se aplica al profesional «empresario», no al que ejerce la medicina como auxiliar de una empresa de servicios médicos.

El prestador de servicios médicos «empresa» debe responder cuando se ha prestado un servicio defectuoso lo cual ocurrirá cuando se ha causado un daño no esperado, esto es, con el que no cabía contar, o, dicho de otra manera, que no estaba dentro de los riesgos que deben ser objetivamente asumidos por el paciente en ese tipo de intervenciones, y que tampoco se encontraba en la esfera de la víctima (predisposición a una reacción alérgica desconocida). De cumplirse esos requisitos el servicio prestado será defectuoso, y ello, aunque el prestador no se haya desviado de la conducta que le era exigible, dadas las circunstancias (art. 1104 CC). La exigencia de incumplimiento de la *lex artis* típicamente aplicable a la prestación de servicios sanitarios en general trata de impedir que no se imputen al médico que ha seguido el protocolo adecuado, los efectos desviados del tratamiento o intervención, por causas que se encuentran en la *esfera de la víctima,* atinentes a sus propias cualidades físicas o predisposición a sufrir una determinada reacción, pero no sirve para exonerar al prestador de servicios *empresa* cuando el daño lo ha causado un producto defectuoso por ella elegido, adquirido, y empleado en la intervención o acto médico.

El daño causado por empleo de producto defectuoso por parte del prestador de servicios encaja perfectamente en el concepto de servicio defectuoso que hemos expuesto, y ello máxime cuando el paciente en ningún momento ha elegido o se ha relacionado contractualmente con el productor o distribuidor del producto, pudiendo incluso hasta ignorar que dicho producto se está utilizando en una intervención. Solo nos queda dar un paso más y es averiguar si es posible que el prestador de servicios alegue alguna causa de exoneración, que jugara de forma

impeditiva en el ámbito de la responsabilidad objetiva. Nos estamos refiriendo a la causa de exoneración que podríamos denominar «hecho de tercero». Al respecto contamos con el artículo 133 TR que, ubicado en las disposiciones generales del título I del libro III establece «*La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño*». Parece dar a entender el precepto que el «hecho de tercero» no debe ser causa de exoneración, pero no se nos oculta que el precepto parte de la premisa de que el servicio haya sido defectuoso, *en combinación* con el hecho de tercero, esto es, parece que deben concurrir, defecto propio —requisito que no concurre en nuestro caso— y hecho de tercero.

Sin embargo, sí nos parece que podemos hacer un paralelismo con lo establecido, para los productos defectuosos, en el artículo 138 TR. El productor de un producto terminado también responde frente al perjudicado cuando el defecto se encontraba en uno de los componentes, sin perjuicio de la responsabilidad del fabricante del concreto componente defectuoso. El caso del prestador de servicios que emplea productos sanitarios defectuosos resulta similar, pues viene a «incorporar» el producto a su servicio. El «hecho de tercero», esto es, que el defecto provenga de un producto incorporado al servicio no podría ser alegado como causa de exoneración.

Con este argumento nos alineamos con la doctrina favorable[17] a responsabilizar al prestador de servicios sanitario «empresario» cuando emplea productos defectuosos que causan daño a los pacientes, y ello tanto en el ámbito de la medicina privada, como en el ámbito de la medicina pública. En este último supuesto, no solo porque el TJUE ha dejado sentado en el caso Veedfald que las Administraciones públicas también están sujetas a las normas de responsabilidad por productos. A pesar de que la UE no ha legislado sobre prestación de servicios defectuosos, no puede defenderse que los pacientes de la medicina privada deban tener más derechos al respecto que los de la medicina pública, lo cual está en consonancia con el criterio jurisprudencial según el cual el antiguo artículo 28 LGDCU era aplicable a las Administraciones públicas. Así puede verse, por ejemplo, la STS Sala Tercera de 18 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5290) según la cual «como dice la Sentencia de 1 julio 1997 y reitera la de 21 de julio de 1997, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto el paciente era consumidor (art. 1), utilizó unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y sigs.)…». En efecto, las Administraciones pueden ser consideradas empresarios a efectos de lo establecido en el TRLGDCU (*vid.* art. 81 en relación con las cláusulas no negociadas individualmente impuestas a consumidores en contratos públicos).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., Comentario a la STS de 18 de enero de 2021, en *CCJC* 2021, núm. 117. (BIB 2021\5048).

ASÚA GONZÁLEZ, C., Responsabilidad civil médica, en *Tratado de Responsabilidad Civil,*T. II, dir. por Reglero F./Busto J.M., Cizur Menor 2014.

CUETO PÉREZ, M., Jurisprudencia en el caso «Ala Octa», responsabilidad patrimonial por la utilización de productos defectuosos en el ámbito sanitario, *Revista de la Administración pública,* 2022, núm. 2017.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario,* Comares, Granada, 2006 209.

GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad médica,* Thomson Civitas, Cizur menor 2020.

GIL SALDAÑA, M., *El producto sanitario defectuoso en Derecho español,* Atelier, Barcelona, 2008.

GÓMEZ POMAR, F., Ámbito de protección de la responsabilidad de producto, en *Tratado de la responsabilidad civil del fabricante,* dir. por S. Coderch y F. Gómez Pomar, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

GONZÁLEZ CARRASCO/GARRIDO CUENCA, El servicio autonómico no responde por las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso autorizado por la AEMPS, blog CESCO-https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_servicio_autonomico_de_salud_no_responde_por_las_lesiones_causadas_a_un_paciente_como_consecuencia_de_la_utilizacion_de_un_producto_sanitario_defectuoso_.pdf

MARTÍN CASALS, M., ¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TLRC. *RDP* 2008 núm. 92.

PARRA LUCÁN, M.A., Comentario al artículo 129, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios,* dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2015.

— *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* Reus, Madrid 2011.

PASQUAU LIAÑO, M., El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios, en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, dir. por Ortí, A., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., Daños causados por otros bienes y servicios, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, dir. por Rebollo/Izquierdo, Madrid, Iustel, 2011.

SANTOS MORÓN, M.J., La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores. El artículo 148 TRLC, *ADC,* 2017, núm. 1.

SOLÉ FELIU, J., Prótesis de cadera potencialmente peligrosa y defecto del producto, *CCJC,* núm. 117/2021.

SUÁREZ LEÓN, M., ¿Qué pasa con los perfluorocarbonos en retina?, en *Mesa Redonda: Dudas e inquietudes del 2017*, *Boletín de la sociedad oftalmológica de Madrid,* núm. 57, 2017.

NOTAS

[1] Acto médico es «*toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos*», según lo define el artículo 7 del Código de Deontología Médica promulgado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos en 2011. https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf

[2] SOLÉ FELIU, J., Prótesis de cadera potencialmente peligrosa y defecto del producto, *CCJC,* núm. 117/2021, 231-252.

[3] PARRA LUCÁN, M.A., *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* Reus, Madrid 2011, 184, GIL SALDAÑA, M., *El producto sanitario defectuoso en Derecho español,* Atelier, Barcelona, 2008, 180.

[4] PARRA LUCÁN, M.A., Comentario al artículo 129, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios,* dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor, 1888 y 1889, GÓMEZ POMAR, F., Ámbito de protección de la responsabilidad de producto, en *Tratado de la responsabilidad civil del fabricante,* dir. por S. Coderch y F. Gómez Pomar, Thomson Civitas, 2008, Cizur Menor, 704, entre otros.

[5] Según informa el diario médico Consalud el 29 de octubre de 2022 https://www.consalud.es/ecsalud/nacional/alamedics-aemps-culpables-danos-farmaco-provoco-cegueras_92027_102.html

[6] Un organismo notificado es una organización designada por un Estado miembro de la UE (o por otros países en el marco de acuerdos específicos) para evaluar la conformidad de determinados productos antes de su comercialización. Son organismos facultados para realizar tareas relacionadas con los procesos de evaluación de la conformidad, establecidos en la legislación aplicable cuando es necesaria la intervención de una tercera parte. La Comisión publica un listado de dichos organismos notificados en el sistema de información NANDO https://health.ec.europa.eu/medical-devices-topics-interest/notified-bodies_es.

[7] SUÁREZ LEÓN, M., «¿Qué pasa con los perfluorocarbonos en retina?» en *Mesa Redonda: Dudas e inquietudes del 2017*, *Boletín de la sociedad oftalmológica de Madrid,* núm. 57, 2017, https://sociedadoftalmologicademadrid.com/revistas/revista-2017/m2017-15f.html

[8] SANTOS MORÓN, M.J., La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores. El artículo 148 TRLC, *ADC,* 2017, núm. 1, 153. ASÚA GONZÁLEZ, C., Responsabilidad civil médica, en *Tratado de Responsabilidad Civil,*T. II, dir. por Reglero F./Busto J.M., Cizur Menor 2014, 424.

[9] PASQUAU LIAÑO, M., El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios, en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, dir. por Ortí, A., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 97.

[10] El señalamiento de este *dies a quo* es considerado acertado por GONZÁLEZ CARRASCO/GARRIDO CUENCA, El servicio autonómico no responde por las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso autorizado por la AEMPS, *blog CESCO* https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_servicio_autonomico_de_salud_no_responde_por_las_lesiones_causadas_a_un_paciente_como_consecuencia_de_la_utilizacion_de_un_producto_sanitario_defectuoso_.pdf

[11] https://www.aemps.gob.es/la-aemps/quienes-somos/

[12] En efecto, el Reglamento 2017\745 sobre productos sanitarios, en su artículo 24 establece *Salvo cuando se disponga de otro modo en el presente Reglamento, los Estados miembros no podrán denegar, prohibir o restringir la comercialización o puesta en servicio en su territorio de productos que cumplan los requisitos del presente Reglamento.*

[13] Conforme a la doctrina sentada por la STJUE, de 11 de junio de 2020, (TJCE 2020\97), en relación con la validez de las cláusulas de delimitación territorial de un seguro no

obligatorio, ya analizada en este trabajo en el epígrafe relativo a la responsabilidad de la aseguradora del fabricante.

[14] Esta sentencia ha sido comentada por ÁLVAREZ LATA, N., en *CCJC* 2021, núm. 117. (BIB 2021\5048) autora que no descarta la aplicación a estos organismos de la responsabilidad ex 148 TRLGDUC, si bien admite que en Alemania y en Francia los organismos, cuando han sido demandados, han sido absueltos.

[15] PARRA LUCÁN, M.A., *La protección del consumidor…,* 257, SANTOS MORÓN, M.J., La imputación…, 129.

[16] Para un desarrollo y explicación de estos extremos, *vid.* la magnífica exposición de PASQUAU LIAÑO, M., El defecto de seguridad…, 105 y sigs.

[17] SANTOS MORÓN, M.J., La imputación de responsabilidad médica… 148, PARRA LUCÁN, M.A., *La protección del consumidor…* 285, y Comentario al artículo 147 en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios,* dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor 2090. En la doctrina administrativista, recientemente CUETO PÉREZ, M., Jurisprudencia en el caso «Ala Octa», responsabilidad patrimonial por la utilización de productos defectuosos en el ámbito sanitario, *Revista de la Administración pública,* 2022, núm. 2017, 190. En contra de responsabilizar al prestador de servicios se manifiesta, sin embargo, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., Daños causados por otros bienes y servicios, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, dir. por Rebollo/Izquierdo, Madrid, Iustel, 2011 p. 1940, GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad médica,* Thomson Civitas, Cizur Menor 2020, 531, MARTÍN CASALS, M., ¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TLRC. *RDP* 2008 núm. 92, 103, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario,* Comares, Granada, 2006 209.

1.7. Concursal civil

Comentarios sobre la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, a propósito de las últimas aportaciones del Tribunal Supremo[*]

Comments on the insolvency classification of the separate shareholder's credit for reimbursement, in the light of the latest Supreme Court decisions

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ
Profesora ayudante Doctor Derecho mercantil UCM

RESUMEN: El presente trabajo aborda la discusión sobre la clasificación concursal del derecho de reembolso del socio separado en el eventual concurso de la sociedad, con la perspectiva de las recientes aportaciones del Tribunal Supremo. A este respecto se traen a colación las propuestas de la doctrina y de la jurisprudencia menor. Finalmente se propone una solución cohonestándose la aplicación de las normas concursales con las normas societarias.

ABSTRACT: This work deals with the discussion on the insolvency classification of the separate shareholder's right to reimbursement, in the eventual insolvency of the company, with the perspective of the recent contributions of the Supreme Court. In this respect, the proposals of the doctrine and minor case law are brought up. Finally, a solution is proposed in harmony with the application of insolvency and company rules.

PALABRAS CLAVES: Crédito de reembolso del socio separado. Crédito subordinado. Crédito ordinario. Crédito extraconcursal.

KEY WORDS: Separate shareholder reimbursement credit. Subordinated credit. Ordinary credit. Non-insolvency credit.

---

[*] Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre «Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia», cuyo investigador principal es la profesora Juana PULGAR EZQUERRA.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 4/2021, DE 15 DE ENERO, NÚM. 46/2021, DE 2 DE FEBRERO, Y NÚM. 64/2021, DE 9 DE FEBRERO Y EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.—III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REEMBOLSO DEL SOCIO SEPARADO: 1. CRÉDITO CONCURSAL: ¿SUBORDINADO U ORDINARIO?. 2. CRÉDITO EXTRACONCURSAL.—IV. CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el marco del concurso de acreedores de una sociedad de capital, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la clasificación concursal del crédito por la cuota de reembolso correspondiente al socio separado. Concretamente, abordó esta cuestión en tres ocasiones, a través de las sentencias 4/2021 de 15 de enero, 46/2021 de 2 de febrero, y 64/2021 de 9 de febrero, para lo que, con carácter previo, definió el momento a partir del cual pierde la condición de socio, quien ha ejercido su derecho de separación, con causa en el artículo 348 bis del Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en adelante LSC), frente a una retención injustificada de beneficios[1].

El Tribunal Supremo ha señalado en los casos señalados —con un extenso voto particular disidente— que el estatuto de socio en una sociedad de capital se mantiene hasta el reembolso efectivo de su aportación, y que su crédito no satisfecho al tiempo de declararse el concurso debe ser clasificado como subordinado si el socio separado fuese titular de más de un 10 % del capital social, ostentado directa o indirectamente, y concursal ordinario, en caso de no superar este umbral. En relación con el momento en que se extingue la condición de socio separado, hasta ahora se habían defendido en la doctrina —y aplicado alguna en la jurisprudencia menor— otras dos tesituras, la de la comunicación y la de la comunicación recepticia. Por su parte, respecto a la calificación de este crédito, se había abogado tanto su naturaleza concursal ordinaria, como su carácter extraconcursal. Las sentencias del Tribunal Supremo objeto de este análisis, tal como se ha anticipado, asumen una tesitura diferente.

Respecto a la última cuestión y con el fin de delimitar una solución lo más ajustada posible a la ley —sin perjuicio de sugerir si acaso, una solución de *lege ferenda*— en este trabajo, se abordarán críticamente las principales propuestas de la doctrina y de la jurisprudencia menor relacionadas con la clasificación concursal del crédito de reembolso del socio separado, exponiéndose con carácter previo, los antecedentes del caso y la aportación de la doctrina jurisprudencial reciente citada, así como el contrapeso de su voto particular[2].

II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 4/2021, DE 15 DE ENERO, NÚM. 46/2021, DE 2 DE FEBRERO, Y NÚM. 64/2021, DE 9 DE FEBRERO, Y EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Estas tres sentencias traen su causa en similares antecedentes de hecho, consistentes en el ejercicio del derecho de separación de algunos accionistas por la no distribución de dividendos, en el siguiente orden: a) varios socios ejercieron su derecho de separación de la sociedad mercantil Manuel Rey S.A. Ferrol por

no distribución de dividendos en el 11 de noviembre de 2011; b) por sentencia firme de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 21 de marzo de 2014, se reconoció este derecho de separación y se condenó a la sociedad a reembolsar a los socios el valor razonable de las acciones de las que eran titulares; c) en octubre de 2014 un auditor nombrado al efecto por el Registro Mercantil de La Coruña efectuó la valoración; esta valoración fue impugnada judicialmente por la sociedad (sin estar resuelto este proceso a la fecha en que la Audiencia dictó la sentencia recurrida en casación); d) en noviembre de 2016 se declaró el concurso voluntario de la sociedad —transcurriendo, por tanto, más de cinco años desde la fecha de ejercicio del derecho de separación hasta la declaración del concurso, tal como advierte el voto particular que acompaña cada una de estas sentencias— procediendo los socios a comunicar sus créditos provenientes del ejercicio del derecho de separación aún no reembolsado a efectos de que fuera calificado como crédito ordinario; e) ante la calificación como crédito subordinado por parte de la administración concursal, atendiendo al carácter de personas especialmente relacionadas con el deudor de sus titulares, los socios (en la sentencia 4/2021, los herederos del primitivo socio) interpusieron incidente concursal que fue desestimado por el juez del concurso; f) la Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los socios, calificando el crédito de reembolso como ordinario contingente sin cuantía propia, y el de intereses como subordinado; g) la concursada interpuso recurso de casación, considerando que la condición de socio se pierde al notificarse a la sociedad el ejercicio del derecho de separación y que el socio pasa a ser titular de un derecho de reembolso y no de un derecho de crédito; h) finalmente, como se sabe, el Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación, casando y anulando las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña —Sección 4.ª— y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de dicha localidad, el cual a su vez había acogido el criterio sostenido por la administración concursal.

En relación con el momento en que se pierde la condición de socio, el Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, las distintas circunstancias con las que se podría asociar dicha pérdida, a saber: comunicación del socio a la sociedad; recepción por parte de la sociedad de dicha comunicación; abono o consignación del reembolso. Tras citar el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en los que se prevé que el socio queda separado de la sociedad cuando tiene lugar el reembolso o la consignación de este valor, alude el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales en el que se establece que el derecho de separación es «eficaz desde el momento en el que se notifique a la sociedad». Reconociendo la inexistencia de jurisprudencia —menor— uniforme que hubiese resuelto expresamente la cuestión, más la falta de solución expresa en la LSC[3], así como la inconveniencia de extrapolar la solución del artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, por la singularidad debida a la carga personal que supone la prestación de servicios por el socio, la Sala ha entendido que, tras activarse el proceso de separación con la comunicación del socio a la sociedad — constituyéndose un primer eslabón en la cadena, al que le seguirán una serie de actos debidos por la sociedad y no actos potestativos— para que se produzcan los efectos propios de la separación debe liquidarse la relación societaria, lo que no ocurre sino cuando se le paga al socio el valor de su participación. Mientras tanto, el socio lo sigue siendo, manteniendo la titularidad de los derechos inherentes a su condición.

Por lo que respecta a la fecha en la que nace el crédito dimanante del ejercicio del derecho de separación, y que no ha sido tenido en cuenta por la Au-

diencia según la parte recurrente, el Tribunal Supremo deduce —frente a la falta de solución específica en la LSC— de los artículos 347.1, 348.2 y 348 bis que coincide con la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio. En este momento, al que también debe referirse la valoración de la participación, el titular de este derecho de crédito ostenta todavía la cualidad de persona especialmente vinculada con el deudor, por lo que debe considerarse su crédito como subordinado.

En lo atinente al argumento de la parte recurrente de excluir a este crédito de la masa del concurso por considerarlo extracontractual, la Sala distingue entre el derecho al reembolso de la cuota de participación tras el ejercicio del derecho de separación —objeto de la litis— y el derecho del socio a recibir el patrimonio resultante de la liquidación en la proporción correspondiente a la participación en el capital social. Advierte el Tribunal Supremo que, si bien ambos derechos tienen una naturaleza similar, sin embargo, no es del todo idéntica. En efecto, en el segundo caso, tras la liquidación, y conforme los principios configuradores del tipo social —específicamente los mecanismos de protección o tutela previstos para los acreedores— la satisfacción del socio solo puede tener lugar después del pago de todos los créditos de terceros que mantienen vínculos con la sociedad y, por tanto, debe quedar al margen del procedimiento concursal. En cambio, el derecho al reembolso del socio separado, en tanto ha nacido con la comunicación a la sociedad —aunque no esté consumado, porque se consuma con el reembolso— y es anterior a la declaración del concurso, sí es concursal. Entiende el Tribunal Supremo que la aportación del socio a la sociedad —y sin perjuicio de los derechos políticos que le confiere— le convierte en un inversor con derecho a percibir rendimientos económicos y, en su caso, a la devolución de las cantidades aportadas. Luego si el socio ha ejercitado su derecho de separación antes de la declaración del concurso de la sociedad, el derecho al reembolso de su cuota debe ser clasificado dentro del concurso, correspondiéndole la clasificación de crédito subordinado, conforme el artículo 92.5 en relación con el artículo 93.2.1 de la Ley 22/2003 Concursal (en adelante LC).

El Tribunal Supremo reconoce que, el crédito de reembolso en cuanto supone una recuperación de la inversión efectuada, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad y, por tanto, no cabe considerarlo como una excepción a la subordinación, conforme el artículo 92.5 de la LC en su redacción conforme la Ley 38/2011. Atendiendo, además, al cumplimiento del requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor, en la forma prevista en el artículo 93.2.1 LC) y, asumiendo que la condición de acreedor ordinario —con derechos de voto en el convenio— conduciría a la paradoja de convertir en árbitro de los destinos de la sociedad a quien se quiere separar, se sostiene la naturaleza concursal y subordinada del crédito del socio que se separa.

Voto particular del magistrado Juan María DÍAZ FRAILE.

El voto particular discrepa del criterio mayoritario con los siguientes fundamentos. En lo que respecta al momento en que se pierde la condición de socio, en primer lugar, recuerda que «es comúnmente admitida la idea de que en esta materia (…) nuestra legislación de sociedades adolece de una laguna» y que esta laguna ha dado lugar a una dispersión de criterios tanto en la doctrina como en las Audiencias Provinciales, que han oscilado entre las dos alternativas reflejadas en el criterio mayoritario de la Sala y la que se propone desde la discrepancia. Tras reconocer que hasta el momento la jurisprudencia de la Sala no se había

pronunciado directamente sobre la cuestión debatida, el magistrado lamenta que la Sala mayoritariamente no haya considerado la jurisprudencia recaída en otros temas conexos con el objeto de la litis —así, naturaleza jurídica del derecho de separación del socio, ratio del artículo 348 bis LSC (…), la referida al momento en que se produce la pérdida de la condición de socio en los casos de exclusión— porque ello constituía un camino más seguro.

Con la perspectiva de estos temas omitidos en la sentencia, como de los antecedentes del procedimiento —sobre los que se resalta el transcurso de cinco años desde la fecha de ejercicio del derecho de separación y la fecha de la declaración del concurso— en este voto se establece que el socio separado pierde su condición en el momento de su declaración de voluntad recepticia, con los siguientes argumentos: el derecho de separación del socio tiene carácter potestativo, esto es «atribuye a su titular la facultad o potestad jurídica de modificar o extinguir una relación jurídica previa en virtud de una declaración de voluntad unilateral (recepticia y tempestiva), de un modo similar a como operan los derechos de opción»; su mero ejercicio provoca una mutación objetiva en el patrimonio del socio, de forma que salen de este las participaciones o acciones, y son reemplazadas por un crédito por el valor razonable de las mismas[4], sin que sea posible que coexistan simultáneamente; este desprendimiento da lugar a su «transmisión forzosa» y a una correlativa «adquisición forzosa» —si bien la sociedad deudora puede optar por comprar en régimen de autocartera o reducir el capital—; la declaración unilateral recepticia del socio tiene así eficacia traslativa de su participación social (acciones o participaciones), sin que se requiera ningún otro acto ulterior para su entrega o traspaso, y sin perjuicio de que la liquidación de la relación jurídica entre el socio y la sociedad acontezca en un momento posterior, con el abono efectivo del crédito.

En combinación con lo dispuesto en los artículos 90 y 91 de la LSC —precisa el magistrado disidente— la pérdida de la titularidad de las acciones o participaciones, derivada de la declaración recepticia del socio en la forma descripta, conlleva la pérdida de su condición de socio. En contrapartida, el crédito de reembolso existe desde que se ejercita este derecho de separación mediante su comunicación a la sociedad y es exigible desde que queda fijado el valor razonable por acuerdo entre la sociedad y el socio o, en su defecto, por los arbitradores acordados, o por el experto independiente designado por el registrador mercantil[5]. Luego, el ulterior pago de la cuota de reembolso así fijada tiene que ver sobre todo con la liquidación de la relación societaria, y no con la modificación de esta relación que opera desde el ejercicio potestativo del derecho de separación del socio. Con este ejercicio —consumado a través de su declaración recepticia— se pierden los derechos inherentes a la condición de socio, no siendo posible su conservación —al menos sin generar una importante inseguridad jurídica— durante el período que media entre la comunicación y el reembolso[6].

Considera el magistrado que esta tesitura es la más claramente compatible con la jurisprudencia recaída hasta el momento en relación con la exclusión de socios y que debió tenerse en cuenta en la litis, dados los puntos de contacto y elementos comunes entre el régimen jurídico de la separación y la exclusión. En efecto, respecto de la exclusión del socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento del capital, el artículo 352.2 de la LSC exige además del acuerdo social una resolución judicial firme, si el socio no está conforme con la exclusión acordada. La jurisprudencia dictada a propósito de esta norma ha fijado el carácter constitutivo de esta resolución, tanto en lo que respecta al momento en que ha de valorarse la participación, como al momento en el que el socio deja

de serlo, añadiendo que la exigencia de dicha resolución supone que se «difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y todos los derechos que lleva consigo…». Interpreta el magistrado disidente que este diferimiento implica aplazar o retrasar los efectos — no adelantarlos respecto del momento del pago— y ello en relación con un hito temporal que es la fecha del acuerdo social. Por tanto, en caso de no ser necesaria la resolución judicial —fuera del supuesto previsto en el artículo 352.2 LSC— no habría aplazamiento, y el socio perdería su condición en el momento del acuerdo de exclusión, sin más diferimiento. Desde esta interpretación, se abunda en las razones al rechazo de la conclusión de la Sala.

En relación con la calificación concursal del crédito, la disidencia comparte el criterio mayoritario de incluirlo en el concurso, asumiendo la distinción entre el derecho del socio que ha ejercido su derecho de separación antes de la declaración del concurso y el derecho a la cuota de liquidación del socio no separado, que no surge hasta que se liquida la sociedad y, por tanto, es posterior a todos los acreedores sociales. No obstante, entiende el magistrado disidente que la mayoría posicionada en el reconocimiento de la condición de socio hasta el reembolso no ha extraído las consecuencias que se derivan de la asunción de este planteamiento. Considerando que la pérdida de esta condición se produce en el momento de la recepción por la sociedad de la comunicación de la voluntad de separarse del socio, no procedía aplicar la regla del artículo 92.5 LC en relación con el artículo 93.2.1.º LC, que autoriza a calificar un crédito como subordinado a aquellos cuyos titulares sean personas especialmente relacionadas con el deudor, entre los que se incluyen a los socios —titulares, directos o indirectos, de al menos un 10% del capital social si la sociedad declarada en concurso no tuviera valores admitidos a negociación en un mercado secundario— por cuanto esta calidad, la de socio, se debería haber considerado extinguida desde aquella recepción.

III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REEMBOLSO DEL SOCIO SEPARADO

El Tribunal Supremo ha debido abordar la fijación del momento en que se pierde la condición de socio, debido a su incidencia en la clasificación concursal del crédito de reembolso derivado del ejercicio del derecho de separación, tras la declaración del concurso de la sociedad. En efecto, esta clasificación varía según se resuelva que el socio conserva su posición hasta el momento del reembolso, o se sostenga que se pierde con anterioridad. Relacionado con lo anterior, debía definirse el momento en el que nace para el socio el derecho al reembolso de sus acciones. Se ha visto cómo el Tribunal Supremo reconociendo el *status socii* hasta el reembolso y distinguiendo el derecho a recibir el patrimonio resultante de la liquidación —que solamente surge con la aprobación del balance final de liquidación y del proyecto de reparto del haber social con la determinación concreta de la cuota que corresponde a los socios, quedándose al margen del procedimiento concursal—, del derecho al reembolso, aboga por la naturaleza subordinada de este último, revelando con ello cierta preocupación a favor de los acreedores sociales[7]. Concretamente, considera a este respecto que concurren los requisitos subjetivos y objetivos en el momento en que la sociedad recibió la comunicación de separación, a saber: por una parte, el socio resulta ser una persona especialmente relacionada con el concursado, persona jurídica, por su participación igual o superior al 10%, conforme *ex* artículo 93.2.1 y, por otra,

entiende que la aportación inicial del socio tiene una finalidad análoga a un préstamo, por lo que no cabe la exclusión de la subordinación, según lo autoriza el artículo 92.5 LC.

Por su parte, el magistrado disidente parece inclinarse a favor de la naturaleza ordinaria del crédito principal, debido a que al tiempo de la declaración del concurso debía considerarse extinguida la condición de socio, anudada a la recepción de la declaración. Como se ve, la disidencia comparte el criterio de la mayoría de incluir el crédito del reembolso del socio separado en el concurso[8], aunque apartándose de la clasificación atribuida por el Tribunal Supremo en este ámbito[9].

Frente a esta naturaleza concursal atribuida en el ámbito del Tribunal Supremo al crédito de reembolso del socio separado, algunas voces en la doctrina han planteado la naturaleza extraconcursal de este derecho de crédito, sosteniéndose que, si bien se mantiene la condición de socio hasta el momento del reembolso, se trata de un crédito anticipado de la cuota de liquidación, que debe cohonestarse con las normas societarias, y su realización está supeditada a que se garantice el cobro de los acreedores sociales[10]. Veamos concretamente las razones de uno y otro lado.

1. Crédito concursal: ¿subordinado u ordinario?

Un sector de la doctrina defiende que el crédito por el principal de la deuda del socio saliente debería ser considerado como subordinado en el concurso de la sociedad[11], no solo porque su condición de socio se mantiene hasta el reembolso, sino porque, incluso aunque se considere que el socio ha perdido su condición con anterioridad al concurso —esto es, con la declaración recepticia— el momento relevante para la determinación de una persona como especialmente relacionada con el deudor es el nacimiento del crédito[12], tal como lo ha resuelto el Tribunal Supremo en el caso que se comenta[13]. A este respecto, se asume que si el fundamento del crédito de la persona especialmente relacionada con el concursado es la posición que le proporciona el conocimiento de la situación del deudor, sería contrario a la tutela del crédito que pudiera eludirse esta calificación en base a que ha perdido esta condición con anterioridad a la declaración del concurso.

Junto a este requisito subjetivo, para esta postura se cumple asimismo el requisito objetivo, debido a que considera que se está ante un crédito de naturaleza análoga al préstamo, tal como exige el artículo 92.5 de la LC —hoy artículo 281.2.3 TRLC[14]—, atendiendo a la función económica de los fondos aportados al capital, sin que, por tanto, quepa la aplicación de la excepción prevista en el citado artículo para atribuirle naturaleza ordinaria al crédito de reembolso por el principal de la deuda[15].

La Audiencia Provincial de La Coruña en los antecedentes de los casos que se comentan, por el contrario, estimó —en nuestra opinión acertadamente— inaplicable este requisito objetivo, por cuanto la aportación al capital social, cuyo reembolso reclama la actora, no es equivalente a un préstamo o acto análogo, pues el mismo, el derecho de crédito, «no deriva de una entrega a la sociedad de ninguna cosa fungible o dinero para usar de ella y devolver otro tanto de la misma especie o calidad, en los términos del artículo 1740 del Código Civil, sino del ejercicio de un derecho societario a la separación por falta de reparto de beneficios…»[16]. Tras señalar que la redacción del artículo 92.5 podría ser más clara —observación que compartimos y lamentamos no haya sido del todo

mejorada en el 281.2.3 TRLC— considera la Sala que «por actos de análoga o similar finalidad podrán considerarse comprendidos aquellos realizados a efectos de financiación, sobre los que late un propósito similar al del otorgamiento de un préstamo, ahora bien, difícilmente encaja en tal calificación jurídica, que ha de ser restrictiva, el crédito del socio al reembolso de su participación en la sociedad, cuando precisamente no quiere mantenerse ligado a la misma y ejercita su derecho de separación…»[17]. Por lo anterior concluyó esta Audiencia que la calificación concursal que corresponde al crédito por reembolso del socio separado —estando su cuantía judicialmente impugnada, y disponer el artículo 87.3 LC, que los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda— es la de crédito ordinario por el principal y subordinado por los intereses, por aplicación de la excepción prevista a la subordinación en el propio artículo 92.5 de la LC[18].

2. Crédito extraconcursal

La doctrina ha propuesto esta clasificación por dos motivos: la aplicación de la excepción prevista en el artículo 92.5 de la LC, por una parte y, por otra, la necesaria coordinación entre la normativa societaria y concursal, con el fin de evitar que el socio separado reciba un mejor trato en sede concursal, que el que le hubiese correspondido en defecto de concurso.

Se descarta que el crédito de reembolso del socio sea asimilable a un préstamo de financiación a la sociedad concursada, porque lo que el socio recibe tras su aportación al capital son acciones o participaciones por valor equivalente, y no un correlativo derecho de crédito. Así las cosas, resultaría aplicable la excepción a la subordinación de los créditos prevista en el artículo 92.5 de la LC, que manda a excluir otras posiciones crediticias distintas al préstamo o con análoga finalidad[19].

Por otra parte, se observa que la aplicación estricta y literal del artículo 92.5 LC, que conduciría a clasificar el crédito del socio como ordinario —tal como concluyó la Audiencia— tendría como resultado mejorar el crédito de restitución del socio en el marco de un concurso de acreedores, respecto de un escenario societario ajeno a este[20]. En efecto, los socios verían satisfecha su cuota de liquidación derivada de la liquidación parcial de su posición en la sociedad, con anterioridad a la satisfacción de los acreedores, en oposición a lo previsto en el artículo 391.2 de la LSC que expresamente prohíbe a los liquidadores satisfacer la cuota de liquidación a los socios, sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o de su consignación. Frente a esta paradójica solución, se advierte la necesidad de coordinar la aplicación de las normas concursales con las normas societarias y, en tanto no se acometa una reforma en este ámbito en el TRLC[21], se propone de *lege ferenda* que el crédito de reembolso del socio separado —de naturaleza y origen societario— en un escenario concursal sea considerado extraconcursal, excluido de la masa pasiva del concurso, y satisfecho a la conclusión de este[22].

No escapa a quienes proponen este tratamiento respecto del crédito de reembolso del socio que ha ejercido su derecho de separación —en el caso por falta de reparto de dividendos— podría conllevar el riesgo de que la sociedad utilice estratégicamente la solicitud del concurso para minimizar o impedir que el socio minoritario se libere de su cautividad social, retrasando el pago de su participación social[23]. Sin embargo, se estima que es un riesgo poco probable en

la práctica, debido a los costes y a las consecuencias reputacionales asociadas al concurso[24]. Es más, se ha sostenido que la propia cuestión de la clasificación del crédito de reembolso sería en última instancia irrelevante, porque si se trata de proteger los intereses de los acreedores, cualquiera sea la posición del socio saliente en el concurso, se podrían aplicar los mecanismos de tutela de los acreedores de sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en supuestos de reducción de capital social por devolución del valor de acciones y participaciones, por cuanto la separación al igual que la reducción del capital supone una despatrimonialización de la sociedad[25].

A nuestro modo de ver, esta doctrina acierta con sus razones en la clasificación del crédito de reembolso del socio saliente en el concurso de la sociedad. Sin embargo, entendemos que la cuestión de la calificación del crédito mantiene su relevancia, porque en algunos casos, estos mecanismos no garantizarán la tutela efectiva de los acreedores, y en otros, puede resultar incierta su activación. En efecto, en las SRL, la admisión de la responsabilidad del socio puede tener una eficacia limitada en favor de los acreedores sociales, por cuanto conforme el artículo 331.2 de la LSC, tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social, sin alcanzar, por tanto, la plusvalía que se hubiese satisfecho[26]. Por lo que respecta a las SA, es posible que algunos acreedores no tengan conocimiento efectivo de la reducción acordada, perdiendo con ello la oportunidad del ejercicio tempestivo de su derecho de oposición. Junto a lo anterior, también es posible que el socio no haya recibido el reembolso, ni se haya convocado la junta general de reducción de capital para amortizar las acciones o participaciones. Y si, además, con carácter previo, antes del reembolso, pero después del ejercicio del derecho de separación del socio, se ha solicitado o declarado el concurso es posible que los mecanismos de protección a los acreedores no se lleguen a activar[27].

Por lo anterior, parece que no es aconsejable obviar la clasificación del crédito del socio que ha ejercido su derecho de separación. Como se ha visto, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión asignándole una posición subordinada, dejando así entrever una preocupación por la protección de los acreedores sociales. Sin embargo, en nuestra opinión el Alto Tribunal no justifica con base en el derecho positivo el rechazo de la excepción prevista en el artículo 92.5, de tal manera que no ha delimitado una solución con fuerza suficiente a favor de la tutela de los acreedores sociales, que prevenga soluciones distintas en situaciones análogas.

En definitiva, frente a la falta de coordinación entre las normas societarias y concursales, y mientras no se acometa una reforma legislativa, en el concurso de la sociedad de capital, sigue siendo relevante sostener de *lege ferenda* la naturaleza extraconcursal del crédito de reembolso de quien previamente ha ejercido su derecho de separación en una sociedad de capital.

IV. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo ha abordado la clasificación concursal del crédito por la cuota reembolso correspondiente a un socio saliente en el concurso de la sociedad. Conforme se ha visto, para la mayoría de los miembros de la Sala de lo Civil, Sección Primera, el crédito por la cuota de participación debe reconocerse como subordinado en el concurso de la sociedad. El voto particular, por su parte, estima que el principal por el crédito con causa en la cuota de reembolso debería admitirse como ordinario.

Hasta estas sentencias, la doctrina y alguna jurisprudencia menor habían mantenido otras posturas, incluso llegándose a plantear que la propia clasificación del crédito de reembolso podría ser irrelevante, si se tienen en cuenta los mecanismos de tutela a los acreedores aplicables en supuestos de reducción de capital cualquiera sea la posición del socio saliente en el concurso.

En nuestra opinión, la cuestión de la clasificación concursal del derecho de reembolso sigue siendo relevante porque, en algunos casos, los mecanismos previstos en la LSC para proteger a los acreedores frente a la reducción de capital no garantizarán su tutela efectiva, y en otros resultará incierta su activación. Concretamente, entendemos que una interpretación sistemática entre las normas societarias y concursales, aconseja excluirlo del concurso y clasificarlo de *lege ferenda* como extraconcursal. Fuera de esta interpretación sistemática, la aplicación estricta de las normas concursales conduciría a clasificar el crédito del socio como ordinario, mejorando así su posición en el marco de un concurso respecto de un escenario societario ajeno a este, con el consiguiente quebrantamiento de la norma societaria que expresamente prohíbe satisfacer la cuota de liquidación de los socios, sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos, o de su consignación.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS núm. 134/2016 de 4 de marzo
- STS núm. 239/2018 de 24 de abril
- STS núm. 588/2018 de 23 de octubre
- STS núm. 4/2021 de 15 de enero
- STS núm. 46/2021 de 2 de febrero
- STS núm. 64/2021 de 9 de febrero
- APA Coruña núm. 11/2018 de 15 de enero

VI. BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO LEDESMA, C. (2020). Comentario al artículo 283, en Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E., (Dirs.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, T. II, Madrid: Sepin, 617-628.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2022). Algunas consideraciones sobre la pérdida de la condición de socio capitalista como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación y la clasificación concursal del crédito de reembolso. A propósito de algunas sentencias del Tribunal Supremo, *RDBB* núm. 166, 139-170.

ARIAS VARONA, J. (2020). Comentario al artículo 282, en Pulgar Ezquerra, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, 2.ª ed., T. I., Madrid: La Ley, 1393-1400.

BRENES CORTES, J. (2018). Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa *ex* artículo 348 bis LSC. A propósito de la Sentencia de La Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 12/2018, de 15 de enero 2018), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29, versión digital, 1-21.

— (2019). *El nuevo régimen jurídico del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*. Granada: Comares.

— (2021). Eficacia de la declaración de separación, pérdida de la condición de socio y clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de las SSTS núm. 4/202, de 15 de enero, núm. 46/2021, de 2 de febrero y 64/2021, de 9 de febrero), *RDS* núm. 62, versión digital.

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F., GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, M. (2021). El tratamiento concursal del crédito de reembolso derivado del derecho de separación del socio de la sociedad de capital: ¿una cuestión finalmente resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 4/2021, de 15 de enero, *La Ley Insolvencia*, núm. 1, versión digital, 1-15.

CURTO POLO, M. (2019). *La protección del socio minoritario: (especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA-CRUCES, J.A. (2021). La liquidación de la posición de socio y la solvencia de la sociedad, en González Fernández, B., (Dir.) *El derecho de separación y la exclusión de socios en las sociedades de capital*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1739-1778.

GARRIDO, J.M.ª (2006). Personas especialmente relacionadas con el concursado, en Beltrán Sánchez, E., Rojo Fernández Río, A., y otros (Coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, Vol. 1, Civitas, 1669-1680.

PRENDES CARRIL, P. (2021). El derecho de separación del socio por no distribución de dividendos. El crédito concursal de reembolso. (Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 4/2021, de 15 de enero), *La Ley Insolvencia*, núm. 1, versión digital, 1-8.

PULGAR EZQUERRA, J. (2017). Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (Solvency Test), *RDBB* núm. 147, 139-176.

— (2018). Separación y exclusión de socios: clasificación concursal del crédito de reembolso, en Gutiérrez Gilsanz, A. (Dir.). A.A. V.V., *Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital*, Madrid: Wolters Kluwer, 270-295.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2018). *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas (art. 348 bis)*. Pamplona: Aranzadi.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2019). *El derecho de separación por falta de distribución de dividendos en las Sociedades de Capital*. Madrid: Marcial Pons.

VEIGA COPO, A. B. (2006). Los créditos subordinados en la Ley Concursal, *RDBB*, núm. 102, 9-69.

NOTAS

[1] Este artículo, como se sabe, ofrece una salida al socio minoritario frente a una retención injustificada de beneficios. La norma —al hilo de la intermitencia de su vigencia y de sus sucesivas reformas (la última ha modificado los apartados 1 y 4 por el artículo 5.1 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 ambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores)— ha sido objeto de numerosas aportaciones doctrinales, así, entre otras: (BRENES CORTÉS, 2019); (ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, 2019); (CURTO POLO, (2019); (RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, 2018); (PULGAR EZQUERRA, 2017).

[2] Sobre la otra cuestión que ocupa al Tribunal Supremo, esta es, el momento en que se pierde la condición de socio, puede consultarse nuestra aportación: (ÁLVAREZ MARTÍNEZ, 2022).

[3] Aunque esto lo recuerda expresamente al abordar el segundo motivo de casación relativo al momento en el que debe valorarse el derecho al reembolso.

[4] El crédito se subroga en el lugar que en el patrimonio del socio ocupaban las participaciones o acciones.

[5] El magistrado puntualiza que una vez nacido el derecho de separación concreto —lo que acontece frente a un acuerdo social que constituya su causa legal o estatutaria, con la oposición del socio que pretende la separación— constituye este un derecho adquirido por el socio que la sociedad no puede revocar dejando sin efecto el acuerdo social que lo originó. El contenido de este derecho adquirido se concreta en el derecho de crédito por el valor razonable de las participaciones o acciones del socio separado, en concepto de precio o de reembolso de las que se vayan a amortizar, y es exigible a la sociedad una vez recibido el informe de valoración.

[6] Señala el magistrado disidente que la tesis del pago además de generar inseguridad jurídica es incoherente con la tesis del carácter inescindible de los derechos que «como mínimo» ostentan todos los socios —conforme *ex* artículo 91 LSC— por cuanto algunos derechos, así el derecho a participar del patrimonio resultante de la liquidación o la participación en las ganancias, son difícilmente admisibles durante el período intermedio entre el nacimiento del crédito y su efectivo pago, y otros, como el derecho de voto, puede revelar un interés no paralelo al del resto de los socios. Y si resulta que no cabe reconocer sin fisuras los derechos mínimos al socio durante esta etapa, ello es un claro indicio de que tampoco se conserva la cualidad de socio.

[7] En efecto, el Tribunal Supremo considera que la asunción de la condición de acreedor ordinario, con derecho de voto en el convenio, conduciría a la paradoja de convertir en árbitros de los destinos de la sociedad a quien se quiere separar. Cfr. fundamento de derecho sexto párrafo 3. A este respecto hay que señalar que este supuesto de subordinación legal, como los demás, constituye un instrumento jurídico que opera en interés de los restantes acreedores del deudor. Cfr., entre muchos, (VEIGA COPO, 2006, 11).

[8] Asumiendo así la distinción entre el derecho del socio que ha ejercido su derecho de separación antes de la declaración del concurso y el derecho a la cuota de liquidación del socio no separado, que no surge hasta que se liquida la sociedad y, por tanto, es posterior a todos los acreedores sociales.

[9] Por cuanto para la disidencia, la condición de socio, en tanto persona especialmente relacionada con el deudor, se debería haber considerado extinguida desde la declaración recepticia. Se añade en el voto disidente que la tesis de la declaración recepticia, a su vez, es más acorde con el principio de autonomía de la voluntad, con el carácter de «agrupación voluntaria de personas» ínsito a toda sociedad, y con el correlativo «derecho a no estar asociado».

[10] Así: (PULGAR EZQUERRA, 2018, 295); (BRENES CORTES, 2018, 11), más recientemente: (BRENES CORTES, 2021).

[11] (PRENDES CARRIL, 2021, 6); (VEIGA COPO, 2006, 60); (GARCÍA-CRUCES, 2021, 1776).

[12] Como se sabe el crédito del socio estaba previsto como subordinado, en cuanto persona especialmente vinculada al concursado, en el artículo 92.5 de la LC —con las salvedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre llamadas a atemperar el rigor del automatismo de la subordinación— en las circunstancias indicadas en el artículo 93.2.1. (Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica). Actualmente esta última norma se corresponde con el artículo 283 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). Ni antes ni ahora —tampoco la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, de reforma al texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedi-

mientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en adelante Ley 16/2022— el legislador ha establecido, a modo de regla general, el momento en que ha de valorarse la condición de persona especialmente relacionada con el deudor. Una parte de la doctrina entiende que ante el silencio legal parece adecuado reclamar la concurrencia de este carácter al menos al constituirse la relación crediticia, por ser la solución más conforme con la finalidad prevista en la norma. Cfr. (ALONSO LEDESMA, 2020, 621); (ARIAS VARONA, 2020, 1395 y sigs.). En contra de esta interpretación y a favor de emplear como referente temporal la declaración del concurso, o los dos años anteriores a esa fecha: (GARRIDO, 2006, 1674).

[13] En el mismo sentido véase: SSTS 134/2016, de 4 de marzo; 239/2018, de 24 de abril; 588/2018, de 23 de octubre, donde se establece que «la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (…) tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito), que en la posterior de la declaración del concurso». STS 588/2018, de 23 de octubre, fundamento de derecho segundo.

[14] La Ley 16/2022 ha mantenido incólume el contenido de este subapartado 3 del apartado 2.

[15] En las sentencias que se están comentando el Tribunal Supremo ha reconocido que el crédito de reembolso supone una recuperación de la inversión efectuada, y tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad por lo que no cabe en el régimen de excepción a la subordinación, según el artículo 92.5 en su redacción conforme la Ley 38/2011. En contra de equiparar el crédito de reembolso con un crédito semejante o similar a un préstamo o análoga finalidad, pero también en contra de aplicar la excepción a la subordinación, por conculcar, como se verá más adelante en el texto, las normas societarias: (BRENES CORTES, 2018, p.12); (PULGAR EZQUERRA, 2018, 293).

[16] Fundamento de derecho quinto, AP La Coruña (Sección 4.ª), núm. 11/2018 de 15 de enero de 2018.

[17] Ibidem.

[18] Cabe agregar que en este caso la Audiencia entendió que tampoco concurría ya en el acreedor demandante —socio saliente— la condición de persona especialmente relacionada con el deudor —presupuesto para la subordinación—, por cuanto interpretó que la condición de socio se había perdido con la notificación a la sociedad. A este respecto, la Sala precisa que tampoco obsta a esta pérdida la discusión sobre la valoración de las acciones, de tal manera que no habría razón para sostener que el acreedor conserva una condición que lo convierte, por su participación en el capital, en una persona especialmente vinculada con la concursada. Una vez ejercitado el derecho de separación, el socio saliente resulta titular —insiste la Audiencia— de un crédito al reembolso (art. 356 LSC), distinto e incompatible con el derecho a participar en los beneficios sociales, vía artículo 93 LC. Cfr. fundamento de derecho quinto. Valoración del Tribunal. SAP La Coruña núm. 12/2018, de 15 de enero.

[19] Cfr. (BRENES CORTES, 2018, 12); (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 9).

[20] Cfr. (PULGAR EZQUERRA, 2018, 294; 2017, 19 y sigs.); (BRENES CORTES, 2018, 12).

[21] (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 11). Tras la reciente reforma por Ley 16/2022 podrá pensarse ¿ha de esperarse otra reforma más? Se quiera o no, la cuestión sigue sin estar definida y pensamos que acabará por concretarse en el Derecho positivo, como una manifestación de la cada vez más estrecha relación entre el Derecho concursal y el Derecho societario. Nótese que la Ley 16/2022 ha recogido esta proximidad en sede preconcursal, así por lo que respecta a la decisión de los socios sobre la aprobación del plan de reestructuración, ordena estar a lo establecido para el tipo legal que corresponda, y prevé para las sociedades de capital determinadas especialidades con el fin de acelerar el proceso y facilitar la consecución de un acuerdo favorable al plan. (cfr. art. 631 TRLC).

[22] (PULGAR EZQUERRA, 2017, 20)

[23] (PULGAR EZQUERRA, 2018, 295).
[24] Ibidem.
[25] Ibidem.
[26] Cfr. (GARCÍA-CRUCES, 2021, 1745 y sigs.).
[27] Cfr. (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, GARCÍA VILLARRUBIA BERNABÉ, 2021, 10).

2. MERCANTIL

La infracción del deber de lealtad en clave de nulidades

Violation of the duty of loyalty in terms of annulments

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: La doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la naturaleza de la acción de anulación ante la infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT: The contradictory doctrine in the Provincial Courts on the nature of the annulment action in the event of a breach of the duty of loyalty of the Capital Companies Law.

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Deber de lealtad.

KEY WORDS: Action for annulment. Duty of loyalty.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONCURRENCIA DE REMEDIOS—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya hemos venido poniendo de manifiesto, en otras ocasiones[1], ya hemos atendido a la naturaleza jurídica de la acción de *anulación* que nos ofrece el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital y no resulta nuestra intención volver a incidir sobre lo mismo, más allá de lo estrictamente necesario, reflejando en este caso el nuevo y reciente criterio que nos ofrece sobre el particular la Audiencia Provincial de Madrid en contradicción con el resuelto por otras Audiencias Provinciales, como por ejemplo, la de Barcelona, lo que nos hace estar atentos ante la posibilidad de recurso de casación, en su día, ante la contradicción de doctrinas en nuestra jurisprudencia menor.

De esta forma, en la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y con remisión a la existente sobre el particular del Tribunal Supremo, no solo destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero

de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195) que anuda la consecuencia de la nulidad absoluta por causa ilícita del contrato suscrito con infracción del deber de lealtad y sin evitar el conflicto de interés mediante el previo acuerdo de la junta general correspondiente, sino que también colacionamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª) número 490/2021 de 27 abril de 2021 (JUR\2021\267872), que sobre el particular razona lo siguiente:

4.2. La Sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de junio de 2020 (PROV 2020, 250791) (Pte: D. Javier Antón Guijarro) dice lo siguiente:

SEGUNDO: El deber de lealtad que incumbe al administrador social y que se encuentra configurado en sus términos generales en el artículo 227 LSC, aparece desarrollado en el artículo 228 LSC para desglosar cada una de las obligaciones básicas que lo integran, siendo una de ellas la del deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses personales. El apartado e) del artículo 228 LSC regula esta concreta obligación al disponer que el deber de lealtad obliga al administrador a «e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

Este deber de evitar las situaciones de conflicto de interés, tal y como aparece regulado en el apartado e), resulta a su vez desarrollado en el artículo 299-1 LSC en el que se describen una serie de conductas respecto de las cuales el administrador tiene la obligación de abstenerse, siendo la primera de ellas «a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad».

De esta regulación se extrae que el administrador social viene obligado, como concreción del deber genérico de lealtad, a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses, como puede ocurrir en el caso de las transacciones realizadas con la sociedad. La primera precisión que cabe realizar es que, como destaca la doctrina mercantilista, lo que la norma está tipificando es un supuesto de peligro abstracto pues lo que se persigue no es tanto sancionar un resultado dañoso o lesivo como el evitar la situación misma de riesgo con la tentación que conlleva de alcanzarlo. Se trata por tanto de un deber que se despliega ex ante y que se resume en la regla «ningún conflicto». Y la segunda es que esta regla general de abstención rige en todas aquellas transacciones con la sociedad tanto si la otra parte es el propio administrador como si lo es una persona vinculada a él (vid. art. 229-2 LSC), entendido este último concepto en los términos del artículo 231 LSC.

4.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5282) (Pte: D. Rafael Sarazá Jimena) dice lo siguiente:

TERCERO. Decisión del tribunal (I): consideraciones generales sobre el deber de lealtad de los administradores sociales consistente en la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés

...

3. Los preceptos legales relevantes para resolver el recurso, a excepción del artículo 231 LSC, han sido redactados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

4. El artículo 227.1 LSC establece:

«Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad».

5. Este precepto establece el deber de comportamiento leal de los administradores, que actúa como cláusula general respecto de las concreciones que se desarrollan en los artículos siguientes.

6. Esta formulación genérica del deber de lealtad se ve complementada con una enumeración ejemplificativa de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se contiene en el artículo 228 LSC. Su último apartado, letra e), establece:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

7. Esta obligación es, a su vez, desarrollada en el artículo 229.1 LSC que, en sus seis apartados (letras a] a f]), enumera una serie de obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés del artículo 228.e) LSC.

8. Las enumeraciones contenidas en los artículos 228 y 229 LSC no son exhaustivas, por lo que la regla del artículo 227.1 LSC mantiene su valor de cláusula general y permite valorar, desde la óptica del cumplimiento de este deber de lealtad, otras conductas de los administradores.

9. El artículo 229.2 LSC dispone que «[l]as previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador». A su vez, el artículo 231 LSC contiene un listado, con el carácter de numerus clausus [relación cerrada], de quiénes son esas personas vinculadas a los administradores sociales a los efectos del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. En consecuencia, el deber de lealtad es infringido tanto cuando el conflicto de interés se produce entre la sociedad y el administrador, actuando este por cuenta propia o ajena, como cuando el conflicto se produce entre la sociedad y una persona vinculada con el administrador, considerándose como persona vinculada cualquiera de las enumeradas en el artículo 231 LSC.

10. Dado el sistema de cláusula general con varias subcláusulas ejemplificativas que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular el deber de lealtad de los administradores sociales, el administrador social habrá vulnerado el deber de lealtad también en supuestos en los que su conducta determine una situación de conflicto de interés que no se ajuste necesariamente a alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del artículo 229.1 LSC. Pero el recurso de casación se ha fundado en que la infracción legal cometida por la sentencia recurrida ha consistido en no considerar que los administradores cesados incurrieron en las conductas descritas en los apartados a) y f) del artículo 229.1 LSC, por lo que debemos ceñir nuestra resolución a valorar si la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha infringido, por haberlos aplicado incorrectamente, los preceptos legales invocados como fundamento del recurso.

CUARTO. Decisión del tribunal (II): el conflicto de interés consistente en la realización de transacciones con la sociedad

1. Al resolver este primer motivo del recurso, decidiremos si la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado el artículo 229.1.a) LSC al no haber apreciado la vulneración por parte de los consejeros cesados de la obligación de evitar el conflicto de interés regulada en dicho precepto.

2. El artículo 229.1.a) LSC dispone que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 LSC obliga al adminis-

trador a abstenerse de «[r]ealizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad».

...

10. Como hemos explicado anteriormente, el artículo 229.1 LSC desarrolla las obligaciones básicas que se derivan a su vez del deber de evitar las situaciones de conflicto de interés establecido en el artículo 228.e) LSC. El artículo 229.2 LSC extiende esas obligaciones al caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador, y persona vinculada solo lo es una de las enumeradas en el artículo 231 LSC, que contiene una lista cerrada.

11. Por tanto, para la aplicación del artículo 229.2 LSC no basta cualquier vinculación entre el administrador y la persona que realice la conducta prevista en el artículo 229.1.a) LSC. Las personas vinculadas al administrador, a efectos de aplicar el artículo 229.2 LSC, son exclusivamente las enumeradas en el artículo 231 LSC. La vinculación social consistente en que el administrador social sea, a su vez, alto directivo o incluso administrador de otra sociedad con la que se produce el conflicto de interés no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 231 LSC, salvo que el administrador social en cuestión ejerza, respecto de la otra sociedad, un control en alguna de las formas previstas en el artículo 42 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), lo que no sucede en el caso objeto del recurso.

12. El artículo 228.e) LSC, del que es desarrollo el artículo 229 LSC, establece como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, la de «[a]doptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad». La proyección de esta previsión sobre el supuesto del artículo 229.1.a) LSC estriba en que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador realice las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, colisionan los intereses de dos «principales» y los deberes de lealtad del administrador respecto de cada uno de esos dos «principales», por lo que surge el riesgo de que los intereses de la sociedad administrada queden postergados.

OCTAVO.- Decisión del tribunal: el carácter imperativo del deber de lealtad

3. En primer lugar, a la obligación derivada del deber de lealtad prevista en el artículo 229.1.e LSC es aplicable el apartado tercero del artículo 230 LSC, no el apartado segundo transcrito en la sentencia recurrida. La prohibición de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad se establece en el artículo 229.1.e LSC junto con la prohibición de desarrollar actividades que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Ambas conductas, a diferencia de otras previstas en los anteriores apartados del artículo 229.1 LSC, presentan unos caracteres comunes, fundamentalmente el de no consistir en actuaciones concretas o episódicas, sino en una situación duradera, de carácter estructural, que puede proyectar sus efectos de forma continuada en el tiempo. Por tanto, en el caso de las conductas del artículo 229.1.f) LSC, la dispensa no se realiza para casos singulares, como ocurre con la dispensa regulada en el artículo 230.2 LSC, sino con carácter permanente.

4. Por tal razón, se dota de especiales cautelas a la dispensa de esta conducta. En primer lugar, dicho deber de lealtad solo podrá ser objeto de dispensa en el

supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

5. Además, la dispensa ha de concederse mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

6. Y, por último, pese a la concesión de la dispensa, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle las actividades para las que se le concedió la dispensa cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

7. En el presente caso, no hay acuerdo alguno de la junta general, expreso y separado, que otorgue la dispensa.

8. El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber. En consecuencia, si se considera que el régimen estatutario establecido tras la entrada de Duro Felguera en el accionariado de EIA XXI (fundamentalmente, las previsiones estatutarias que establecieron el derecho de representación proporcional del socio minoritario junto con la concesión a los administradores nombrados de este modo de derecho de veto en las materias fundamentales), por las circunstancias concurrentes (que ese socio minoritario con derecho a nombrar administradores sociales por el sistema de representación proporcional se encuentra en un conflicto de interés estructural con la sociedad), es incompatible con el deber de lealtad de los administradores sociales, dichas previsiones estatutarias no pueden ser opuestas frente a la imperatividad del deber de lealtad establecido en la ley.

4.4. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1238) (Pte: D. Rafael Sarazá Jimena) dice lo siguiente:

SÉPTIMO. Decisión de la Sala. La comunicación del conflicto de intereses.

1. Pese a que el interés casacional alegado para la admisión del motivo consistía en que la norma en cuya infracción se fundaba el recurso, el artículo 229.1 TRLSC, llevaba en vigor menos de cinco años, al haber sido introducida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ha de precisarse que dicha norma tiene actualmente otra ubicación y algunas modificaciones de redacción, puesto que fue modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

El texto del precepto vigente en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados y que ha de tenerse en cuenta para resolver el recurso es el siguiente:

«Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses.

»1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.

»El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera».

La primera parte de esa norma se encuentra actualmente en la primera parte del artículo 229.3 de la vigente redacción de la ley, que establece:

«En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad».

En cuanto a la última parte del precepto, el artículo 228.c del nuevo texto establece:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...]

»c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado».

2. El precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. En la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible.

3. El precepto se encuentra en el capítulo dedicado a los deberes de los administradores.

En cuanto a las consecuencias de la infracción de ese deber, el artículo 236.1 TRLSC vigente cuando sucedieron los hechos, declaraba:

«Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

En la actual redacción de la ley, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el artículo 227.2 TRLSC establece:

«La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador».

Y el actual artículo 232 TRLSC añade:

«El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad».

QUINTO. A la vista de la doctrina expuesta, su aplicación al caso aquí enjuiciado no puede sino conllevar la total estimación de la demanda, aceptando, en primer lugar, la legitimación activa de CLUB DE GOLF EL CORTIJO, S.L. para ejercitar la acción de nulidad de la escritura pública de reconocimiento de deuda de 13 de octubre de 2010 y, en segundo lugar, declarando la nulidad de la misma al haber infringido el administrador único el deber de lealtad al suscribir dicha escritura no obstante el más que obvio conflicto de interés que existía, debiendo dar a aquí por reproducidas las alegaciones vertidas en el recurso de apelación y expuestas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

Se estima la demanda interpuesta por CLUB DE GOLF EL CORTIJO, S.L. contra INVERSIONES EL ISLOTE DEL FRANCÉS, S.L., PROMOTORA PARQUE SAN JUAN, S.L. y PROMOBANDAMA, S.A. Y HOYA POZUELO, S.L. y, en consecuencia, se declare nula la escritura pública de reconocimiento de deuda de 13 de octubre del 2010 en la cantidad de 7612716,94 euros por haber sido otorgada en

caso de evidente conflicto de intereses sin aprobación previa de la Junta General y sin posterior homologación validante por parte de esta y con expresa condena en costas a los demandados.

Con posterioridad hemos tenido conocimiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de abril de 2022 (Id Cendoj:28079370282022100388), donde se pronuncia aplicando el régimen de la anulabilidad a los supuestos de infracción del deber de lealtad de los administradores, en contra, a juicio nuestro, de la doctrina mercantilista mayoritaria[2] y de los pareceres de otras Audiencias Provinciales como la de Barcelona y la de Audiencia Provincial de Las Palmas.

De esta forma, razona la Audiencia Provincial de Madrid:

(16).- Aclarado lo anterior, debe ahora determinarse si la causa invocada como fuente de nulidad de los contratos integra un supuesto de nulidad absoluta o relativa, esto es, anulabilidad, ya que de ello depende la aplicación de las distintas instituciones que observan el transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas.

La eventual acción de invalidez de los contratos derivada de la infracción del deber de lealtad de los administradores sociales debe ser calificada de anulabilidad o nulidad relativa. Debe recordarse que el Derecho establece, según la doctrina, diferentes tipos de ineficacia del negocio jurídico celebrado, privándole de las consecuencias que normalmente debería desplegar en el mundo jurídico. Dicha ineficacia, en sentido amplio, se concreta en causas de invalidez, intrínsecas a la propia celebración del negocio, al tiempo de su nacimiento a la vida jurídica, y causas de ineficacia en sentido estricto, por razones extrínsecas al negocio que, en sí mismo contemplado, debería ser válido, pero se establece su ineficacia funcional, como son los supuestos de revocación, rescisión, resolución, reintegración, etc.

Dentro del primer tipo de ineficacia en sentido amplio, esto es, causas de invalidez del negocio, se distinguen a su vez dos instituciones básicas, la nulidad y la anulabilidad. En la primera, nulidad, se cobijan supuestos que la doctrina identifica como de inexistencia misma del negocio, al carecer en origen de alguno de los elementos esenciales que hubieran permitido su nacimiento a la vida jurídica, así como los supuestos en que el negocio se celebró con infracción de normas prohibitivas o imperativas, cuya vulneración tenga prevista la sanción de invalidez absoluta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 CC. Son rasgos propios de esta clase de invalidez el operar ipso iure*, de manera inmediata, gozar de una acción imprescriptible para su declaración, con efectos* erga omnes*, y no resultar subsanable.*

El segundo tipo de invalidez es la anulabilidad. Se da cuando en la celebración del negocio concurre algún vicio que afecte a sus elementos estructurales o infracción de norma que no lleve aparejada la nulidad radical. En tales supuestos, en negocio, en principio, despliega sus efectos naturales, y lo que se concede a los interesados es la mera posibilidad de ejercer una acción para anular aquel negocio, que, de no ser ejercitada, o no hacerlo en plazo, determina la plena convalidación del negocio y sus efectos. También admite esta institución la denominada confirmación del negocio anulable, artículo 1309 CC, de manera que los interesados, posteriormente al perfeccionamiento del negocio, pueden expresar la voluntad, tácita o expresamente, de aceptar el negocio con sus efectos, pese a la presencia del vicio de anulabilidad. Por tanto, la acción de anulabilidad es plenamente disponible por los sujetos legitimados para ello, y su ejercicio está sujeto a los plazos legalmente previstos, artículo 1301 CC.

De acuerdo con la estructura y caracteres que se ha expuesto de esas instituciones, el encaje de la posible nulidad del negocio celebrado por los administradores sociales con infracción de su deber de lealtad, es el del régimen de anulabilidad, ya que, pese a la existencia del conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad en la celebración del negocio de que se trate, la sociedad puede dispensar de tal conflicto, artículo 230.1 TRLSC, previo a la citada reforma de la Ley 31/2014. Es decir, se establece la disponibilidad de la acción de anulabilidad de dicho negocio por la sociedad, la que puede confirmar la actuación del administrador, si finalmente ese es su interés. Por otro lado, cuando se ha dado tratamiento legal expreso a la afectación de la infracción del deber de lealtad sobre la validez de los negocios celebrados bajo dicha infracción, se ha optado por el régimen de la anulabilidad, como expresa el actual artículo 232 TRLSC, circunstancia esta que apunta a que, en la práctica, ello ya era así antes de su positivización normativa, de acuerdo con los principios generales del Derecho privado. Es decir, si una de las finalidades esenciales de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, era la de intensificar especialmente la tutela del deber de lealtad de los administradores, no tendría lógica haber optado por la sanción más leve, el régimen de anulabilidad, si en nuestro ordenamiento ya hubiera existido una respuesta más enérgica para su infracción, la nulidad radical.

Incluso ese régimen de anulabilidad se aplicaría en la hipótesis de asumir la alegación de Belinda sobre que también sustentaba su demanda sobre la institución de la autocontratación en conflicto de intereses, donde se admite confirmación o sanación del negocio que resulte de esa autocontratación, vd. SsTS núm. 1133/2001,de 29 de noviembre y núm. 562/2012, de 8 de octubre.

En honor a la verdad, la anulabilidad como solución al problema sí había tenido eco en los autores. De esta forma, GARCÍA VILLARUBIA[3] parece decantarse por la configuración de la acción como de nulidad relativa o anulabilidad cuando razona que: «Otra vía pasaría por configurar la acción de anulación del artículo 232 LSC con contornos propios de una acción de anulabilidad o nulidad relativa. La principal dificultad de este segundo camino estaría en el encaje de estos supuestos en alguno de los vicios de anulabilidad contemplados por el ordenamiento. Pero la dificultad podría superarse entendiendo que se estaría, en estos casos, no ante defectos por sí solos estructurales del propio negocio jurídico, sino de defectos en la formación de la voluntad de uno de los contratantes (la sociedad en cuyo seno se ha producido la lesión al interés social); en definitiva, de una suerte de vicio de voluntad próximo a un vicio del consentimiento, que consistiría en la emisión de la declaración de voluntad con lesión del deber de lealtad y, además, de manera contraria al interés social. El consentimiento solo estaría realmente viciado si, además del comportamiento puramente infractor del deber de lealtad, el acto o contrato es contrario al interés social. Esta tesis (que podría sostenerse con más facilidad en los casos de las infracciones tipológicas que en los de infracciones sustantivas) solucionaría los problemas de ausencia de plazo para el ejercicio de la acción, que estaría sometida a la caducidad del artículo 1301 del Código Civil. Además, sería compatible con la idea de dispensa, que como se ha visto no es fácil de encajar en una acción de nulidad de pleno derecho. En efecto, en tanto el artículo 230 LSC permite la dispensa —*a priori* o *a posteriori*— por parte de la junta general o del órgano de administración de los actos y contratos realizados por los administradores con violación del deber de lealtad, esta dispensa podría interpretarse como una confirmación —en el caso de la dispensa *a posteriori*— del negocio anulable *ex* artículo 1.309 del Código Civil».

II. LA CONCURRENCIA DE REMEDIOS

Con crítica a las anteriores posturas, sostuvimos que en realidad dicho conflicto de intereses infringido había que ubicarlo dentro de la ausencia de poder y por tanto en la categoría del contrato inexistente, *ex.* artículo 1259 del Código Civil.

En apoyo de nuestra postura, acudíamos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. — Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. — Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad — Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211),* cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

«*El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional*».

Pero además en casos de ausencia de poder, ¿el acto o contrato con infracción conflictual podría considerarse nulo por causa ilícita o por contravención de norma imperativa? Entendemos que no, ya que la ausencia de poder conlleva la ineficacia del acto o contrato, pero no su nulidad, *ex.* artículo 1259 del Código Civil. ¿Pero sería ratificable?, entendemos que sí, por aplicación de lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital (pese a la ausencia de previsión expresa de la ratificación *a posteriori* en dicha norma y con apoyo en la autorización *a priori* que permite la referida norma societaria), lo que lógicamente ha de excluir la categoría de la nulidad, ante la imposible convalidación o ratificación del negocio nulo.

Sin embargo, para los casos de abuso de poder, creemos que, el acto habría de ser considerado nulo por ilicitud causal, en aplicación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, *ex.* artículo 1275 del Código Civil al infringirse la normativa reguladora de los deberes de lealtad previstos para los administradores de las sociedades de capital, con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 del Código Civil.

Es decir, hemos venido exponiendo una solución genérica a través de la ausencia de poder que admite matizaciones en los casos de abuso de poder que sí nos puede conllevar a la nulidad absoluta del acto o contrato a través del que se ha infringido el deber de lealtad, o sea, no consideramos que exista una absoluta y *a priori* exclusión de instituciones debiendo ser las concretas circunstancias del caso la que nos conduzcan a la correcta aplicación de las mismas, por lo que no debería enjuiciarse la exclusión de categorías como de inicio creemos que ha de ser.

Pese a la exclusión categórica de la concurrencia de soluciones o remedios que nos ofrece la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2022 al realizar una contraposición entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, decantándose por esta última, no es menos cierto que la propia Audiencia o bien entra una contradicción o incoherencia en su razonar, o bien, está admitiendo esa concurrencia de remedios que hemos apuntado anteriormente, cuando expresa en sus considerandos finales lo siguiente:

(29) Efectos de la anulación. La declarada nulidad de los contratos, dada su causa ilícita, por infracción de un deber legal como es de lealtad sobre los administradores sociales, debe alcanzar tanto a las compraventas realizadas como al negocio accesorio que da lugar al derecho real de garantía, la prenda, con los efectos del artículo 1303 CC. De acuerdo con ello, deberán restituirse las partes aquellas prestaciones recibidas, en su caso, con frutos e intereses. También procede la condena a reintegrar por parte de los demandados los gastos en los que EL ENEBRO SA incurrió para la celebración de los citados contratos, gasto derivado de la imposición de la celebración de dichos contratos, acto en que consiste la infracción del deber de lealtad, por lo que ello alcanza también al consejero no vendedor, Sergio»

Esto es, viene a tildar el contrato con causa ilícita y como sabemos la ilicitud causal es una causa de nulidad absoluta, pese a haberse decantado y razonado en clave de anulabilidad o nulidad relativa.

Al hilo de lo anterior, se hace obligatorio recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 (sentencia 163/2021 de 23 de marzo de 2021, Rec. 5093/2018) niega la posibilidad de que el préstamo tuviera una causa ilícita al entender que no existía un propósito común de las partes contratantes del préstamo que pudiera tildar al mismo de contrato ilícito, en función de los datos del caso donde los empleados solo fueron condenados en la vía penal por imprudencia en la comisión del delito de blanqueo de capitales y no por dolo, razonando al respecto lo siguiente:

11 Por tanto, tres son los requisitos para que la motivación jurídicamente relevante constituya la causa ilícita determinante de la ineficacia del contrato: i) ha de ser opuesta «a las leyes o a la moral» (art. 1275 CC); ii) ha de ser determinante de la celebración del contrato; iii) ha de ser común a ambas partes, porque ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito o porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya conocido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

(…)

22. La consecuencia de lo expuesto es que, al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales que procede imponer a quienes incumplieron las obligaciones que les imponía la normativa sobre blanqueo de capitales, como de hecho han sido ya impuestas en el ámbito penal.

Coincidimos con el Tribunal Supremo en que para apreciar la existencia de ilicitud causal ha de constarse el propósito común ilícito en la conducta de ambas partes para aplicarse la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil, argumento que traído al tema que nos ocupa nos puede llevar a sostener que la consideración de la infracción del deber de lealtad como supuesto de abuso de poder o como anulabilidad no implica que en función de las circunstancias del caso, este haya de tratarse de un auténtico supuesto de nulidad absoluta por ilicitud causal, en los términos a los que nos hemos venido refiriendo anteriormente.

Eso nos hace decantarnos por la concurrencia teórica de soluciones, según decíamos, con necesidad de especificación, en función de las características del

caso en concreto, pero como en estos momentos estamos atendiendo a la solución de la anulabilidad que ha sido la adoptada por la Audiencia Provincial de Madrid, ¿puede un contrato ser considerado anulable y a la vez nulo por ilícito causal? En nuestra opinión sí, según la concretas patologías contractuales apreciables.

Sobre este particular, recordamos el estudio que sobre la anulabilidad hiciera en su día DELGADO ECHEVARRÍA[4] donde gráficamente y con claridad razonó al respecto lo siguiente: «…nos interesa señalar que no parece acertado negar la posibilidad de concurrencia de nulidad y anulabilidad en un mismo negocio. Se ha objetado, en una consideración puramente formal y casi diría verbalista, que el negocio absolutamente nulo, inexistente, que no produce ningún efecto, no podría ser impugnado, como no se podría matar a un muerto, o expulsar a un enemigo inexistente. Pero si nos despojamos de las imágenes y tenemos en cuenta que las distintas formas de ineficacia no son sino disciplinas diversas que el ordenamiento prevé para cuando concurran ciertas irregularidades o imperfecciones en el negocio, no habrá dificultad en admitir la posibilidad de que la misma disciplina venga ordenada por distintos fundamentos concurrentes, o que disciplinas distingas coincidan en un mismo espécimen negocial, a reserva de precisar luego, según los casos, cuál de ellas debe prevaler, o cómo se armonizan.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas. Piénsese en una venta de inmueble, nula de pleno derecho por oponerse a prohibición legal, en que una de las partes prestó el consentimiento por error sustancial. ¿Podrá hacerse valer autónomamente la anulabilidad por esta última causa? Estaríamos tentados a la negativa, no por supuestas razones de lógica como las antes desechadas, sino porque en principio, el Tribunal debería de oficio apreciar la causa de nulidad de pleno derecho, aun no alegada por nadie. Pero, aparte de que puede quedar oculta en el proceso, piénsese en un tercer adquirente del inmueble, conocedor del error, pero no de la infracción legal del negocio en el que no fue parte. ¿Se le consideraría por ello de buena fe y protegido en su caso por el Registro?. A esta inconveniente consecuencia nos llevaría negar el carácter de anulable por vicio del consentimiento a negocio que hemos supuesto además nulo de pleno derecho.

Recuérdese, por otra parte, además que las consecuencias de la declaración de nulidad, o de la anulación, no son las mismas en todos los casos. Puede suceder que ambos contratantes queden obligados recíprocamente a restituirse las prestaciones: es el caso normal, tanto en la nulidad como en la anulabilidad. Pero también que ninguno de ellos o solo uno pueda pedir lo entregado, quedándose con lo recibido: es la hipótesis de causa ilícita. O que uno de ellos no haya de restituir sino en cuanto se hubiere enriquecido, cuando la causa de anulación sea la incapacidad. ¿Qué disciplina de las tres enunciadas se aplicará a un caso en que concurran los supuestos de dos de ellas, o aun de las tres? (por ejemplo, arrendamiento por menor de edad penalmente responsable de un piso para dedicarlo a prostíbulo — siendo ello conocido por ambas partes — en edificio en que esté prohibido por ley especial el arrendamiento). No encuentro en la doctrina ni en la jurisprudencia guía alguna para resolver estos problemas. Da la impresión de que la disciplina de los artículos 1305 y 1306 prevalecerá siempre que medie causa ilícita, aun siendo incapaz una de las partes: lo que aún es más claro si hubo delito por su parte. Fuera de este caso, parece también que el incapaz podrá siempre hacer valer la anulabilidad por esta causa, y por tanto la regulación privilegiada del artículo 1304.

Esto último ocurrirá también cuando concurra, junto a la incapacidad de una parte, otra causa de impugnación a favor de la parte capaz que, por ejemplo,

contrató por error o era persona casada y no contaba con el consentimiento del cónyuge necesario en aquel caso».

El recurso a la cita doctrinal anterior se nos antoja conveniente para poder sostener la tesis que consideramos correcta para el enjuiciamiento de la infracción del deber de lealtad: a saber, pese a la consideración inicial de anulabilidad del supuesto que pudiera hacerse, de seguir los razonamientos (principalmente, sobre la posible convalidación o ratificación del negocio por parte de la junta general de la sociedad) a los que nos conduce el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid, no es menos cierto que según se nos presente el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica puede tornar a la nulidad absoluta en los supuestos de concurrencia de un ilícito causal como pudiera suceder en aquellos supuestos de abuso de poder.

Sin duda, la anterior solución salva también obstáculos en el caso particular del que se trate como el de la legitimación activa del socio para esgrimir la causa de nulidad, siendo este un problema en el que la Audiencia Provincial de Madrid no entra en su análisis de forma debida, obviando, el escollo que para ello supone el artículo 1302 del Código Civil que literalmente restringe el ámbito de la legitimación activa de la anulabilidad del siguiente modo: «*Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos*».

De hecho, resulta meramente aparente rotundidad con la que la Audiencia Provincial de Madrid resuelve el problema de la legitimación activa del socio en los casos de infracción del deber de lealtad, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5044),

»*En cualquier caso, para juzgar sobre su legitimación no puede obviarse la causa o el motivo de nulidad invocado. En nuestro caso, en la demanda se invocaron dos causas de nulidad, la inexistencia de causa y la ilicitud de la causa (art. 1276 CC [LEG 1889, 27]), porque la compraventa se realiza sin que conste el abono del precio y a favor de otra sociedad que se acababa de constituir por tres de los cuatro hermanos, socios de la entidad vendedora, siendo la otra socia la que pide la nulidad.*

Es decir, es la inexistencia de causa o ilicitud causal y no la configuración del caso como un supuesto de mera anulabilidad la que abre según el Tribunal Supremo la legitimación activa del socio en los casos de infracción del deber de lealtad, con la importancia que ello supone en casos típicos donde si no es por la acción del socio, ni la sociedad en cuestión controlada mayoritariamente por el órgano de administración infractor ni este propio órgano de administración interpondrán —obviamente, conforme a sus intereses— la acción de «anulación» ante el negocio en que se han infringido estas normas de gobierno corporativo.

Pero para concluir, volvamos sobre la calificación del negocio. Como hemos expuesto, en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021 (Id Cendoj: 08019370152021100195), en relación con la nulidad contractual, la actora alegó en la demanda que el contrato de arrendamiento de la vivienda se suscribió por el administrador incumpliendo el deber de lealtad, al haberse otorgado en favor de una persona vinculada (hijo) y en condiciones muy favorables (renta inferior a la de mercado, con una duración de cincuenta años y reconociendo un derecho de subrogación a favor de sus herederos).

En este supuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona se inclinó por la nulidad absoluta al apreciar el ilícito causal (sin duda y en clave de nulidad se puede apreciar que el arrendamiento concertado por padre e hijo obedece a un propósito común ilícito en la conducta de ambas partes para aplicarse la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil, en función de las antedichas condiciones

contractuales del arrendamiento en cuestión). En este caso y analizado el caso en clave de nulidad como de hecho efectúa la doctrina mercantilista mayoritaria y las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas así como en aquellos casos de abuso de poder a los que nos hemos referido anteriormente, puede sostenerse en nuestra opinión que el ilícito causal derivado de la infracción del deber de lealtad como uno de los ejes del gobierno corporativo, habría de prevaler en nuestro juicio a la consideración del caso como de nulidad relativa o anulabilidad en contra del criterio tan rigorista y absoluto que nos ofrece la Audiencia Provincial de Madrid, con las importantes consecuencias que ello implica no solo en cuanto a legitimación activa para la interposición de la acción sino también en relación con las restitutorias, en aplicación de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 498/2014, de 23 de septiembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 abril de 2021.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de abril de 2022.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO ECHEVARRÍA. La anulabilidad. *Anuario de Derecho Civil*. Fascículo IV, 1976, 1042 y sigs.

DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre 2014.

GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35.

JUSTE MENCÍA. Artículo 227. Deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015.

MASSAGUER FUENTES. Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015.

PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, núm. 39.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, núm. 786, 2021

— La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 759.

— La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 790.

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 97, núm. 786, 2021, 2619-2635.

— La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* N.º 759, 513-529.

– La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* N.º 790, 2022, 1280-1292.

[2] PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, núm. 39, 64. JUSTE MENCÍA. Artículo 227. Deber de lealtad, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015, 360 y sigs.; MASSAGUER FUENTES. Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (Coord.), Pamplona, 2015, 427 y sigs.; y DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre 2014.

[3] GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35, 2015.

[4] DELGADO ECHEVARRÍA. La anulabilidad. *Anuario de Derecho Civil.* Fascículo IV, 1976, páginas 1042 y sigs.

3. URBANISMO

Titularidad de suelo en el proceso reparcelatorio: determinación y situaciones especiales

Ownership of land in the reparcelling process: determination and special situations

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La necesidad de actuar con los propietarios de suelo en el curso de los procesos reparcelatorios exige, tanto de la Administración como de las entidades urbanísticas que tienen legalmente encomendado el desarrollo de los actos iniciales del proceso, vigilar con especial atención la realización de aquellas actuaciones previas encaminadas a su identificación y localización, tarea en la cual cobra una importancia central, en primer lugar, la información obtenida de los asientos del Registro de la Propiedad por la presunción de titularidad que de ellos resulta y, sucesivamente, los medios que de modo subsidiario ofrece el ordenamiento con el mismo fin de tal modo que pueda quedar garantizada la legalidad formal y material del conjunto de las actuaciones mediante la correcta definición del cuadro completo de los titulares de suelo afectados.

ABSTRACT: The need to act with the owners of land in the course of reparcelling processes requires both the Administration and the urban development bodies legally entrusted with the development of the initial acts of the process to monitor with special attention the performance of those preliminary actions aimed at identifying and locating them, In this task it is important, in the first place, the pronouncements of the Land Registry due to the presumption of ownership that the registry entries provide and, subsequently, the alternatives that the system offers in a subsidiary manner to guarantee the formal and material legality of the actions through the correct definition of the complete list of affected land owners.

PALABRAS CLAVE: Proyecto. Reparcelación. Tramitación administrativa. Identificación y localización de propietarios. Titular registral. Titularidad sobrevenida.

KEY WORDS: Reparcelling project. Administrative processing. Identification and location of owners. Registered owner. New ownership.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DE SUELO EN LOS PROCESOS REPARCELATORIOS: 1. Marco jurídico aplicable. 2. La posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de

los Registros y del Notariado. 3. La fase inicial de identificación de los propietarios. 4. La determinación previa de las titularidades como presupuesto de la nota marginal de iniciación del procedimiento reparcelatorio.—III. LA APARICIÓN SOBREVENIDA DE UN NUEVO TITULAR REGISTRAL.—IV. SITUACIONES ESPECIALES SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TITULARES DE SUELO EN LA REPARCELACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

La condición de quienes son propietarios de terrenos afectados por una actuación de transformación urbanística como parte en los expedientes de reparcelación, en unión de los titulares de derechos reales sobre ellos, los arrendatarios rústicos y urbanos y de quienes fueran interesados en tanto justificaran su derecho o interés legítimo, condición a la que se refiere el artículo 76.1.a del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, lleva consigo la necesidad de su acreditación ante la Administración en tanto que llamada a ejercer un control sobre la legalidad de las actuaciones seguidas durante la elaboración del respectivo Proyecto de Reparcelación y en tanto que Administración actuante a la que corresponde acordar su aprobación.

En este sentido la tarea de averiguación de la condición de propietario de suelo incluido en un ámbito reparcelatorio se encuentra en cierta medida supeditada a las reglas de tramitación en cada caso aplicables en función principalmente del sistema de ejecución elegido.

Así resulta cuando, por ejemplo, se trata del sistema más habitualmente utilizado en la práctica según ocurre con el sistema de compensación más allá de las variantes que sobre el detalle de su régimen propio han venido siendo introducidas por el legislador autonómico.

En el caso del sistema de compensación, en efecto, caracterizado por el mayor protagonismo de los propietarios de suelo al asumir tanto la realización de los instrumentos de equidistribución como la ejecución de las obras de urbanización, existe un primer filtro a fin de cumplir la tarea indicada que recae sobre los promotores particulares llamados a realizar los actos preparatorios que sucesivamente han de dar lugar al inicio del procedimiento reparcelatorio, entendido este en un sentido amplio que comienza con las actuaciones encaminadas a la constitución de la Junta de Compensación correspondiente y concluye con la redacción del Proyecto de Reparcelación para su presentación en la Administración en orden a su tramitación.

Dicho primer filtro es así particularmente relevante a la vista de las importantes consecuencias que el legislador liga a la decisión del propietario sobre su participación o no en el proceso reparcelatorio, lo que convierte en tarea fundamental la realización de cuantas pesquisas sean necesarias primero para su identificación y después para su emplazamiento en debida forma de tal modo que se puedan cumplir las condiciones necesarias para que tal decisión se llegue a adoptar con el alcance que proceda.

Junto al anterior existe un segundo filtro situado en el ámbito de la Administración urbanística a partir del momento en que recibe el Proyecto de Reparcelación dándose así inicio al procedimiento para su aprobación, fase en la cual se impone la fiscalización de las actuaciones previas para, en su caso, proceder a la subsanación de aquellos defectos formales susceptibles de ocasionar indefensión y con ello ser causa de nulidad del acto final de aprobación.

De estas dos fases se ocupa el presente comentario, lo que cobra especial importancia por la llamada que en alguna legislación autonómica se efectúa a los pronunciamientos registrales cuando la tramitación de los Proyectos de Reparcelación se encuentra en la segunda; esto es, cuando una vez redactados y presentados en la Administración esta constata la presencia de titulares registrales no tenidos en cuenta en su elaboración.

II. DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DE SUELO EN LOS PROCESOS REPARCELATORIOS.

1. Marco jurídico aplicable

Partiendo de que todo proceso reparcelatorio exige la intervención de la propiedad de los terrenos afectados con carácter general y, particularmente, cuando se actúa a través del sistema de compensación a fin de poder manifestar su voluntad de incorporación a la Junta de Compensación, la averiguación de quién ostente la condición de propietario dice el artículo 76.2 del Reglamento de Gestión Urbanística que ha de efectuarse mediante la aplicación de «*las normas de la expropiación forzosa*»; es decir, el artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

La anterior remisión supone por lo tanto que, salvo prueba en contrario, deberá considerarse propietario a quien con tal carácter conste en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, en el Catastro o, por fin, a quien lo fuera pública y notoriamente. En esta línea y en relación con la ocupación por la vía de hecho de unos terrenos por la Administración para la ejecución de una obra pública, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 3 de octubre de 2005 *(JUR* 274375) afirma que, «*a falta de titular en el Registro de la Propiedad, era obligado que el expediente se llevase a cabo con quien aparecía con el carácter de propietario en el registro fiscal, esto es, en el Catastro*».

2. La posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Dejando de lado la salvedad que refleja el anterior artículo 3.2, en relación con el papel que corresponde a los pronunciamientos registrales en orden a la identificación del propietario de suelo con el que han de seguirse las actuaciones propias del proceso reparcelatorio, resulta de interés destacar brevemente tanto la posición sostenida al respecto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 *(RJ* 9989) de la que nos ocupamos en otro lugar[1], como por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1998 *(RJ* 272).

Así, una y otra resolución revelan una posición encontrada sobre la necesidad de acudir a los pronunciamientos del Registro de la Propiedad a fin de conocer las titularidades que recaen sobre los terrenos en los procedimientos reparcelatorios pues mientras la Sentencia del Tribunal Supremo los considera como «*absolutamente extraños al expediente reparcelatorio*» pues no es su función «*velar por el tracto registral, ni hacer cumplir los preceptos que regulan y protegen dicho principio*»[2], la resolución destaca «*la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito (...), así como el principio de la salvaguarda judicial de los*

asientos registrales», lo cual impone, «*tanto al Registrador calificante como a la propia Administración Pública, la aceptación de la titularidad dominical que el Registro proclama, en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud*»[3].

3. La fase inicial de identificación de los propietarios

La identificación de los propietarios de suelo que han de participar en los procesos reparcelatorios tiene un primer momento en el desarrollo del sistema de compensación que se corresponde con la tramitación de las Bases y Estatutos de la Junta de Compensación y el otorgamiento de la escritura pública correspondiente a su constitución.

En cuanto a la tramitación de las Bases y Estatutos, de los artículos 161 y 162 del Reglamento de Gestión Urbanística resulta lo siguiente:

a) La redacción de los proyectos de Bases y Estatutos corresponde a los propietarios que reúnan el porcentaje de superficie de suelo en cada caso requerido[4] para la aplicación del sistema de compensación del ámbito de que se trate y su aprobación inicial ha de notificarse individualizadamente a todos los propietarios afectados para la formulación de alegaciones y la solicitud, en su caso, de su incorporación a la Junta.

b) La sucesiva aprobación definitiva ha de notificarse igualmente a los propietarios emplazando a los que no hubieran solicitado su incorporación a la Junta para hacerlo con la advertencia de la expropiación si no lo hicieran en el plazo al efecto concedido, tras lo cual procede el requerimiento por la Administración a los interesados para la constitución de la Junta de Compensación, pudiéndolo hacer igualmente en fecha posterior al otorgamiento dentro del plazo que ordinariamente se señala en los Estatutos[5].

Por lo demás, la anterior regulación se ve a su vez complementada por la legislación autonómica en la que, como ocurre por ejemplo con el caso de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid y de conformidad con el artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, para la preparación de la documentación correspondiente a la denominada formalización de la iniciativa para la aplicación del sistema de compensación se dice en su artículo 106.1.ª que han de expresarse sus titulares «*de acuerdo con los datos del Registro de la Propiedad y, en su caso, del Catastro*».

4. La determinación previa de las titularidades como presupuesto de la nota marginal de iniciación del procedimiento reparcelatorio

El artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, se ocupa de la llamada nota marginal de iniciación del procedimiento reparcelatorio con las consecuencias que sobre su operatividad se prevén en los artículos 14, 15, 16 y 17 siguientes[6].

Por lo que aquí interesa, esto es, cuanto atañe a la labor de identificación de los propietarios que han de intervenir en el proceso reparcelatorio, la previsión reglamentaria del citado artículo 5 consiste, por aplicación del principio de rogación, en que la práctica de la nota marginal de iniciación del procedimiento no tiene lugar a iniciativa del registrador sino «*a requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona*

o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable». Hecho ese requerimiento dice el mismo artículo que «*el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada (...) y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas*».

La anterior regulación viene anunciada en el preámbulo del propio Real Decreto 1093/1997 cuando dice que con la anterior regulación «*se detalla la rogación necesaria para la práctica de la nota marginal, su duración y la actuación que ha de observar el Registrador de la Propiedad*».

Por lo demás, el mismo régimen se desprende del artículo 68.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 cuando, al referirse a la prórroga de esta concreta nota marginal, especifica que se practicará «*a instancia del órgano o agrupación de interés urbanístico que hubiera solicitado su práctica*».

En consecuencia, la definición del cuadro de estructura de la propiedad de un ámbito urbanístico es un cometido que inicialmente viene atribuido a los promotores del proceso reparcelatorio, cuadro que, no obstante, no tiene que culminarse necesariamente de una vez por todas en el momento de la solicitud de la certificación de dominio y cargas.

En este sentido debe tenerse presente que la determinación de quiénes sean los propietarios de suelo está estrechamente ligada a la definición de la estructura de la propiedad, la cual, si bien puede estar anticipadamente cerrada de modo pacífico entre todos ellos, no es en absoluto descartable que a falta de un acuerdo de ese alcance requiera la tramitación de un procedimiento previo de identificación de titularidades y consiguiente determinación de cuotas de participación en el seno de la Junta de Compensación con intervención de quienes se consideren propietarios de suelo a fin de poder calificar qué situaciones de titularidad de suelo son claras y por lo tanto no admiten debate y qué otras situaciones, por el contrario, participan de algún género de conflictividad o discrepancia apreciada de modo inequívoco, fundado y no meramente voluntarista[7].

Téngase en cuenta a estos efectos la previsión contenida en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística cuando dice, después de afirmar que la resolución definitiva de las discrepancias en materia de titularidades corresponde a los Tribunales ordinarios y no a la Junta de Compensación, que «*el proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda*» o, como dice el artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, como «*titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad*».

A ello se añade la previsión por el mismo artículo 10 del tratamiento que ha de darse a las fincas doblemente inmatriculadas, el cual ha de ser considerado como un supuesto típico de titularidad dudosa ya se hubiera practicado la nota correspondiente antes de la iniciación del procedimiento reparcelatorio, ya se tratara de un supuesto de doble inmatriculación que hubiera quedado probado en el curso de las operaciones del propio proyecto de equidistribución.

Así lo impone, además, la necesaria consideración de los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada como interesados en el proceso reparcelatorio y el mantenimiento de esta situación en la respectiva finca de resultado y en su inscripción registral, de la cual se dice en el apartado 1 de dicho artículo 10, en correspondencia con el inciso inicial del artículo 104.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, que finalmente «*se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil*».

III. LA APARICIÓN SOBREVENIDA DE UN NUEVO TITULAR REGISTRAL

Lo expuesto en el anterior apartado se traduce en que la práctica de la nota marginal del artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 no esté limitada a un único momento, el inicial que sigue al otorgamiento de la escritura de constitución de la Junta de Compensación, pues, como no es inusual que ocurra, puede darse el caso de la identificación sobrevenida de nuevas titularidades no tenidas antes en cuenta que, dados los relevantes efectos que están anudados a este asiento en los procesos reparcelatorios, demanda su extensión sobre las nuevas fincas.

Este supuesto concreto se encuentra contemplado de modo expreso en el artículo 88.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid cuando se trata de la aparición de un nuevo titular registral al tratar del procedimiento de aprobación de la reparcelación, entre cuyas reglas refiere las dos siguientes:

a) De un lado y de conformidad con los artículos 68.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 5 del Real Decreto 1093/1997, la necesaria acreditación de la titularidad y situación de las que identifica como fincas iniciales mediante certificación registral de dominio y cargas.

b) De otro, la apertura de un trámite de audiencia en relación con «*los titulares registrales no tenidos en cuenta en la elaboración del proyecto de reparcelación*».

De las dos reglas anteriores la que resulta especialmente relevante es la segunda pues, si bien incluso sin su previsión expresa cabe sostener que se trataría de un trámite obligado a fin de no causar indefensión al titular registral previamente ignorado ante el riesgo cierto que ello supondría para la validez del acto, pone de manifiesto el carácter eventualmente dinámico de la definición del cuadro de propietarios de un ámbito y la consiguiente obligación de actuar con todos los propietarios de suelo, sean estos identificados en su totalidad desde el inicio del proceso o de modo gradual.

En este sentido la concesión del trámite de audiencia al que se refiere el apartado 1.3.º del artículo 88 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid debería llevar consigo, bajo el presupuesto de estar en presencia de un nuevo titular registral ignorado durante la redacción y aprobación de la reparcelación por la Junta, algo más que el mero ofrecimiento de un cauce procedimental para conocer su posición. La cuestión se concreta entonces en que la Administración procediera además a su emplazamiento a fin de poder ejercer la facultad legal de adhesión a la Junta de Compensación, a cuyo fin habría de trasladársele también la advertencia de la expropiación en caso de no formalizarla.

La aparición por lo tanto de un propietario en un estado avanzado del proceso reparcelatorio que antes no hubiera sido tenido en cuenta exige actuar según lo indicado, lo que resulta singularmente relevante dado el carácter esencial de su participación en el procedimiento.

No abrir el periodo de audiencia con el nuevo titular con el alcance indicado, cuando todavía resulta posible, supondría inevitablemente incurrir en un grave vicio de legalidad pues la indefensión solo podría ser calificada como de orden material y no formal teniendo en cuenta que en la confección y tramitación de la reparcelación se estaría omitiendo la participación de aquel. Así debe entenderse dado que el reconocimiento del nuevo titular obligaría a una nueva redacción del proyecto para darle entrada conforme a la calificación urbanística que en su caso procediera, esto es, sin la presencia de situación alguna de posible conflicto con otro propietario o, al contrario, de acuerdo con su consideración como posible titularidad dudosa, litigiosa, controvertida, situación de doble inmatriculación, etc.

Por lo demás resulta también relevante destacar que el supuesto contemplado en el apartado 1.3.º del artículo 88 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid cobra sentido respecto de titulares registrales cuya condición como tales no hubiera sido conocida con antelación, lo que no ocurre respecto de aquellos otros que pese a haber sido conocidos fueron sin embargo ignorados durante la fase de redacción del proyecto de reparcelación. Respecto de estos últimos es claro, por lo tanto, que se impone su emplazamiento desde que conste su titularidad.

IV. SITUACIONES ESPECIALES SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TITULARES DE SUELO EN LA REPARCELACIÓN

Fuera de los supuestos de propietarios debidamente identificados, localizados y emplazados en forma a los efectos de su incorporación a la Junta de Compensación cuando así lo decidieran, la aparición de una nueva titularidad de modo sobrevenido y las consecuencias ligadas a su posición por la eventual expropiación de sus suelos si es que se optara por la no adhesión entronca directamente con la necesaria aplicación de lo dispuesto en la Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa[8].

A tal fin debe diferenciarse, en primer lugar, el supuesto del titular identificado pero no localizado, en cuyo caso la falta de constancia en los registros consultados de un domicilio o la frustración de las notificaciones por falta de residencia del interesado en el que conste determinan la procedente intervención del Ministerio Fiscal en los siguientes términos:

a) Para verificar que la actuación administrativa tanto de la Junta de Compensación como de la Administración dirigida a la búsqueda del interesado ha sido razonablemente proporcionada para considerarle como ilocalizable.

b) Para verificar, en caso de que el titular fuera efectivamente ilocalizable, la correcta actuación administrativa en el tratamiento del titular bajo su condición como no adherido con las consecuencias que le son inherentes.

Por otro lado, en el caso de titular identificado pero fallecido, corresponde a la Junta de Compensación realizar las actuaciones pertinentes para la localización de los herederos, teniendo presente, a estos efectos, que en el Ministerio de Justicia se lleva un Registro General de Actos de Última Voluntad y un Registro de Actas de Notoriedad de Declaración de Herederos Abintestato.

Cuando, pese a las pesquisas realizadas, no aparecieran los herederos es cuando procedería ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de verificar, de un lado, que se han realizado las actuaciones correctas para la identificación del titular y, de otro, que, efectivamente realizadas tales actuaciones, procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, respecto de los inmuebles vacantes y su adquisición por la Administración General del Estado por ministerio de la ley sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por su parte.

Por fin, la confirmación en último término de la condición del titular como desconocido determinaría el emplazamiento de la Administración General del Estado para proceder, en su caso, a su adhesión que habrá de ser expresa según dispone el artículo 139.1 de la referida Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

V. CONCLUSIONES

I. La definición cerrada del cuadro de estructura de la propiedad en los procesos reparcelatorios constituye una tarea necesaria inicialmente atribuida a los promotores a partir de los pronunciamientos registrales de acuerdo con lo dispuesto en la legislación expropiatoria en orden a la identificación de los titulares de suelo, tarea que en todo caso queda sujeta a la fiscalización de la Administración urbanística.

II. A tal efecto la expedición de la certificación de dominio y cargas de las fincas incluidas en el ámbito respectivo y la práctica de la nota marginal a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, es el primer paso que necesariamente ha de seguirse para alcanzar el propósito indicado sin perjuicio de las incidencias que en su caso pudieran darse en relación con la titularidad de las fincas aportadas cuya apreciación corresponde efectuar tanto a la entidad urbanística que redacta el instrumento reparcelatorio como, en la fase administrativa de su tramitación, a la Administración urbanística.

III. A su vez y ante la aparición de nuevos titulares no tenidos en cuenta en el inicio del proceso reparcelatorio, la Administración habría de garantizar su participación en él dándoles audiencia especialmente cuando se tratara de titulares registrales a fin de no incurrir en un grave vicio de legalidad por la indefensión que se desprendería en el caso de ser ignorados.

IV. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la necesidad de actuar con los propietarios de suelo dentro del ámbito puede igualmente hacer necesaria la intervención del Ministerio Fiscal a fin de controlar el alcance de la labor de investigación tanto de la Junta de Compensación como de la Administración en orden a su identificación y localización en aquellos casos en los que se concluyera con su condición como propietarios desconocidos o en ignorado paradero.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 24 de noviembre de 2000
- STS de 19 de abril de 2005
- STSJ de Canarias de 3 de octubre de 2005
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2011
- RDGRN de 13 de enero de 1998

VII. BIBLIOGRAFÍA

LANZAS MARTÍN, E., La inscripción de un proyecto de equidistribución tras la caducidad de la nota marginal de inicio del procedimiento, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 620 a 631.

— Sobre la caducidad y posibilidad de prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y de la afección real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2630 a 2642.

— La nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y su prórroga, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4293 a 4303.

LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 186, 2001, 61 a 85.
— El régimen temporal de la nota marginal de la iniciación de los procedimientos reparcelatorios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2569 a 2578.
— La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa a propósito de la Circular 6/2019, de 18 de marzo de la Fiscalía General del Estado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 775, 2677 a 2694.

NOTAS

[1] LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 186, 2001, 61 a 85.

[2] La sentencia de 24 de noviembre de 2000 dice al respecto lo siguiente: «*El principio cardinal que rige la reparcelación, en materia de titularidades, es el de que los expedientes han de tramitarse con quien sea el propietario. Por tanto, es el propietario del terreno la persona con quien han de entenderse las diligencias propias de todo expediente reparcelatorio. A efectos de averiguar quién es el propietario, el artículo tercero de la Ley de Expropiación establece unos principios que han de servir como guía para la resolución de eventuales conflictos. Tales principios vienen precedidos de una cláusula que no resulta baladí en este caso: «Salvo prueba en contrario...». Eso es precisamente lo que aquí sucede, pues en virtud de un documento privado de venta, parece que firmado por la titular registral, las fincas objeto de discusión han sido transmitidas a un tercero, a quien la Administración reconoce tal cualidad, como también se la reconoce al sucesor de quien es titular registral. En estas condiciones es evidente que la propiedad de la finca sobre la que recae la controversia no resulta discutida, por lo que es innecesario acudir a los criterios que la ley establece para la hipótesis en que tal titularidad es dudosa. (...) En definitiva, y por un respeto de formalidades jurídicas, irrelevantes en el expediente de reparcelación, se ha creado un problema inexistente. (...) Finalmente, y para dar respuesta a las alegaciones sobre transgresión de preceptos hipotecarios, no es función de un expediente reparcelatorio velar por el tracto registral, ni hacer cumplir los preceptos que regulan y protegen dicho principio. De ello se deriva que, siendo tales preceptos absolutamente extraños al expediente reparcelatorio, no han podido ser infringidos por la sentencia de instancia, que se ha limitado, dentro de sus facultades legales, a ordenar las modificaciones pertinentes y necesarias en el acto de reparcelación que había sido objeto de impugnación*».

[3] La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1998 dice lo siguiente: «*SEGUNDO. No ha de discutirse ahora si la titularidad registral de la finca cuestionada es exacta, en función del contenido de los contratos de compraventa de otros terrenos que el titular registral de aquella realizara en favor del pretendido propietario único de la unidad de actuación urbanística; la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito, que opera a todos los efectos legales (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria), así como el principio de la salvaguarda judicial de los asientos registrales, imponen, tanto al Registrador calificante como a la propia Administración Pública, la aceptación de la titularidad dominical que el Registro proclama, en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud, lo que excluye la concurrencia del presupuesto de propietario único, y, consecuentemente, la inscripción del proyecto de compensación aprobado, pues, por una parte, se vulnera el requisito registral del tracto (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria) y, por otra, se pone de manifiesto la nulidad de pleno derecho en que incide el proyecto aprobado al prescindir en su elaboración, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido, produciéndose con ello una verdadera indefensión de aquel titular registral [cfr. artículo 62, a) y e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 157 y siguientes de la Ley del Suelo, 157 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística y 126 y siguientes de la Ley del Suelo de 1976. TERCERO. rente a lo anterior, no puede estimarse*

la alegación de la asunción por la entidad local que aprobó el proyecto, de la representación de los derechos o intereses correspondientes a la titularidad de la finca cuestionada, en base a la previsión contenida en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, pues, sobre concretarse esa previsión reglamentaria a un supuesto de actuación urbanística radicalmente distinto como es el de cooperación, la ya referida presunción legal de existencia y pertenencia del derecho inscrito, obliga a considerar la titularidad cuestionada no como dudosa o litigiosa sino como exacta y válida en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud; de modo que su actuación y defensa corresponde en exclusiva al respectivo titular según el Registro, o a aquellos a quienes este encomiende tal cometido (cfr. artículos 1259, 1709 y siguientes CC). Por lo demás, tampoco cabe estimar la alegación de que escapa a la potestad calificadora del Registrador la validez intrínseca de los actos administrativos, en función de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues siendo ello cierto (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario), no se cuestiona ahora esa validez intrínseca del acto administrativo de aprobación del proyecto de compensación sino la congruencia de dicha resolución con el procedimiento seguido y el desconocimiento de los pronunciamientos registrales, aspectos estos que claramente se integran en el ámbito de aquella función calificadora (cfr. artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario)».

[4] El Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2004 remite la determinación del porcentaje para la aplicación del sistema de compensación al aprovechamiento total de la unidad de ejecución y no a su superficie de suelo, previsión no exenta de dificultades prácticas al estar condicionada por la eventual presencia de suelos demaniales cuya participación en el proceso reparcelatorio está supeditada a la acreditación del carácter oneroso de su título de adquisición según dispone el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual dispone lo siguiente: «*Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*».

El artículo del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León que regula los términos de la determinación del porcentaje para la aplicación del sistema de compensación es el 259 y dice lo siguiente: «*El sistema de compensación tiene por objeto la gestión urbanística de una actuación integrada actuando como urbanizador el propietario o los propietarios a los que corresponda al menos el 50 por ciento del aprovechamiento lucrativo de la unidad de actuación, constituida en Junta de Compensación*».

[5] A este respecto no deja de llamar la atención la regulación del artículo 108.3.b de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid al decir que «*los propietarios que no hubieran participado en la iniciativa deberán incorporarse a la Junta, si no lo hubieran hecho ya antes, dentro del mes siguiente a la aprobación definitiva de los estatutos y las bases de actuación de aquella. Transcurrido este plazo serán expropiados a favor de la Junta todos los propietarios que no se hubieran incorporado a ella*», lo cual es difícilmente inteligible pues, en el supuesto de la incorporación anticipada, resulta imposible que tenga lugar respecto de una Junta inexistente y claramente improcedente aplicar la expropiación por el mero transcurso del plazo de un mes desde la aprobación de las Bases y Estatutos sin dicha incorporación.

Es por ello que la única manera de dar sentido al referido artículo 108.3.b pasa por entender que donde se refiere a que los propietarios «*deberán incorporarse a la Junta*» ha de considerarse que deberán solicitar la incorporación a la Junta. Y ello sin que la expropiación sea válida en tanto no se hubiera otorgado la escritura de constitución de la Junta y hubiera transcurrido el plazo para formalizar la incorporación mediante escritura de adhesión.

[6] Sobre la nota marginal, LASO BAEZA, V., El régimen temporal de la nota marginal de la iniciación de los procedimientos reparcelatorios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2569 a 2578. LANZAS MARTÍN, E., La inscripción de un proyecto de equidistribución tras la caducidad de la nota marginal de inicio del procedimiento, *Revista Crítica de*

Derecho Inmobiliario, núm. 753, 620 a 631; Sobre la caducidad y posibilidad de prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y de la afección real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2630 a 2642; La nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y su prórroga, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4293 a 4303.

[7] Así lo considera una relevante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2011 *(RJ* 538), la cual se remite a su vez a la siguiente recopilación que de los pronunciamientos sobre la cuestión tratada efectúa el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de abril de 2005 *(RJ* 4447): «*(i) La STS de 23 de abril de 1992 según la cual "tratándose por tanto no de una discrepancia entre los títulos y la realidad física ante la que deba prevalecer esta conforme al artículo 103.3 del citado Reglamento, sino de una discrepancia en orden a la titularidad de los derechos en que la solución debe pasar por la aplicación del aplicado artículo 103.4. En segundo término, este precepto no exige el que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los Tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia, siendo suficiente con su existencia, cual la alternativa dudosa o litigiosa que el artículo utiliza da claramente a entender, independientemente de que la intervención de tales Tribunales se haya ya producido o vaya a producirse". (ii) La STS de 6 de julio de 1999 en la que se plasmó que "cuando las titularidades implicadas se plantean como dudosas, esa declaración es la que debe formular la Administración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas, cuya representación y defensa corresponde a la Administración. Si las titularidades son dudosas la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional. No es función de la Administración decidir, con ocasión de la Aprobación de Bases y Estatutos de una Unidad de Actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la Unidad de Actuación. Del mismo modo, no es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Actuación, pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los tribunales civiles". (iii) La STS de 24 de noviembre de 2000 que puso de manifiesto que "el principio cardinal que rige la reparcelación, en materia de titularidades, es el de que los expedientes han de tramitarse con quien sea el propietario... en materia reparcelatoria, si la propiedad se discutiese, lo que no sucede en el asunto litigioso, el criterio al que ha de atenerse la Administración es el que suministra el apartado cuarto del artículo 103 del Reglamento de Gestión (RCL 1979, 319)... si hubiera discusión sobre la verdadera titularidad habría de acudirse en el expediente reparcelatorio a los mecanismos previstos en el citado artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, más arriba transcrito, pero en ningún caso, otorgar la propiedad a una de las partes en conflicto". (iv) La STS de 8 de junio de 2004 en la que se recogió que "cuando existe un pleito civil pendiente sobre la titularidad dominical de una finca, no se puede negar que la titularidad es litigiosa, en cuyo caso el artículo 103.4 del RGU establece que el proyecto de reparcelación se limitará a calificar la titularidad de litigiosa, asumiendo la Administración actuante la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente, y así lo ha declarado la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de esta Sala citadas en la propia sentencia recurrida, aunque, inexplicablemente, el Tribunal a quo deduce de ellas una conclusión contraria, ya que la presunción establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) a favor del titular inscrito no impide que esa titularidad sea cuestionada ante los tribunales del orden jurisdiccional civil, y, cuando ello sucede, como en este caso, la titularidad debe calificarse de litigiosa, y así ha de constar en el proyecto de reparcelación con las consecuencias que el precepto contenido en el apartado 4 del artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística determina". Y, (v) La STS de 27 de enero de 2004 según la cual "aquellos dos datos de que da cuenta la sentencia recurrida, reflejados en el fundamento de derecho segundo de esta, son suficientes para obligar a la aplicación del régimen de titularidad dudosa al que se refiere el artículo 103.4 del RGU. En efecto, aun siendo muy escasos los elementos de juicio de los que ahora puede disponer este Tribunal, la dudosa titularidad es una hipótesis a la que prestan amparo, en principio y sin perjuicio de lo que en definitiva resulte a la luz de todos los elementos de juicio necesarios, tanto lo dispuesto en el artículo 1959 del Código*

Civil (LEG 1889, 27), relativo a la usucapión extraordinaria sobre bienes inmuebles, como en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que contempla las posibilidades de usucapión contra tabulas"».

[8] LASO BAEZA, V., La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa a propósito de la Circular 6/2019, de 18 de marzo de la Fiscalía General del Estado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 775, 2677 a 2694.

4. DERECHO BANCARIO

Las tarjetas *revolving*: ¿caso resuelto?

Revolving cards: case solved?

por

JOAN CUADRADO SOLER
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED
Abogado

RESUMEN: El presente trabajo analiza la evolución jurisprudencial llevada a cabo por parte del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales con respecto a los contratos de crédito o tarjetas *revolving*, hasta llegar a la reciente STS número 367/2022, de 4 de mayo, a fin de averiguar si se ha dado una solución definitiva a la cuestión de cuándo debe considerarse usurario un determinado tipo de interés pactado. Se analizan las sentencias en virtud de las diferentes vías procesales para reclamar, comparando los resultados obtenidos en función de si se ejercita una acción de nulidad por usura o bien si se ejercita una acción de nulidad de la cláusula del tipo de interés por falta de transparencia, en la cual entra en juego el llamado doble control de transparencia (formal y material).

ABSTRACT: The present work analyzes the jurisprudential evolution carried out by the Supreme Court and the Provincial Courts with respect to credit contracts or revolving cards, until the recent STS number 367/2022, of May 4, in order to find out if a definitive solution has been given to the question of when a certain agreed interest rate should be considered usurious. The sentences are analyzed by virtue of the different procedural channels to claim, comparing the results obtained depending on whether an action of nullity is exercised for usury or if an action of annulment of the interest rate clause is exercised due to lack of transparency, in which the so-called double control of transparency (formal and material) comes into play.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil. Derecho de consumo. Derecho comunitario. Contratos de crédito revolving. Tarjetas de crédito revolving.

KEY WORDS: Civil Law. Consumer Law. Community Law. Revolving credit contracts. Revolving credit cards.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. El contrato de crédito o tarjeta *revolving*. 2. Vías procesales para reclamar. 3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. II. LAS TARJETAS *REVOLVING*: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. 1. El comienzo de la litigiosidad. A) La STS número 628/2015, de 25 de noviembre. B) La STS número 189/2019, de 27 de marzo. C) La STS número 149/2020, de 4 de marzo. 2. Evolución posterior de la jurisprudencia. A) Sentencias contradictorias de las

Audiencias Provinciales. B) El doble control de transparencia, formal y material. C) La STS número 367/2022, de 4 de mayo. 3. La jurisprudencia después de la STS número 367/2022, de 4 de mayo. A) El criterio seguido por las Audiencias Provinciales. B) La STJUE de 5 de marzo de 2020 (Asunto C-679/18). III. CONCLUSIONES. IV. RESOLUCIONES CITADAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El contrato de crédito o tarjeta *revolving*

El «crédito revolving» o «tarjeta revolving» es un contrato a través del cual la entidad financiera (prestamista) pone a disposición del consumidor (prestatario) una cantidad de dinero que este puede ir utilizando, sin necesidad de justificar su destino, hasta un límite máximo autorizado. Normalmente, el método de disposición se lleva a cabo a través de una tarjeta. En otras ocasiones, a través de la solicitud de nuevos importes (dentro del límite máximo aprobado por la entidad prestamista), mediante llamadas telefónicas o por medios telemáticos.

La devolución o amortización de estos créditos se realiza a través del pago de cuotas mensuales, aplicándose a la cantidad dispuesta el tipo de interés nominal anual (TIN) pactado en el contrato. Este tipo de interés nominal se refiere siempre al interés remuneratorio. Los demás costes asociados (comisiones, gastos obligatorios, p. ej. un seguro, etc.) se integran en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), cuyo valor, por tanto, suele ser superior al tipo de interés nominal[1]. Estas cuotas pueden determinarse aplicando un porcentaje a la deuda existente; o puede establecerse un importe fijo a pagar mes a mes[2].

Mediante el pago de las mensualidades, la parte destinada a amortizar capital revierte y realimenta el disponible del crédito[3]. Es decir, la parte de capital que se paga en cada cuota sirve para restablecer el límite utilizado de forma que el prestatario puede volver a utilizarlo cuando se le presenta cualquier necesidad concreta siempre dentro del límite previamente acordado y de la vigencia del contrato[4]. Dicho de otra manera: el consumidor puede volver a disponer del importe del capital que amortiza en cada cuota.

Por tanto, a diferencia de un préstamo al consumo tradicional[5], el crédito *revolving* (de ahí su nombre), no tiene ni un importe total ni un punto final preestablecidos, puesto que no se conocen cuando se contrata, sino que dependerá de las disposiciones y ampliaciones de la línea de crédito que realice el consumidor. Los intereses se pagan en función del grado de utilización del límite, y los importes se amortizan mediante una cuota periódica que puede variar. Naturalmente, se permite la devolución anticipada en cualquier momento, a fin de liquidar el crédito.

Este producto, muy utilizado en los últimos años, se ha visto en tela de juicio por culpa de los intereses remuneratorios asociados al mismo, tildados de usurarios, generándose un enorme debate jurisprudencial y doctrinal acerca de su posible carácter abusivo[6]. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias, desde el año 2015 hasta hoy, ocasionando «un auténtico mosaico jurisprudencial, con una clara inseguridad jurídica y muchas resoluciones contradictorias por parte de las Audiencias Provinciales y de los juzgados de primera instancia (…) al no delimitar un parámetro claro de lo que debe entenderse por interés notablemente superior al normal del dinero, a efectos de lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Usura»[7].

2. Vías procesales para reclamar

El consumidor afectado por la tarjeta *revolving* suele ejercitar, como acción principal, la nulidad contractual por usura, y, a veces, también de forma principal (o subsidiaria de la nulidad por usura), la nulidad de la cláusula de interés ordinario por falta de transparencia. En alguna ocasión, el afectado por estas tarjetas también acumula la acción de anulabilidad contractual por vicio en el consentimiento prestado[8]. A veces, el consumidor ejercita estas acciones en una contestación a una demanda interpuesta por la entidad financiera, por impago de las cuotas de la tarjeta o del crédito *revolving*.

Las vías procesales empleadas son dispares y pueden obtenerse respuestas judiciales diferentes en cada caso (a veces contradictorias), sobre todo en lo que hace referencia a la nulidad por usura del contrato de crédito o tarjeta *revolving*. Es importante mencionar que esta acción declarativa de nulidad del contrato por usura es la que por excelencia suele ejercitar el consumidor afectado por las tarjetas *revolving*[9]. Esta acción se funda en la mencionada Ley de Usura o Ley Azcárate[10]. Según el artículo 1 de la Ley de la Usura: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». El carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito conllevará su nulidad de pleno derecho, con las consecuencias dispuestas en el artículo 3 de la Ley de Usura[11]. Al tratarse de una nulidad radical y absoluta, la acción declarativa de nulidad no está sometida a plazo de prescripción[12]. Esta es la acción que ha dado lugar a la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada en este trabajo, aunque también se estudian las resoluciones judiciales que analizan las tarjetas de crédito *revolving* desde el punto de vista de la acción de nulidad por falta de transparencia.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo dictó, inicialmente, tres importantes sentencias analizando la mencionada Ley de Usura. La primera, la STS número 406/2012, de 18 de junio, analiza por primera vez el control de transparencia en la contratación predispuesta y su combinación con la aplicación de dicha ley, considerándose la usura como «una expresión o plasmación de los límites del artículo 1255 del Código Civil», es decir, «como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable»; la segunda, la STS número 113/2013, de 22 de febrero, analiza la sustitución del artículo 2 de la Ley de Usura, que fue derogado por la disposición derogatoria única 2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (en adelante, LEC), y sustituido por el artículo 319.3 de la propia LEC[13], lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial en base a criterios más prácticos que jurídicos; la tercera, la STS número 677/2014, de 2 de diciembre, en la que se analiza, de nuevo, la concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección del consumidor y la sistematización y delimitación de sus respectivos ámbitos de control.

Después de estas tres sentencias, llega la STS número 628/2015, de 25 de noviembre, a partir de la cual el control de usura se limita a verificar que concurre un elemento objetivo formado por dos requisitos: que el interés sea notablemente

superior al normal del dinero y, además, que sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Por otro lado, hasta ahora se consideraba que existía también un elemento subjetivo, referido a la situación angustiosa, a la inexperiencia o a las limitaciones de las facultades mentales del prestatario, el cual deja de tenerse en consideración.

Esta sentencia ha generado una importante litigiosidad, al aplicar exclusivamente el elemento objetivo de la usura y establecer como parámetro comparativo la TAE que para estos productos fijaba el Banco de España en su Boletín Estadístico. El problema a la hora de determinar el parámetro comparativo surgió porque el Banco de España, hasta el año 2010, englobaba los tipos de interés de los créditos *revolving* en la modalidad de «crédito al consumo», sin que existiera una información desglosada de los tipos de interés de las diferentes modalidades de operaciones de crédito al consumo, siendo a partir de marzo de 2017 que el Banco de España, a través de su Boletín Estadístico, dentro del apartado general del «crédito al consumo», incluyó, en el Capítulo 19.4, una columna con información específica sobre los tipos de interés en créditos *revolving* (tarjetas de crédito y líneas de crédito)[14].

En este trabajo se analiza la jurisprudencia más reciente en relación con las tarjetas de crédito *revolving*, desde la mencionada STS número 628/2015, de 25 de noviembre, hasta las más recientes, con el objetivo de esclarecer si la situación está totalmente resuelta por nuestros tribunales o si todavía subsisten interpretaciones dispares sobre la materia.

II. LAS TARJETAS *REVOLVING*: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. El comienzo de la litigiosidad

A) La STS número 628/2015, de 25 de noviembre

La STS número 628/2015, de 25 de noviembre, ha generado una litigiosidad que, en opinión de algunos autores[15], no midió ni pretendió la Sala Primera del Tribunal Supremo. La sentencia se refería a un contrato de crédito *revolving* de junio de 2001 que permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE. La duración del contrato era de diez años. En 2011 el Banco reclamó las cuotas impagadas mediante un procedimiento ordinario. El demandado se opuso alegando el carácter usurario de la operación (entre otras cuestiones). El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, ante la que recurrió en apelación el demandado, rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato.

No obstante, el Tribunal Supremo considera que una diferencia de esa envergadura (más del doble) entre la TAE fijada en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

En este supuesto, dice el Tribunal Supremo que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». No se trata de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia».

Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitar las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el Banco Central Europeo adoptó el Reglamento (CE) número 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y, a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada.

La sentencia llega a la conclusión de que en el supuesto enjuiciado se había elevado el tipo de interés de forma desproporcionada. Aunque en este sector (operaciones de financiación al consumo) se concedan créditos con un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos, ello no puede constituir una circunstancia excepcional que justifique la aplicación de un tipo de interés tan elevado. De hecho, estos préstamos, concedidos de forma ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, son tachados de irresponsables por parte del Tribunal Supremo, porque facilitan el sobreendeudamiento de los consumidores, trayendo como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos.

A raíz de esta sentencia, surgieron dos líneas jurisprudenciales: a) la que consideraba que este tipo de contratos está siempre viciado de nulidad porque al comparar el interés aplicable al crédito *revolving* se observa que este es superior al aplicable habitualmente a otro tipo de créditos al consumo o personales; b) la que considera que el contrato es plenamente válido y debe surtir sus efectos, habida cuenta de que el interés pactado es similar al habitual en el mercado para ese tipo concreto de producto financiero[16].

Es decir, la discrepancia deriva de las diferentes concepciones sobre cuándo debe entenderse que el interés del contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso. En este caso, la parte demandante no alegó la falta de transparencia, por lo que únicamente pudo enjuiciarse este caso por la vía de la Ley de Usura y su interpretación.

B) La STS número 189/2019, de 27 de marzo

Esta sentencia no considera interés «notablemente superior» y no estima usurario el interés remuneratorio de un préstamo hipotecario en el que el tipo medio en operaciones hipotecarias a más de 10 años estaba al 5,76% (TAE 6,18%) y el interés pactado al 10% anual. Es decir, un supuesto en el que se analizó un diferencial entre el tipo medio y el tipo pactado de cuatro puntos, resolviendo expresamente que «con ser superior al medio, no entra dentro de la considera-

ción de «notablemente superior» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

C) La STS número 149/2020, de 4 de marzo

La STS número 149/2020, de 4 de marzo clarificó que el índice de referencia para considerar «interés normal del dinero» a un crédito *revolving* debía ser el facilitado por el Banco de España en el Capítulo 19.4 de su Boletín Estadístico, donde se detallan en una columna específica los tipos de interés en créditos *revolving*, distinción que, como se ha visto, comenzó en marzo de 2017 y no antes. Por desgracia, esta sentencia no generó la seguridad jurídica esperada, provocando multitud de sentencias posteriores contradictorias, tanto por parte de los Juzgados de Primera Instancia como por parte de las Audiencias Provinciales[17].

Por parte de esta sentencia se resuelven dos cuestiones fundamentales, fijando doctrina sobre esta materia, a saber:

— Se clarifica la referencia que debe utilizarse para llevar a cabo la comparación con el interés pactado en el contrato y la categoría específica a la que ha de acudirse:

a. Se establece que para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés en el momento de la celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada (FD 4.º, apartado 1).

b. Se establece que el crédito *revolving* tiene categoría específica, dentro de la categoría más amplia de «crédito al consumo», y deberá ser utilizada esa categoría específica (FD 4.º, apartado 1).

— Se determina lo que debe considerarse «interés normal del dinero» e «interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» respecto de un crédito *revolving*:

a. La STS número 628/2015, de 25 de noviembre, partió de la doctrina jurisprudencial de considerar «interés notablemente superior» al doble del interés de mercado (FD 4.º in fine) en los préstamos personales.

b. La STS número 149/2020, de 4 de marzo, cambia el criterio anterior para este tipo de productos y establece que, cuando en el crédito *revolving* el diferencial no sea superior a un tercio (33%) entre el tipo medio y la TAE pactada en el momento de formalización del contrato, dicho interés no puede ser considerado usurario, a tenor del caso concreto enjuiciado.

Esta sentencia determina, si se analiza en profundidad, los siguientes puntos:

— Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría de la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de «operaciones de crédito al consumo»), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

— A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.

— En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como «interés normal del dinero». Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

— En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%), ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se alega ni se justifica que, cuando se concertó el contrato, el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

— Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

Aquí el Tribunal Supremo hace un inciso: al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta *revolving* por su carácter usurario[18]. En este caso, acaba concluyendo que, a pesar de que en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de «interés notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* objeto del litigio es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario.

Las razones son las siguientes:

— El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice que se toma como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

— Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal

del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

— Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

— Como se dijo en la anterior STS número 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a «operaciones de crédito al consumo» concedidas de un modo ágil (en ocasiones, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia.

— Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como «interés normal del dinero» de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

En definitiva, la STS número 149/2020, de 4 de marzo, reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la referida STS número 628/2015, de 25 de noviembre, si bien matiza el tipo de interés sobre el que debe operar la comparación ya que, en aquella resolución no había sido objeto de recurso la pretensión actual de las entidades financieras respecto a que para las tarjetas *revolving*, a efectos de realizar la comparativa para determinar un interés notablemente superior al normal, debe acudirse a unos indicativos concretos en las estadísticas oficiales del Banco de España.

Tal vez es criticable la eliminación, por parte del Tribunal Supremo, del elemento subjetivo de la usura. Con el análisis realizado bastaría para declarar usurarios la mayoría de los créditos con el elemento objetivo, pero en el análisis de cada caso concreto, debería realizarse siempre un estudio de la situación del prestatario y del momento y forma de la contratación. Todo ello para proteger situaciones de consumidores que necesitan una especial protección[19]. También se ha visto como una desnaturalización de la figura de la usura, ya que, al eliminar el presupuesto subjetivo, se pretende que su aplicación sea menos casuística y más general, de modo que puede pasar a convertirse en un criterio de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia. Con la STS número 149/2020, de 4 de marzo, y únicamente con base en el presupuesto objetivo, el tipo del 26% pasaría a ser, de un modo general, como usurario[20].

2. Evolución posterior de la jurisprudencia

A) Sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales

La SAP de La Coruña, Sección 6.ª, número 310/2020, de 30 de diciembre, hace un detallado análisis del bazar jurisprudencial que han provocado las sentencias del Tribunal Supremo número 628/2015, de 25 de noviembre y número 149/2020, de 4 de marzo. Una diversidad que viene definida en la SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, número 65/2021, de 3 de marzo, al declarar que: «La mencionada sentencia no establece concretamente la frontera de la usura, no obstante, sí establece que esta no puede ser el doble del interés medio de este tipo de productos, y que, en todo caso, el que supere un 33% es usurario, de ahí que los criterios de las Audiencias no sean coincidentes».

Por otro lado, resulta que el tipo medio que facilita el Boletín Estadístico del Banco de España para los créditos *revolving* no se corresponden con la TAE, sino con el TEDR[21], que es el equivalente al TIN[22]. La SAP de Huelva, Sección 2.ª, número 710/2020, de 28 de octubre, concluye lo siguiente: «El 24% se sitúa a mitad de camino entre el tipo medio y el tachado de usurario en esa resolución, y no se puede sin más aplicar con carácter genérico esa doctrina ya que está claro que el interés normal que se publica se ha formado con la media de operaciones de interés superior e inferior, y no cualquiera que supere en algún modo la media puede decirse sin más que sea usuario».

Ha existido una gran disparidad entre las distintas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, sobre todo si se espera de ellas que sigan una jurisprudencia del Tribunal Supremo que no establece, por sí mismo, un porcentaje en el tipo de interés a partir del cual se pueda hablar de usura, sino una comparativa que se realiza caso por caso, en función del tipo medio publicado por el Banco de España para este tipo de tarjetas *revolving*, en el momento de concertar cada operación[23].

Esta interpretación del 33% ha sido acogida en el Pleno no Jurisdiccional de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de abril de 2021 y al que se refieren las sentencias de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, número 143/2021, de 28 de abril y Sección 8.ª de la misma Audiencia Provincial, número 204/2021, de fecha 26 de octubre, y que han seguido varias Secciones de Audiencias Provinciales, como la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tenerife, en sentencia número 98/2021, de 24 de marzo, Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia número 133/2021, de 16 de marzo, Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia número 388/21, de 22 de octubre.

B) El doble control de transparencia, formal y material

La STS número 149/2020, de 4 de marzo, añadió la posibilidad de controlar la estipulación del tipo de interés por la vía de la incorporación y la transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores.

Hay que tener en cuenta que, al tratarse de la nulidad del tipo de interés, se está ante un elemento esencial del contrato (porque determina el precio), por lo que únicamente cabría realizar el doble control de transparencia, formal y material, que solo puede llevarse a cabo para los contratos celebrados con

consumidores (art. 8.2 de la LCGC[24]), y que fue creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tanto en la LCGC como en el TRLGDCU[25] se regulan, en realidad, dos tipos de controles:

a) Un control de incorporación o inclusión, que deberán superar las condiciones generales con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios. Se denomina también control de consentimiento[26], y supone el cumplimiento, por parte del predisponente, de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Para ello, hay que acudir a los artículos 5 y 7 de la LCGC. El artículo 5 se refiere a los requisitos de incorporación, y el artículo 7 establece cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato, de manera que primero se regula la condición positiva para la incorporación y luego la condición negativa para la no incorporación. Por otro lado, CAÑIZARES LASO[27] defiende que también en este punto hay que acudir al artículo 80 del TRLGDCU, que establece asimismo requisitos que deben reunir las condiciones generales: concreción, claridad y sencillez; accesibilidad y legibilidad; y buena fe y justo equilibrio entre las prestaciones de las partes.

b) Un control de transparencia, que únicamente deberán superar aquellas condiciones generales incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor. Este es un control de legalidad que comprueba la validez de las condiciones generales incluidas en el contrato por contraste con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales negociados. Debe acudirse a los artículos 80, 82 y siguientes del TRLGDCU. De hecho, en los artículos 85 y siguientes se encuentra la relación de la lista gris de cláusulas abusivas, que no se reproducen aquí por una cuestión de espacio. El control de transparencia material supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Este doble control de transparencia (formal y material), en la actualidad, y tras las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, ha quedado definitivamente delimitado, resolviendo que dicho control tiene por objeto que el adherente consumidor conozca y comprenda las consecuencias jurídicas y económicas de una cláusula definitoria de un elemento esencial de un contrato (como es este caso, pues el tipo de interés configura el precio). Normalmente, este tipo de cláusulas puede superar el control de inclusión, pero no el control de transparencia. Es entonces cuando entra en juego un tercer control, si se quiere definir de esta manera, llamado control de contenido (o abusividad): si bien en las cláusulas esenciales no puede llevarse a cabo un control de contenido en sentido estricto, sí que puede determinarse que son abusivas, y por lo tanto, nulas de pleno derecho, cuando no superan el doble control (formal y material) de transparencia, por la excepción que dispone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 del TRLGDCU, ya que «causan un perjuicio o desequilibrio en las obligaciones más importantes de las partes contratantes». En el caso de las cláusulas suelo, el doble control de transparencia (formal y material) y la determinación de la abusividad se conectaron de forma automática, pero esa conexión no es la pretendida por el Tribunal Supremo en todos los casos, y, por tanto, una vez se ha determinado la falta de transparencia (formal y material), hay que entrar a valorar si la cláusula es abusiva o no, es decir, si

el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad y desequilibrio en favor de la entidad bancaria[28].

Es posible que la breve mención que hacía la STS número 149/2020, de 4 de marzo, al control de inclusión y de transparencia produzca un efecto llamada cuyas consecuencias son aún inciertas, aunque ya empiezan a existir algunas sentencias sobre el crédito *revolving*, atendiendo no a la Ley de la Usura, sino al control de transparencia y contenido.

De hecho, ya existe jurisprudencia de Audiencias Provinciales en el sentido de apreciar la falta de transparencia en algunos contratos de crédito *revolving*. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, en Auto número 128/2018, de 31 de mayo, considera abusiva la cláusula dispuesta en un contrato de tarjeta de crédito que fija el interés remuneratorio en un 24% (TAE 26,82%). La AP de Barcelona considera que, al tratarse de una cláusula referida a un elemento esencial del contrato, procede examinar, en primer lugar, si la cláusula de los intereses remuneratorios supera el control de transparencia. El tribunal tiene en cuenta que la cláusula resulta ilegible y está localizada entre el condicionado del contrato sin identificarse como tal[29]. Por todo ello, la referida Sección de la AP de Barcelona concluye que no puede afirmarse que el consumidor pudiese comprender «las consecuencias económicas que la aplicación del interés remuneratorio le comportaría, por lo que hay que concluir que la cláusula no supera el control de transparencia». Tras ello, se procede a examinar la abusividad de la referida cláusula. Y considera que un interés del 24% «resulta claramente desproporcionado y causa desequilibrio al consumidor por lo que la cláusula que fija dicho interés debe ser declarada nula». Para ello toma en consideración los tipos medios aplicables a las operaciones de crédito al consumo al tiempo de suscribir el contrato (en julio de 2010).

En sentido similar se pronuncia la SAP de Barcelona, sección 1.ª, número 131/2019, de 11 de marzo, que determina la falta de transparencia de la cláusula de un contrato de *revolving* que fija un interés remuneratorio en un 22,05% anual. Al respecto, la sentencia considera que «aunque el interés fijado en el contrato pueda entenderse como normal [en comparación con el interés medio aplicable a las tarjetas de crédito al tiempo de la celebración del contrato], atendida la naturaleza del contrato, otra cosa distinta es que no se pueda considerar abusivo, por no ser transparente, y que esta falta de transparencia no suponga un condicionante que convierta en leoninas las condiciones del mismo». La sentencia añade que «lo relevante no es que el tipo de interés a aplicar, o la TAE, esté clara, que lo está, según cual sea el tope máximo de la línea de crédito. Lo relevante es que, aun así, lo que en modo alguno puede llegar a representarse el consumidor es la real carga económica que va a suponer para él ese contrato». El tribunal concluye que la cláusula sobre el interés remuneratorio es abusiva por falta de transparencia, pues el consumidor no se puede hacer «una idea cabal del coste económico de la transacción»[30].

Asimismo, la SAP de Madrid, sección 11.ª, número 217/2019, de 5 de junio, considera que el interés remuneratorio de un contrato de tarjeta de crédito no supera el llamado «doble control de transparencia». Este tribunal entiende que el hecho de limitarse a establecer en las condiciones particulares un pago mensual del 3% del saldo dispuesto, mínimo 18 euros, y unos intereses del 19,84% TAE, y del 24,90% TAE para disposiciones en cajeros, no permite superar el control de transparencia «en términos que puedan hacer que el consumidor conozca el contenido obligacional que asume».

También la SAP de Valencia, sección 6.ª, número 78/2017, de 3 de marzo, considera nula la cláusula de intereses por pago aplazado de una tarjeta *revolving*.

El tribunal entiende que en este tipo de contratos lo que el cliente conoce «es la cuota que debe abonar de manera mensual pero no el coste o precio del crédito porque ante tantos datos contenidos en las condiciones particulares el cliente ignora finalmente cual es el interés que se le aplica pues tampoco se le denomina remuneratorio». Así, concluye que «hubo falta absoluta de transparencia que impidió a los demandantes la posibilidad de comprender las consecuencias económicas del contrato». Y, respecto de las consecuencias de la nulidad de la cláusula contractual, el tribunal entiende que la misma ha de tenerse por no puesta, subsistiendo el resto del contrato. Además, la sentencia tiene en cuenta que «el contrato de tarjeta de crédito puede vivir sin intereses».

Existen resoluciones más recientes, como la SAP de Madrid, sección 25.ª, número 30/2022, de 27 de enero, que lleva a cabo el análisis del doble control de transparencia, indicando que «resulta verdaderamente sorprendente, como afirma la parte demandada, que de un capital financiado cifrado en 8243,07 € se aplique un total de cargos de 4364,90 €, lo que supone un coste del 53% del capital financiado, difícil de entender cuando no se trata de amortización a largo plazo de altas cuotas periódicas, el interés remuneratorio estaba fijado en el 19,99% TAE y se ha producido un elevado número de pagos en cuantía superior al total financiado a lo largo de la vigencia del contrato». Según el tribunal, «esto revela que la cláusula reguladora de los intereses, redactada como condición general de contratación oculta en un texto enmarañado donde es difícil su localización al tratarse de letra muy pequeña y sin resalte alguno, no explica adecuadamente y de un modo comprensible cuál es el verdadero coste económico del contrato». De hecho, en este supuesto, aunque la TAE pactada era del 19,99%, en los extractos se indicaban porcentajes del 36%, 96%, etc., de modo que el coste real del contrato era muy superior al mostrado en los datos que se facilitaron al consumidor en el momento de concertar el contrato. La sentencia nos recuerda que «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». En este caso, aunque el primer control de inclusión (formal) lo supera al estar bien redactadas las cláusulas, el segundo control de transparencia (material) no lo supera, pues el consumidor no podía entender la verdadera carga económica del contrato.

En sentido similar se pronuncia la SAP de Cantabria, sección 2.ª, número 320/2022, de 16 de mayo, que analiza una cláusula de interés retributivo en la modalidad *revolving*, en un contrato de 16 de agosto de 2014, con TAE oscilante en función del importe dispuesto de la línea de crédito y del plazo de amortización, del cual «no es posible conocer el alcance real de los términos económicos en la especial modalidad del contrato de crédito analizado, modalidad que lleva implícita la renovación de la deuda de forma permanente por los abonos y uso que se haga de la tarjeta sin que sea posible establecer previamente un cuadro de amortización». Y, añade: «Esta particular carga económica respecto de la aplicación de los intereses retributivos en la modalidad *revolving* no pudo ser cabalmente conocida examinando el contrato, al no estar las condiciones generales redactas de manera clara e inteligible, de forma que el consumidor no puede conocer las gravosas consecuencias económicas de los efectos de aplicación de los intereses retributivos, sin que conste la facilitación de información al demandado clara y adecuada al respecto que subraye el importante coste económico que para el

titular de la tarjeta conlleva esta modalidad de pago aplazado». La conclusión es que «esta falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá hacer uso del crédito en la modalidad *revolving*, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Es destacable que la TAE pactada en el contrato fuera del 21,82% y el tipo medio en el mercado de las tarjetas de crédito y *revolving*, en aquella época (2014) fuera del 21,17%[31].

La SAP de Barcelona, sección 16.ª, número 213/2022, de 12 de mayo, resuelve un caso en el cual se analiza en primer lugar el carácter usurario de una tarjeta *revolving*, dejando claro que no pueden considerarse usurarios los intereses aquí discutidos: «El tipo máximo aplicado (24,60%) ni siquiera supera en más del 30% el mínimo del 19,98% que publica el Banco de España» (utiliza el TEDR aplicado por las instituciones financieras monetarias en operaciones de crédito mediante tarjeta y tarjetas *revolving* publicado por en el Capítulo 19.4 del Boletín Estadístico del Banco de España en diciembre de 2018, fecha del contrato de autos. No obstante, al tribunal le parece indiscutible que «las condiciones generales plasmadas en el reverso del documento contractual que motiva la controversia son ilegibles», no superando el control de inclusión (arts. 7 y 8.1 de la LCGC), y no pudiendo considerarse eficazmente incorporadas al contrato[32].

En cuanto a las sentencias que determinan que los contratos de crédito *revolving* superan el doble control de transparencia, son importantes la SAP de Barcelona (Sección 14.ª), número 385/2019, de 7 de octubre, la SAP de Cádiz (Sección 5.ª), número 327/2019, de 22 de abril, o la SAP de Madrid (Sección 19.ª) número 337/2018, de 26 de septiembre. En este sentido, resulta muy relevante la SAP de Barcelona, sección 15.ª, número 12/2022, de 13 de enero, la cual establece, tras superar el control de incorporación, transparencia y abusividad, la validez de un contrato de tarjeta de crédito *revolving* firmado en 2011 entre Wizink Bank y un consumidor, pese a que establecía un interés remuneratorio del 26,84% TAE.

Es sumamente importante, en esta sentencia (ponente: D. Jose M.ª Fernández Seijo), el apartado 36, que afirma: «El TJUE, desde la protección que dispensa la Directiva 93/13, no exige que el consumidor real y concreto, es decir, la persona que haya celebrado el contrato haya entendido la cláusula o el método de cálculo del interés (…). Lo que exige el TJUE es que la cláusula sea comprensible para un consumidor medio, tanto desde el punto de vista gramatical, como desde el punto de vista de la información a su disposición. No se trata de valorar si el consumidor contratante ha entendido la cláusula (valoración subjetiva) sino si un consumidor contratante ha dispuesto de la información necesaria para asegurar que un consumidor medio la hubiera entendido (valoración objetiva)».

Sin embargo, en el caso enjuiciado, dice la sentencia que «aunque hay que reconocer que la letra es pequeña, el documento es legible» (superando el control de inclusión). La letra utilizada equivale al 7 de un procesador de textos, siendo superior al mínimo permitido. En segundo lugar, respecto a la comprensibilidad de las cláusulas impugnadas, la Audiencia parte de la base de que un consumidor medio «sabe lo que son las tarjetas de crédito, así como que puede aplazar sus pagos son dichas tarjetas y que si lo hace tendrá que pagar un interés elevado».

La sentencia afirma que, si el cliente utilizó la tarjeta durante tantos años, «es imposible que pueda decir que no aceptó dicho elevado interés». Si un consumidor medio, tras comprobar que el tipo de interés que se le aplicaba y que la suma cargada de intereses por el aplazamiento de sus pagos era absolutamente

desproporcionada, abusiva o sorpresiva, sencillamente habría dejado de utilizar el crédito ofrecido, ya que, a diferencia de lo que pasa en un contrato de préstamo, «el consumidor puede dejar de utilizar el crédito cuando quiera». En cambio, «no fue así», concluye el Tribunal. Por tanto, también se supera el control de transparencia material.

Respecto del carácter usurario de los intereses remuneratorios establecidos en el contrato, en este caso, conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España, el tipo de interés medio de los préstamos y créditos a hogares en julio de 2011 era de 19,06% y en la fecha del último extracto aportado por la actora, en febrero de 2020, del 19,80%. Además, resulta que, de los extractos aportados en la demanda y su contestación, en febrero de 2020, la TAE aplicada era del 24%. Así las cosas, tras citar la STS número 149/2020, de 4 de marzo y la SAP de Barcelona número 133/2021, de 16 de marzo, el Tribunal, siguiendo la sentencia apelada dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona, entiende que no cabe concluir que el interés aplicado al caso de autos tenga un carácter «notablemente superior» al usual.

Existen otras sentencias de Audiencias Provinciales que analizan los créditos *revolving* desde la perspectiva del doble control de transparencia[33]. La expresión de la TAE es esencial en un contrato de crédito *revolving*, como resuelve la SAP de Madrid, sección 28.ª, número 369/2021, de 15 de octubre: «La cláusula de intereses remuneratorios se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 por lo que debe efectuarse previamente el control de transparencia y, caso de que no se supere, podrá el órgano jurisdiccional examinar el carácter abusivo de dicha cláusula».

La expresión de la TAE en el contrato de crédito *revolving* ha de ser clara y comprensible. Como resuelve la citada sentencia de 15 de octubre de 2021, de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid: «En definitiva, la cláusula en cuestión no presenta objeción ni desde la perspectiva del control de incorporación ni desde el control de transparencia, ya que la expresión de la TAE permite conocer la carga económica que los intereses suponen para el consumidor (el coste efectivo de su obligación) y permite comparar los intereses que ofrecen las distintas entidades».

La STS número 44/2019, de 23 de enero (FD 3.º, apartado 11), afirma que: «la tasa anual equivalente (TAE) permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá».

Como resuelve la SAP de Madrid, sección 13.ª, número 103/2021, de 11 de marzo: «Sobre la manera de practicar el control de transparencia el TJUE en la citada Sentencia de 20 de septiembre de 2017 dictada a propósito de los préstamos en divisa extranjera, declara en su apartado 47 que «incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo». Y añade: «De acuerdo con la jurisprudencia citada ha de analizarse si la cláusula controvertida supera el control de transparencia, examinando si está redactada en forma clara y comprensible de modo que exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas,

de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (apartado 45, sentencia TJUE, asunto C-186/16)». Se trata de un doble control, el de inclusión, incorporación o transparencia documental y el posterior de transparencia material.

La importancia de regular adecuadamente el coste del crédito en el contrato de crédito *revolving* es fundamental, como nos recuerda esta misma sentencia, resolviendo que: «En el caso presente, la cláusula destaca en su rúbrica que se regula el coste del crédito, redacción que se reputa clara, apreciándose que supera el control de transparencia en sentido material de modo que el consumidor puede conocer el impacto del contrato en su patrimonio. Se cumple el control de incorporación y el de transparencia, por cuanto en el anverso del contrato firmado por la demandada, se establece de forma clara y en letra negrita que «El tipo de interés a aplicar variará en función del saldo pendiente. Hasta 6000 €, Tipo Deudor: 22,12%, TAE: 24,51%», estableciéndose asimismo en la cláusula sexta de las condiciones generales del contrato relativa al «Coste del crédito», que el tipo de interés remuneratorio será el indicado en el anverso del contrato».

Con igual criterio se pronuncia la SAP de Asturias, sección 6.ª, número 465/2021, de 23 de diciembre (FD 4.º in fine), la SAP de Vizcaya, sección 4.ª, número 152/2021, de 12 de febrero (FD 2.º in fine) y la SAP de Pontevedra, sección 6.ª, número 435/2021, de 28 de octubre (FD 3.º in fine).

Respecto de la formalización de una tarjeta de crédito *revolving*, la SAP de La Coruña, sección 3.ª, número 467/2021, de 14 de diciembre (FD 4.ª, ap. 4.º), analizando el control de transparencia afirma que: «4.º) En contra de lo afirmado en la demanda, no hay constancia de una venta agresiva. Se trata de un impreso que el cliente podía leer, tenía que cubrir, cerrar y remitir por correo. El tipo de interés de un préstamo no parece que ofrezca mayor dificultad de comprensión. Incluso los distintos tipos aplicados forman parte del acervo cultural común. Cuando se dice que se cobra un interés del 24% anual, no es un dato de difícil aprehensión por el consumidor. En cuando a las comisiones, consta un porcentaje y una cuantía mínima. Tampoco es desconocido para el consumidor medio que disponer de dinero en efectivo con tarjetas de crédito supone el cobro de una comisión, o que el uso de cajeros de una red comercial distinto supone el pago de otra comisión. No parece que sea difícil para el consumidor medianamente informado comprender el contenido económico del contrato. Cuestión distinta es que la aplicación práctica de una tarjeta *revolving* puede ser perjudicial, como ya se indica en la sentencia apelada, y también advirtió el Banco de España, cuando se opta por solicitarse el pago de cuotas mensuales anormalmente bajas, que pudieran no cubrir nunca amortizaciones de capital. En consecuencia, el tribunal considera que el contrato de tarjeta de crédito sí supera los controles de incorporación y de transparencia».

Como resuelve la SAP de Huelva, sección 2.ª, número 541/2021, de 15 de septiembre (FD 3.º, in fine), analizando el crédito *revolving* y la utilización de varias disposiciones por parte del cliente durante un período de tiempo prolongado: «Se está ante un contrato *revolving* caracterizado, principalmente, según el preámbulo de la ETD/699/2020, de 24 de julio (que aunque no resulta aplicable por razones temporales sirve a estos efectos) por dos elementos esenciales que diferencian al crédito de este tipo de otros: (i) el modo o forma de pago, pues permite el cobro aplazado mediante el pago de cuotas variables en función del uso que se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada (en los contratos de crédito ordinarios la deuda

se abona de una sola vez), o cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y amortización de la financiación solicitada; (ii) su carácter reconstructivo o revolvente: el importe de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible mediante su renovación automática como si de una línea de crédito permanente se tratara y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Este sistema de contrato de tarjeta de crédito no lo convierte en contrato de naturaleza compleja de tal manera que quien lo contrata, conociendo el interés a aplicar, puede conocer el coste del mismo por hacer uso de la tarjeta, lo que parece que ocurrió en el presente caso en que se utilizó la misma, de forma efectiva, desde el mes de mayo de 2003 hasta febrero de 2010, según documento adjunto a la contestación a la demanda».

Desde la entrada en vigor del nuevo artículo 33 ter de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, es esencial cumplir de forma detalla la información precontractual que debe facilitarse al cliente con la formalización de un contrato de crédito *revolving*.

Para la nueva contratación, a partir del 1 de junio de 2022 (ex disposición final séptima de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica), se modifica uno de los requisitos de la transparencia formal: el tamaño de la letra, la separación y el fondo de contraste, para hacer accesible la lectura del contrato (ex art.80.1.b del TRLGDCU). Este cambio normativo, nada menor, implica pasar de una letra mínima actual de 1,5mm a 2,5mm en condiciones predispuestas y obligará a todos los predisponentes a comprobar y, en su caso, hacer un ejercicio de actualización de contratos[34].

C) La STS número 367/2022, de 4 de mayo

La STS número 367/2022, de 4 de mayo, resuelve un recurso de casación interpuesto contra la SAP de Albacete, sección 1.ª, número 296/2018, de 21 de septiembre y, por tanto, un recurso de apelación en el que aún no se había dictado la STS número 149/2020, de 4 de marzo.

La SAP de Albacete, sección 1.ª, número 296/2018, de 21 de septiembre (que confirma la STS número 367/2022, de 4 de mayo), analiza una tarjeta de crédito *revolving* formalizada en el año 2006, en el que se había pactado un tipo de interés del 24,50% anual (FD 1.º, in fine).

La SAP de Albacete, sección 1.ª, número 296/2018, de 21 de septiembre, después de analizar la STS número 628/2015, de 25 de noviembre, en el FD 3.º, in fine, resuelve que: «Como se ve, el caso que contempla el Tribunal Supremo difiere sustancialmente del que nos ocupa. Allí la TAE del 24,60% se establece en un contrato de préstamo o crédito al consumo. Sin embargo, en nuestro caso nos encontramos con un contrato de tarjeta de crédito con pago aplazado. Y es lo cierto que en este tipo de contratos el interés medio, el normal o habitual a que se refiere el Tribunal Supremo para calificar o no de usurario el pactado en el caso que nos ocupa, es muy similar al aplicado por BARCLAYS BANK PLC en el contrato suscrito por las partes en 2006. En efecto, la documentación aportada por ESTRELLA RECEIVABLES LTD en el acto de la audiencia previa (obtenida de la propia base de datos del Banco de España) revela que en junio de 2005 frecuentemente la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era superior al 20%, siendo

habitual incluso que las contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23, 24, 25 y hasta el 26%. Porcentajes que se reproducen en la actualidad. No cabe, en definitiva, considerar que la TAE pactada en el contrato que nos ocupa como interés remuneratorio sea usuraria ni que fuera notablemente superior a la normal aplicada por otras entidades, lo que impone la desestimación del recurso, y sin que proceda examinar la pretensión invocada con carácter subsidiario desde el momento en que la demandante renunció en su escrito de demanda de juicio ordinario reclamar cantidad alguna en concepto de seguro de protección de pagos».

La propia Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete ha seguido manteniendo esta tesis con posterioridad a la STS número 149/2020, de 4 de marzo, como, por ejemplo, en la SAP de Albacete, sección 1.ª, número 137/2021, de 26 de febrero, que realiza un riguroso análisis del producto financiero del crédito *revolving*, los tipos medios que se han venido aplicando con anterioridad al año 2010 y lo que debe considerarse como interés notablemente superior al normal del dinero, conforme la doctrina fijada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la STS número 628/2015, de 25 de noviembre y la STS número 149/2020, de 4 de marzo.

Pues bien, la Sala Primera del Tribunal Supremo en su STS número 367/2022, de 4 de mayo concreta, en los apartados 4 al 7 del FD 3.º de su sentencia, los tipos medios habituales de esta tipología de productos financieros, como es el crédito *revolving*, así como lo que puede considerarse como interés notablemente superior al normal del dinero, sobre un tipo medio alrededor del 20%, resolviendo que no puede considerarse usurario un interés pactado que esté sobre un 23%, 24%, un 25% o, incluso, un 26% anual, estableciendo lo siguiente:

«5. Al igual que declaramos en la anterior STS número 149/2020, de 4 de marzo, el índice que debe ser tomado como referencia es el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No puede aceptarse la tesis de la recurrente de que el interés de referencia que debe emplearse para decidir si el interés del contrato cuestionado es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» es el general de los créditos al consumo y no el más específico de las tarjetas de crédito y *revolving* que es utilizado en la sentencia recurrida.

6. Los hechos fijados en la instancia, que deben ser respetados en el recurso de casación, consisten en que los datos obtenidos de la base de datos del Banco de España revelan que, en las fechas próximas a la suscripción del contrato de tarjeta *revolving*, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era habitual que las tarjetas *revolving* contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual.

7. Dado que la TAE de la tarjeta *revolving* contratada por la recurrente es, según declara la sentencia recurrida, del 24,5% anual, la Audiencia Provincial, al declarar que el interés remuneratorio no era «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» y que, por tal razón, el contrato de tarjeta *revolving* objeto del litigio no era usurario, no ha vulnerado los preceptos legales invocados, ni la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta, dado que el tipo de interés de la tarjeta estaba muy próximo al tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características».

La STS número 367/2022, de 4 de mayo confirma lo dispuesto en la STS número 149/2020, de 4 de marzo. Lo novedoso es el hecho de que, en los apartados 6 y 7 del FD 3.º, ratifica que un porcentaje que no supera el 30% entre el tipo medio utilizado y la TAE pactada no puede considerarse como interés notablemente superior al normal del dinero, habida cuenta que se está analizando en la sentencia ese porcentaje[35]. No obstante, hay que decir que esta sentencia resuelve un caso sobre una tarjeta *revolving* del año 2006. El Banco de España, en aquella época, no publicaba el índice del tipo medio que debe ser tomado como referencia para las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving*. Es más, el Banco de España no empezó a publicar tablas con series temporales específicas de tarjetas de crédito hasta el 2017, haciéndolo de manera retrospectiva exclusivamente hasta el 2010, por lo tanto, fuera de ese periodo la calidad de los datos públicos sigue generando serias dudas. Sin embargo, la STS número 367/2022, de 4 de mayo es relevante a los efectos de confirmar que, conforme a la propia información facilitada por el Banco de España, desde el año 2006 hasta el año 2021, el tipo medio de la TAE estaba igualmente alrededor del 20%. En el caso concreto que se resuelve, con un tipo de interés pactado del 24,50% anual, el Tribunal Supremo afirma que dicho tipo de interés no puede considerarse usurario. El Tribunal Supremo es claro cuando dice que una TAE pactada que esté sobre un 23%, 24%, 25% o, incluso, un 26% anual, respecto de ese tipo medio, no es usurario, dejando entrever que más o menos hasta un 30% de interés pactado en una tarjeta *revolving* puede considerarse correcto y ajustado a la legalidad.

De alguna forma, lo que plantea esta nueva Sentencia del Tribunal Supremo, es que en operaciones anteriores a 2010, debe utilizarse la TAE que se aplicaba a las «operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado» (que era superior al 20%, siendo habitual incluso que las contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23, 24, 25 y hasta el 26%), pues es la modalidad de contratación más cercana a las tarjetas *revolving* (confirmando lo dicho por la SAP de Albacete, sección 1.ª, número 296/2018, de 21 de septiembre, recurrida, que así lo establece en su FD 3.º, in fine). En cambio, lo que pretendía el consumidor en ese procedimiento judicial era hacer valer, como método comparativo, el tipo de interés medio aplicado a los «crédito al consumo», en general, al estar encuadradas las «tarjetas de crédito con pago aplazado» dentro del citado epígrafe, pues en aquella época (año 2006) el Banco de España no publicaba los datos de los tipos de interés relativos a los contratos de crédito o tarjetas *revolving* de forma específica, siendo el tipo de interés medio aplicado a los «crédito al consumo», en general, de entre un 7% y un 8%, lo que seguramente hubiese servido para determinar que el tipo de interés pactado en este supuesto en particular, del 24,50%, era muy superior a ese tipo medio, y, por ende, usurario.

Sin embargo, no puede sorprender a nadie que el Tribunal Supremo corrobore, en su STS número 367/2022, de 4 de mayo, lo que ya dejó sentado en la STS número 149/2020, de 4 de marzo, es decir, que «debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y, si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de «operaciones de crédito al consumo»), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto

es, de la TAE del interés remuneratorio». Es lógico que el Tribunal Supremo opte por una categoría más específica («operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado») dentro de la categoría genérica («crédito al consumo»), al tener dicha categoría específica un parecido mucho mayor con las tarjetas *revolving*, aun cuando no sea la categoría concreta de «tarjetas *revolving*» (básicamente, porque no se publicaban en aquella época)[36].

Lo criticable, tal vez, es que el Tribunal Supremo no haya tenido en cuenta lo que estableció en la STS número 149/2020, de 4 de marzo: «El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice que se toma como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%». En este caso, se parte de un tipo medio cercano al 20%, para considerar que hasta un 24,50% de tipo de interés pactado no es usurario, pero tal vez sí debería serlo, ya que al partir de un interés de referencia ya de por sí bastante elevado, a poco que el tipo pactado en el contrato de crédito o tarjeta *revolving* sea más alto, este podría ser considerado usurario.

Evidentemente, hay voces discordantes sobre importancia de esta sentencia. Mientras que algunos autores hablan de que la misma zanja la cuestión sobre lo que ha de entenderse por interés superior al normal del dinero[37], otros defienden que simplemente se estaba resolviendo un caso concreto, reiterando únicamente el criterio por el cual, siempre que exista un índice más específico, deberá elegirse el mismo, sobre todo en un momento (año 2006) en el cual el Banco de España no publicaba los datos de los tipos de interés relativos a los contratos de crédito o tarjetas *revolving* de forma específica[38].

3. La jurisprudencia después de la STS núm. 367/2022, de 4 de mayo

A) El criterio seguido por las Audiencias Provinciales

La mejor forma de analizar si la STS número 367/2022, de 4 de mayo ha zanjado la cuestión de los créditos *revolving* o no es analizar la jurisprudencia posterior de las Audiencias Provinciales. Se puede afirmar que hay un poco de todo, lo que daría la razón a aquellos autores que siguen pensando que en este tema falta algo de concreción y que siguen analizándose los contratos de crédito o tarjetas *revolving* caso por caso, aunque tal vez, en la cuestión de la usura, no quede otro remedio, dadas las características de dicha figura.

Entre las sentencias halladas, la mayoría difieren en algunos aspectos de la STS número 367/2022, de 4 de mayo, aunque otras siguen, en parte o en todo, sus postulados. En general puede decirse que las Audiencias Provinciales parecen ver en esta sentencia una continuación de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo. Así, se puede hablar, por ejemplo, de las siguientes resoluciones:

— SAP de Lérida, sección 2.ª, número 327/2022, de 10 de mayo: aquí se sigue el criterio de comparar el tipo de interés pactado con el «tipo medio de tarjetas de crédito» más específico, como hace la STS número 367/2022, de 4 de mayo, pues el contrato es del año 2000, pero en cambio se llega a la

conclusión contraria. La TAE pactada es del 24,60%, pero se ha aplicado el 26,82%, y el tipo medio no supera el 24%, lo que se considera «notablemente superior al habitual en este tipo de contratación» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», justo al contrario de lo que dice el Tribunal Supremo, determinándose, por tanto, en este caso en particular, su carácter usurario. La Sentencia añade: «De hecho es el mismo TAE que analizó la Sentencia de 4 de marzo de 2020 del Tribunal Supremo, concluyendo su carácter de usurario».

— SAP de Orense, sección 1, número 347/2022, de 16 de mayo: en esta sentencia el contrato de autos es de 2018, cuando ya existían datos del Banco de España sobre el tipo de interés en los créditos y tarjetas *revolving*. Aquí la discrepancia con el Tribunal Supremo viene porque, con una TAE pactada del 24,89%, y siendo el TEDR publicado por el Banco de España, del 19,98%, la operación es calificada como usuraria, «no siendo de recibo que se afirme que la sentencia del Tribunal Supremo[39] vino a establecer un límite o parámetro objetivo por debajo del cual no quepa apreciar el carácter usurario de la operación. Ello no es así: lo que hizo el Tribunal Supremo en la referida sentencia fue constatar que, siendo el TEDR publicado por el Banco de España para la fecha de la operación analizada del 20,9%, es usuraria una TAE del 26,82%, por constituir un «interés notablemente superior al normal del dinero» conforme a los criterios fijados en esa y anteriores sentencias. Pero de ninguna manera quiso el Tribunal Supremo establecer un límite o barrera por debajo de la cual la operación no puede ser calificada como usuraria. Para ello los juzgados y tribunales, en ejercicio de su potestad, deben valorar las circunstancias del caso concreto».

— SAP de Zaragoza, sección 5.ª, número 661/2022, de 20 de mayo: en este caso el contrato es de 2003, y el tribunal utiliza como parámetro de comparación el interés de los «créditos al consumo», que en ese momento era del 7,13%. La TAE pactada era del 26,90% «resulta notablemente superior al normal del dinero», y concluye añadiendo que «cualquier porcentaje superior al 10% es notablemente superior al normal del dinero, y en casos puntuales hemos llegado a considerar usurarios unos intereses superiores al 3%». Curiosamente, en este caso, se acoge el tipo del 7,13% porque lo ha aportado un perito de la parte actora, «pues no existía una categoría más específica de comparación».

— SAP de Cantabria, sección 2.ª, número 274/2022, de 23 de mayo: la sentencia sigue la doctrina del Tribunal Supremo a rajatabla, en el sentido de tomar como referencia el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* con las que más específicamente compartan características. Por cierto, que la Audiencia Provincial de Cantabria es una de las que tiene fijado como criterio unificador para todas sus secciones que el tipo de interés de las tarjetas *revolving* no puede ser superior, en ningún caso, al 10%, con respecto al tipo medio utilizado como criterio comparativo, como puede verse en la SAP de Cantabria, sección 4.ª, número 417/2022, de 19 de mayo.

— SAP de Asturias, sección 4.ª, número 211/2022, de 26 de mayo: en este caso, figura una TAE pactada, en el año 2006, del 22,95%. El interés medio de los «créditos al consumo» en general era entonces del 8,81%, y es el que la sentencia toma en consideración (en lugar del tipo más específico en las «operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado»). En este caso en concreto el tribunal debe basarse en los datos que constan en autos, que solo muestran el interés medio de las tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* correspondiente al año 2010, un dato demasiado posterior a la fecha del contrato (2006). De

modo que la referencia más cercana al tipo de contrato enjuiciado «es la media de los créditos al consumo en general, de lo que sí existen datos en la base del Banco de España y sí figuran en autos». La sentencia encuentra irrelevante el informe de un auditor, que contiene una «hipótesis o especulación sobre el interés medio de las tarjetas en septiembre de 2006, porque lo que hay que tener en cuenta no es esta clase de teorizaciones sino los datos extraídos de las estadísticas publicadas por el Banco de España»[40]. Dice que la STS número 367/2022, de 4 de mayo respeta estos criterios, porque dice que la propia resolución se remite a la STS número 149/2020, de 4 de marzo, y que en la STS número 367/2022, de 4 de mayo «estimó no usuraria una tarjeta *revolving* con el interés del 24,50% porque la Audiencia había dado por probado que en fechas próximas a la del contrato litigioso, 2006, era habitual incluir en esta clase de tarjetas intereses entre el 23 y el 26%, sin que el Supremo pudiese alterar estos peculiares hechos probados al no haberse interpuesto en esa ocasión recurso extraordinario por infracción procesal». Es decir, que esta sentencia de Oviedo duda de los hechos probados en la Audiencia, y se aparta de forma clara del criterio utilizado en la STS número 367/2022, de 4 de mayo, que no era otro que el de utilizar el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada, o a la más específica posible.

Otras sentencias son la SAP de Barcelona, sección 15.ª, número 904/2022, de 30 de mayo, que determina que el tipo medio del crédito *revolving* en 2015 era del 24,34% TAE, mientras que en el contrato de autos se pactó un 26,70% TAE. Según el parecer de la Sala, aunque se acordó un interés «por encima de la media para este tipo de operaciones», no cabe calificar tal como «desproporcionadamente elevado» ni, por ende, usurario. La cláusula también supera el doble control de transparencia, porque las condiciones eran legibles, utilizando un tipo de letra superior al límite permitido, y porque el consumidor era perfectamente conocedor de las cifras de intereses elevadas a las que venía haciendo frente.

En cambio, la SAP de Málaga, sección 4.ª, número 376/2022, de 15 de junio ha confirmado la nulidad, por usura y falta de transparencia, del contrato de tarjeta *revolving* suscrito entre una consumidora y EVO en 2008 y cuya TAE no superaba el 18,90%, utilizando como tipo comparativo el general para los «créditos al consumo», que en agosto de 2008 era del 11,14%.

Y, por último, la SAP de Cantabria, sección 2.ª, número 305/2022 de 13 de junio ha confirmado el carácter usurario y, por ende, la nulidad del contrato de tarjeta de crédito *revolving* suscrito entre el Banco Santander y una usuaria en abril de 2014, bajo una TAE del 26,82%. A la fecha de celebración del contrato de autos, el TEDR publicado por el Banco de España era del 21,04%. Por consiguiente, un interés como el pactado del 26,82%, que supone un incremento sobre la media de 5,78 puntos porcentuales, «debe considerarse notablemente superior al normal» del dinero. En palabras de la Audiencia, «se trata ya de un interés muy alto». Para mayor argumento, la AP de Santander tilda de «significativo» que, precisamente, en la citada STS número 149/2020, de 4 de marzo, se considerase usurario un crédito *revolving* con una TAE del 26,82%, siendo el interés medio de esos créditos conforme a las estadísticas del Banco de España, a la fecha del contrato, algo superior del 20%.

Esta diversidad de resoluciones viene a corroborar que no se puede esperar que, acudiendo a un instrumento legal como es la Ley de Usura de 1908, se regule el precio del crédito *revolving* en el mercado financiero. Es contrario al

rigor jurídico; todo ello sin perjuicio de que el legislador pueda regular el precio del crédito *revolving*, sin que tengan que ser los tribunales los que acaben convertidos en un instrumento de fijación de precios o en un interventor del mercado financiero, al considerar, a su mero arbitrio, que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito, en un determinado momento, son elevados. Por eso la usura se tiene que aplicar caso por caso, y en función de las circunstancias concretas de cada contrato[41], aunque ya no se tenga en cuenta el elemento subjetivo de la usura.

Por su parte, el Auto del TJUE (Sala Sexta), de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20), determinó que «ni la Directiva 87/102 ni la Directiva 2008/48 contienen normas armonizadas sobre la limitación máxima de la TAE, de modo que los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer disposiciones a este respecto» y concluye que la jurisprudencia española, simplemente, ha determinado que «la TAE de un contrato de préstamo al consumo que supere el doble del tipo de interés medio español se considera usuraria y, en consecuencia, dicho contrato es nulo. Además, cuando el tipo de interés medio de una categoría de contratos de préstamos ya sea muy elevado, el tipo de interés estipulado en un contrato perteneciente a esa categoría puede considerarse usurario si supera la media»[42].

B) La STJUE de 5 de marzo de 2020 (Asunto C-679/18)

La STJUE de 5 de marzo de 2020 (Asunto C-679/18), abre una nueva vía para la nulidad de los contratos *revolving*. En la falta de evaluación de la solvencia del prestamista está la nueva brecha de defensa de los consumidores. Dice esta sentencia que, en un mercado crediticio en expansión, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario. Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance[43].

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Ostrava (República Checa), mediante resolución de 25 de octubre de 2018. Entre otras cuestiones, esta sentencia establece que los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que se exige que el órgano judicial nacional compruebe de oficio si se ha producido un incumplimiento de la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor (establecida en el artículo 8 de dicha Directiva), y deduzca las consecuencias que se derivan, en virtud del Derecho nacional, del incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones se atengan a los requisitos del artículo 23. Los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben igualmente interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen nacional con arreglo al cual el incumplimiento por parte del prestamista de su obligación precontractual de evaluar la solvencia del consumidor se sanciona únicamente con la nulidad del contrato de crédito, con la consiguiente obligación del consumidor de devolver el principal al prestamista dentro de un término acorde con sus posibilidades financieras, a condición de que el consumidor invoque la nulidad dentro de un plazo de prescripción de tres años (en el caso de la legislación checa).

III. CONCLUSIONES

I. La STS número 149/2020, de 4 de marzo, remitiéndose a la anterior STS número 628/2015, de 25 de noviembre, establece que, para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» a fin de realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría de la operación crediticia cuestionada, y que este es el facilitado por el Banco de España en el Capítulo 19.4 de su Boletín Estadístico, donde se detalla una columna específica sobre los tipos de interés remuneratorio en créditos *revolving*. El Banco de España no empezó a publicar tablas con series temporales específicas de contratos de crédito y tarjetas *revolving* hasta el 2017, haciéndolo de manera retrospectiva exclusivamente hasta el 2010. Por lo tanto, fuera de este periodo la calidad de los datos públicos sigue generando serias dudas. Además, se aplica únicamente el elemento objetivo del artículo 1 de la Ley de Usura, no el elemento subjetivo.

II. El Tribunal Supremo corrobora, en su STS número 367/2022, de 4 de mayo, lo que ya dejó sentado en la STS número 149/2020, de 4 de marzo, es decir, que siempre que exista un índice más específico, deberá elegirse, a fin de llevar a cabo la comparación con el tipo de interés pactado en el contrato. No obstante, en esta sentencia se analiza un contrato del año 2006, cuando no existen datos publicados del tipo medio de interés para los contratos de crédito o tarjetas *revolving*. Parece lógico que el Tribunal Supremo opte por la categoría más específica posible («operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado») en lugar de tener en cuenta los datos de la categoría genérica («crédito al consumo»), al tener dicha categoría específica un parecido mucho mayor con las tarjetas *revolving*. Lo criticable es que el Tribunal Supremo no haya tenido en cuenta lo que estableció en la STS número 149/2020, de 4 de marzo: «El tipo medio del que, en calidad de "interés normal del dinero", se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice que se toma como referencia en calidad de "interés normal del dinero", menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura». En este caso, se parte de un tipo medio cercano al 20%, para considerar que hasta un 24,50% de tipo de interés pactado no es usurario, pero tal vez sí debería serlo, ya que al partir de un interés de referencia ya de por sí bastante elevado, a poco que el tipo pactado en el contrato de crédito o tarjeta *revolving* sea más alto, este podría ser considerado usurario.

III. Las Audiencias Provinciales han dictado sentencias dispares tras la STS número 367/2022, de 4 de mayo. Para algunas, esta sentencia del Tribunal Supremo indica que siempre hay que elegir, en caso de que no existan índices publicados, el tipo de interés de las «operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado» más específico, mientras que otras eligen el tipo de interés de las operaciones de «crédito al consumo» en general, y, aun así, siguiendo uno u otro criterio, la determinación de si el tipo de interés pactado en el contrato es usurario o no depende de cada caso concreto, sin que pueda determinarse un criterio común para todos los supuestos. En este punto, parece evidente que los tribunales se basan en los índices publicados por el Banco de España que las partes aportan al proceso y que constan en autos. Hay Audiencias Provinciales que aceptan informes periciales, y otras que únicamente aceptan los datos provenientes del Banco de España. En cualquier caso, siempre son datos aportados por las partes. Los jueces no consultan los índices de oficio. De todas formas, no

hay un criterio claro sobre la posibilidad de acudir a otras estadísticas distintas del Banco de España, por lo que en este punto faltaría que el Tribunal Supremo aclarara esta cuestión.

IV. Por tanto, difícilmente se puede decir que la STS número 367/2022, de 4 de mayo, ha zanjado o resuelto el caso de las tarjetas *revolving*. No está claro cuándo hay usura en un crédito *revolving*. Un hecho que podría aportar cierta claridad en el asunto sería un pequeño cambio en las tablas del Banco de España. Es decir, incluir la TAE en los créditos *revolving*, pero de forma retroactiva (desde 2010 hasta la actualidad y en adelante).

V. Por otra parte, la STS número 149/2020, de 4 de marzo, abrió la puerta a que estos contratos pudieran ser valorados bajo el prisma del doble control de transparencia (formal y material). Existen sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales con respecto a este análisis, y falta que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la aplicación del doble control de transparencia en los contratos de crédito *revolving*, a fin de unificar la doctrina. Lo que sí es cierto es que, tal y como revelan la SAP de Madrid, sección 25.ª, número 30/2022, de 27 de enero y la SAP de Cantabria, sección 2.ª, número 320/2022, de 16 de mayo, si se hubiesen analizado los contratos de crédito o tarjetas *revolving* objeto de estos dos pleitos únicamente desde la perspectiva de la usura, estos no se hubiesen considerado abusivos; en cambio, al no superar el doble control de transparencia, el tipo de interés pactado y su comparación con el tipo medio publicado por el Banco de España adquiere escasa o nula importancia, pues lo que se analiza es el hecho de que el consumidor no pudiera tener, al tiempo de contratar, un conocimiento exacto sobre la verdadera carga jurídica y económica del contrato, hecho que ocasiona un desequilibrio de las prestaciones en beneficio de la entidad financiera y en perjuicio del consumidor.

VI. Es decir, el doble control de transparencia se revela como la forma más clara, en caso de que los tribunales la estimen, de declarar nula la cláusula de intereses de los contratos de crédito o tarjetas *revolving*. Hay que reflexionar sobre el hecho de que, en ocasiones, resulta sorprendente que de un capital financiado se apliquen un total de cargos que pueden suponer un coste de más de un 50% del capital financiado, algo difícil de entender cuando no se trata de la amortización a largo plazo de altas cuotas periódicas y el interés remuneratorio pactado suele ser de entre un 20% y un 30%.

VII. Tal vez, lo que hace falta es plantear las demandas (o las contestaciones a la demanda), por parte de los abogados de los consumidores, adecuándolas al caso concreto e individual que estén llevando. Se ha visto que, en algunas ocasiones, los contratos no han superado el control formal o de inclusión, al ser la letra ilegible o demasiado pequeña; en otras ocasiones, por la aplicación de intereses diversos según el extracto presentado por el banco, el tribunal ha estimado la falta de transparencia material; y, en otras ocasiones, según el tipo de interés pactado, en relación con el tipo medio de referencia, se ha determinado su carácter usurario de conformidad con la Ley de Usura. Por ende, cada caso debe plantearse de un modo distinto, en función de las características de cada contrato y de cada situación, a fin de enfocarlo desde el inicio de una manera correcta y siguiendo una buena estrategia procesal, aportando todos los documentos y datos que sean necesarios.

VIII. Todo ello en un ámbito de despachos de abogados que incitan a los consumidores a interponer pleitos, y que solicitan de forma masiva y poco personalizada la devolución de intereses usurarios, sabedores de unas costas del proceso nada desdeñables (en la mayoría de los casos supone juicios ordinarios

con cuantía indeterminada) y bajo la expectativa de la existencia de tribunales que consideran que se trata de intereses muy elevados y buscan cualquier argumento para declarar tales intereses como nulos, inclusive en ocasiones con argumentaciones un tanto complejas y alejadas del propio rigor jurídico, vendiéndole al cliente que conseguirá la nulidad del contrato de préstamo y que la entidad deberá devolverle los intereses abonados, a veces sin tener en cuenta si por la cuantía de dichos intereses vale la pena embarcarse en un proceso judicial largo, costoso, y que implica varias instancias y la posibilidad de no recuperar las costas judiciales.

IX. No se puede pretender que la jurisprudencia cambie el sistema de usura, pasando de un sistema jurisprudencial a otro objetivo, con la peculiaridad añadida de que esa objetividad la añada la propia jurisprudencia, es decir, que el propio Tribunal Supremo establezca un límite al interés que se pueda exigir para un crédito *revolving*. El problema está en que solamente pueden aportarse algunas pautas, pero no fijar un límite concreto, pues se mancillaría la propia esencia de la normativa de usura, consistente en analizar caso por caso: el riesgo, si existe alguna garantía, si es un préstamo mercantil o al consumo, etc. Aunque también es verdad que convendría que el Tribunal Supremo estableciese unas pautas más claras para poder juzgar los contratos de forma uniforme. Es loable la intención de distintas Audiencias Provinciales, pues muchas de ellas acordaron criterios unánimes para que sus secciones pudiesen juzgar conforme a unos parámetros claros cuando existe usura. No obstante, se ha visto que existe una discordancia entre las distintas Audiencias Provinciales, con lo cual, conforme a un criterio concreto, en un sitio podría considerarse el interés usurario, mientras que, en otro lugar, según el acuerdo adoptado ese contrato no sería usurario.

X. Por otro lado, en los créditos *revolving* no se analiza la capacidad de pago de los prestatarios. Tal vez sería conveniente adoptar un sistema en el cual se incluya un *credit score*. Supondría ofrecer mejores ventajas en cuanto a intereses a los buenos pagadores, en cambio, a los malos se les exigiría mayores tipos de intereses. Esto conduciría a determinar, por un lado, el riesgo objetivo y el subjetivo (este último elemento ya no se tiene en cuenta, por parte del TS). El primero de ellos se extrae de las propias características de los créditos *revolving* (pues también tiene unos intereses altos por sus propias características de funcionamiento, así como otros motivos). En cambio, el segundo afinaría los datos subjetivos respecto al prestatario, con lo cual permitiría justificar un tipo de interés menor o más elevado. Además, para evitar la confusión jurisprudencial, convendría que en las tablas del Banco de España se añadiera la referencia a los créditos *revolving*, no con relación a la TEDR media del mercado, sino a la TAE, pues para juzgar el interés contractual se toma como referencia la TAE y no el TEDR.

XI. De alguna forma, esta vía es la que parece abrir la STJUE de 5 de marzo de 2020 (Asunto C-679/18), que valora la falta de evaluación de la solvencia del prestamista por parte de la entidad financiera como un comportamiento sancionable. En la falta de evaluación de la solvencia del prestamista está la nueva brecha de defensa de los consumidores. Dice esta sentencia que, en un mercado crediticio en expansión, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario. Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance.

IV. RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/2013)
- STJUE 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C96/16 y C94/17
- STJUE de 5 de marzo de 2020 (Asunto C-679/18)
- Auto del TJUE (Sala Sexta), de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20)
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio (EDJ 2012/209070)
- STS núm. 113/2013, de 22 de febrero (EDJ 2013/24020)
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (EDJ 2013/53424)
- STS núm. 464/2014, de 8 de septiembre (EDJ 2014/180029)
- STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre (EDJ 2014/279620)
- STS núm. 139/2015, de 25 de marzo (EDJ 2015/44468)
- STS núm. 628/2015, de 25 de noviembre (EDJ 2015/216418)
- STS núm. 44/2019, de 23 de enero (EDJ 2019/501276)
- STS núm. 189/2019, de 27 de marzo (EDJ 2019/544436)
- STS núm. 149/2020, de 4 de marzo (EDJ 2020/512653)
- STS núm. 585/2020, de 6 de noviembre (EDJ 2020/698657)
- SAP de Valencia, sección 6.ª, núm. 78/2017, de 3 de marzo (EDJ 2017/287506)
- SAP de Madrid, sección 19.ª, núm. 337/2018, de 26 de septiembre (EDJ 2018/664697)
- AAP de Barcelona, sección 17.ª, núm. 128/2018, de 31 de mayo (EDJ 2018/103182)
- SAP de Albacete, sección 1.ª, núm. 296/2018, de 21 de septiembre (EDJ 2018/622891)
- SAP de Barcelona, sección 1.ª, núm. 131/2019, de 11 de marzo (EDJ 2019/520885)
- SAP de Barcelona, sección 14.ª, núm. 385/2019, de 7 de octubre (EDJ 2019/712748)
- SAP de Cádiz, sección 5.ª, núm. 327/2019, de 22 de abril (EDJ 2019/596552)
- SAP de Madrid, sección 11.ª, núm. 217/2019, de 5 de junio (EDJ 2019/635971)
- SAP de Huelva, sección 2.ª, núm. 710/2020, de 28 de octubre (EDJ 2020/742718)
- SAP de La Coruña, sección 6.ª, núm. 310/2020, de 30 de diciembre (EDJ 2020/829247)
- SAP de Vizcaya, sección 4.ª, núm. 152/2021, de 12 de febrero (EDJ 2021/603033)
- SAP de Albacete, sección 1.ª, núm. 137/2021, de 26 de febrero (EDJ 2021/557479)
- SAP de Pontevedra, sección 6.ª, núm. 65/2021, de 3 de marzo (EDJ 2021/541743)
- SAP de Madrid, sección 13.ª, núm. 103/2021, de 11 de marzo (EDJ 2021/593611)
- SAP de Barcelona, sección 19.ª, núm. 133/2021, de 16 de marzo (EDJ 2021/554115)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, núm. 98/2021, de 24 de marzo (EDJ 2021/593996)
- SAP de Cádiz, sección 2.ª, núm. 143/2021, de 28 de abril (EDJ 2021/636807)
- SAP de Huelva, sección 2.ª, núm. 541/2021, de 15 de septiembre (EDJ 2021/827637)
- SAP de Madrid, sección 28.ª, núm. 369/2021, de 15 de octubre (EDJ 2021/802803)

- SAP de Barcelona, sección 16.ª, núm. 388/2021, de 22 de octubre (EDJ 2021/777171)
- SAP de Cádiz, sección 8.ª, núm. 204/2021, de 26 de octubre (EDJ 2021/830142)
- SAP de Pontevedra, sección 6.ª, núm. 435/2021, de 28 de octubre (EDJ 2021/813277)
- SAP de La Coruña, sección 3.ª, núm. 467/2021, de 14 de diciembre (EDJ 2021/846949)
- SAP de Asturias, sección 6.ª, núm. 465/2021, de 23 de diciembre (EDJ 2021/848183)
- SAP de Barcelona, sección 15, núm. 12/2022, de 13 de enero (EDJ 2022/531390)
- SAP de Madrid, sección 25.ª, núm. 30/2022, de 27 de enero
- SAP de Lérida, sección 2.ª, núm. 327/2022, de 10 de mayo (EDJ 2022/615689)
- SAP de Barcelona, sección 16.ª, núm. 213/2022, de 12 de mayo
- SAP de Orense, sección 1.ª, núm. 347/2022, de 16 de mayo (EDJ 2022/618711)
- SAP de Cantabria, sección 2.ª, núm. 320/2022, de 16 de mayo (EDJ 2022/613830)
- SAP de Zaragoza, sección 5.ª, núm. 661/2022, de 20 de mayo (EDJ 2022/588207)
- SAP de Cantabria, sección 2.ª, núm. 274/2022, de 23 de mayo (EDJ 2022/602132)
- SAP de Cantabria, sección 4.ª, núm. 274/2022, de 23 de mayo (EDJ 2022/603534)
- SAP de Asturias, sección 4.ª, núm. 211/2022, de 26 de mayo (EDJ 2022/602323)
- SAP de Barcelona, sección 15.ª, núm. 904/2022, de 30 de mayo (EJD 2022/637012)
- SAP de Cantabria, sección 2.ª, núm. 305/2022, de 13 de junio (EDJ 2022/ 644468)
- SAP de Málaga, sección 4.ª, núm. 376/2022, de 15 de junio (EDJ 2022/730927)

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALATE ACENA, X. (2019), Tarjetas *revolving*: ¿la banca lo ha vuelto a hacer?, Hayderecho.expansion.com, entrada de 4 de junio de 2019, apartado 2.

ALEMANY CASTELL, A. (2020), Los créditos y las tarjetas *revolving*, *Revista jurídica sobre consumidores vLex*, núm. 7, febrero, 92-116.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato,* Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor.

CAÑIZARES LASO, A. (2015), Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, Estudios, 67-105.

FORTEA GORBE, J. (2019), La nulidad por usura en los contratos de préstamo y crédito. Interpretación jurisprudencial actual, en Castillo Martínez, C.C. (dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2022), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 13.ª Edición. Madrid: Dykinson.

MORENO GARCÍA, L. (2019), Tutela del consumidor frente a las tarjetas *revolving*, *Justicia*, núm. 2, 549-595.

ORDUÑA MORENO, J. (2020), La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas *revolving*): una desafortunada sentencia con más sombras que luces, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 1-5.
REINHART SCHULLER, R. (2022), Comentario a la nueva STS (367/2022 de 4 de mayo) en materia de créditos *revolving*. ¿Ha cambiado la doctrina?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42, 182-195.
REYNER SERRÀ, J. (2020), El crédito *revolving* con o sin tarjeta asociada: diferencias y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo, *Revista jurídica sobre consumidores*, núm. 7, febrero, 40-46.
SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2021), Crédito *revolving*: distinción entre usura y abusividad. La necesaria prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Comentario al Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021, *Revista de Derecho vLex*, núm. 203, abril, 1-11.
— (2021) La nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el crédito *revolving*: un magnífico Auto que va a aportar rigor y seguridad jurídica en la correcta aplicación de la Ley de Usura en nuestro Derecho y su debida compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, *Revista de Derecho vLex*, núm. 204, mayo, 1-9.
— (2022), El control de transparencia de los intereses remuneratorios en los contratos de crédito *revolving*, *Revista de Derecho vLex*, núm. 214, marzo, 1-14.
— (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo de 2022, precisando su doctrina jurisprudencial y zanja lo que debe considerarse por interés notablemente superior al normal del dinero en un crédito *revolving*, *Revista de Derecho vLex*, núm. 216, mayo, 1-11.
TORO GARCÍA, P., ALEMANY CASTELL, A. (2019), La problemática de la generalización de la nulidad de contratos *revolving* y tarjetas con motivo de la aplicación de la antiquísima Ley de Usura, *Revista de Derecho vLex*, núm. 179, abril, 1-14.
TORRAS COLL, J.M. (2019), Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas *revolving*, *Actualidad civil*, núm. 4, apartado II.

NOTAS

[1] Vid. TORO GARCÍA, P., ALEMANY CASTELL, A. (2019), La problemática de la generalización de la nulidad de contratos *revolving* y tarjetas con motivo de la aplicación de la antiquísima Ley de Usura, *Revista de Derecho vLex*, núm. 179, abril, 1.

[2] Cfr. lo dispuesto sobre las «Tarjetas *revolving*» en el Portal del Cliente Bancario del BDE (https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/podemosayudarte/criterios/Tarjetas_revolving.html). Vid. MORENO GARCÍA, L. (2019), Tutela del consumidor frente a las tarjetas *revolving*, *Justicia*, núm. 2, 554.

[3] Explicado de otra manera: «el límite de crédito asociado a la misma «disminuye según se realizan cargos», y «se repone» a medida que se van abonando las cuotas mensuales». Cfr. lo dispuesto por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en la Memoria de reclamaciones de 2018, 357; disponible en https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf. Vid. MORENO GARCÍA, L. (2019), Tutela del consumidor frente a las tarjetas *revolving*, op. cit., 554.

[4] Vid. ALEMANY CASTELL, A. (2020), Los créditos y las tarjetas *revolving*, *Revista jurídica sobre consumidores vLex*, núm. 7, febrero, 94.

[5] Aunque sigue siendo un contrato de consumo. Así lo indica el BDE en el Boletín Estadístico, de marzo de 2017, 5; disponible en el siguiente enlace: https://www.bde.es/f/

webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/17/Fich/be_marzo2017_es.pdf.

[6] Algunos autores indican que el origen del problema suscitado en torno a las tarjetas *revolving* se sitúa en su comercialización. En muchas ocasiones, las entidades financieras no informaron adecuadamente a los clientes de la modalidad de tarjeta que iban a adquirir. Muchos consumidores se dan cuenta de la realidad del producto contratado cuando la deuda alcanzaba cantidades importantes. Este tipo de tarjeta se ha ofertado al consumidor sin tener en cuenta su perfil, es decir, sin valorar si realmente necesitaba un crédito de estas características o si le bastaba con una tarjeta de crédito «normal» con la que poder aplazar el pago de sus compras a final de mes. Otro de los problemas detectados en la comercialización de las tarjetas *revolving* es la falta de entrega, con suficiente antelación, de la Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo a la que se refiere el artículo 10 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC), y que sirve para que el consumidor pueda comparar las diversas ofertas y pueda adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito. Vid. MORENO GARCÍA, L. (2019), Tutela del consumidor frente a las tarjetas *revolving*, op. cit., 556-557; y ALBALATE ACENA, X (2019), Tarjetas *revolving*: ¿la banca lo ha vuelto a hacer?, Hayderecho.expansion.com, entrada de 4 de junio de 2019, apartado 2; también destaca la falta de transparencia en la comercialización de las tarjetas *revolving*, TORRAS COLL, J. M. (2019), Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas *revolving*, *Actualidad civil*, núm. 4, apartado II.

[7] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo de 2022, precisando su doctrina jurisprudencial y zanja lo que debe considerarse por interés notablemente superior al normal del dinero en un crédito *revolving*, *Revista de Derecho vLex*, núm. 216, mayo, 1.

[8] Vid. MORENO GARCÍA, L. (2019), Tutela del consumidor frente a las tarjetas *revolving*, op. cit., 553. Asimismo, esta autora indica (p. 559): «La acumulación se efectúa (necesariamente) mediante peticiones subsidiarias (acumulación eventual), al tratarse de acciones incompatibles entre sí (art. 71.4 LEC). En algún caso, también se ejercita (acumuladamente a las anteriores) la acción de anulabilidad contractual por vicios en el consentimiento prestado. Al tratarse de acciones incompatibles, la acumulación también ha de ser eventual».

[9] Vid. Ibídem, op. cit., 560.

[10] Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 24 de julio de 1908, también conocida como Ley de la Usura, o Ley de Represión de la Usura, o Ley Azcárate.

[11] El artículo 3 de la Ley de la dispone lo siguiente: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

[12] En este sentido, vid. el fundamento jurídico 4.º de la STS (Sala Primera) núm. 628/2015, de 25 de noviembre. Asimismo, entre los autores, destaca el carácter imprescriptible de la acción de nulidad por usura, FORTEA GORBE, J. (2019), La nulidad por usura en los contratos de préstamo y crédito. Interpretación jurisprudencial actual, en Castillo Martínez, C.C. (dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch: Valencia, 323.

[13] El artículo 2 de la Ley de Usura decía: «Los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes», y el artículo 319.3 de la LEC dice: «3. En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo», apartado primero que establece: «Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

[14] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo, op. cit., 2-3. Esta información está disponible en la página web del BDE: https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/temas/sb_tiif.html.

[15] Vid. ALEMANY CASTELL, A. (2020), Los créditos y las tarjetas *revolving*, op. cit., 94.

[16] Y ello porque el artículo 1 de la Ley Azcárate dice que «será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» y por el problema señalado anteriormente, es decir, por el hecho de que el BDE, hasta el año 2010, englobaba los tipos de interés de los créditos *revolving* en la modalidad de crédito al consumo, sin que existiera una información desglosada de los tipos de interés de las diferentes modalidades de operaciones de crédito al consumo, siendo a partir de marzo de 2017 que el BDE, a través de su Boletín Estadístico, dentro del apartado general del crédito al consumo, incluyó en el Capítulo 19.4 una columna con información específica sobre los tipos de interés en créditos *revolving* (tarjetas de crédito y líneas de crédito), dentro del apartado general del crédito al consumo.

[17] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo, op. cit., 3.

[18] Esta decisión es claramente criticada por ORDUÑA MORENO, J. (2020), La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas *revolving*): una desafortunada sentencia con más sombras que luces, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2: «Sin embargo, [la sentencia] no desarrolla esta precisión hasta sus últimas consecuencias, pues el control de transparencia puede y debe ser aplicado de oficio por los jueces y tribunales».

[19] Vid. ALEMANY CASTELL, A. (2020), Los créditos y las tarjetas *revolving*, op. cit., 105. La autora recuerda un caso en el cual se declaró un crédito usurario siendo el prestatario un ludópata con problemas de drogadicción. El consumidor había solicitado no recibir más ofertas publicitarias de posibles disposiciones de crédito y aun así la entidad financiera le siguió ofreciendo crédito, ignorando su situación.

[20] Vid. ORDUÑA MORENO, J. (2020), La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas *revolving*): una desafortunada sentencia con más sombras que luces, op. cit., 4.

[21] TEDR: tipo efectivo definición restringida, que equivale al TIN (tipo de interés nominal). El TEDR es como la TAE (tasa anual equivalente), pero sin incluir comisiones. La TAE incluye, además del TIN, los gastos y comisiones asociados a los productos.

[22] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2021), La nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el crédito *revolving*: un magnífico Auto que va a aportar rigor y seguridad jurídica en la correcta aplicación de la Ley de Usura en nuestro Derecho y su debida compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, *Revista de Derecho vLex*, núm. 204, mayo, 3.

[23] Sin ánimo de exhaustividad, nos remitimos al cuadro comparativo incluido en el trabajo de SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo, op. cit., 5-6, donde se encuentra un listado de resoluciones de varias Audiencias Provinciales y el tipo de interés que en cada caso se ha calificado de usurario (y que nunca es el mismo), como ejemplo de la disparidad existente.

[24] Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, «BOE» núm. 89, de 14 de abril de 1998.

[25] 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, «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

[26] Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor, 123 y sigs.

[27] Cfr. CAÑIZARES LASO, A. (2015), Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, Estudios, 74, aunque en el mismo texto parece señalar también el artículo 82.1 del TRLGDCU específicamente para el control de contenido. En concreto, en la 73, dice: «Se tratará de una cláusula abusiva si la condición general no traspasa ese control. Para que se pueda hablar de cláusula abusiva debe tratarse, en primer lugar, de una condición general, esto es, de una cláusula predispuesta no consentida expresamente; de una condición general inserta en un contrato celebrado entre consumidor y empresario; y de una condición general que no traspase el especial control de contenido establecido por el artículo 82.1 [del] TRLGDCU».

[28] Es decir, según el Tribunal Supremo cabe la posibilidad de que una cláusula no supere el doble control de transparencia (formal y material), de modo que el consumidor no conozca las condiciones del préstamo o no las comprenda bien, y, sin embargo, dicha cláusula no resulte luego abusiva por no ser desequilibrada, es decir, que no vaya en contra de exigencias de la buena fe ni cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato que perjudique al consumidor en favor de la entidad bancaria, en los términos del artículo 82 del TRLGDCU. En cambio, si la cláusula ha sido comprendida (superando el doble control de transparencia), entonces nunca puede ser abusiva. Y, si no supera el primer control (transparencia formal), entonces no supera el control de inclusión. Dicho de otra manera: el control de contenido o abusividad es un control escindido (siempre según el TS) del doble control de transparencia (formal y material) para las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato. Esta doctrina existe desde la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (la famosa sentencia sobre las cláusulas suelo) y ha sido reiterada, p. ej., en la STS núm. 585/2020, de 6 de noviembre, que declara que el IRPH no supera el doble control de transparencia, pero que no por ello es abusivo.

[29] En este caso, por tanto, la cláusula no supera el primer control, formal, de inclusión o incorporación, con las consecuencias previstas en el artículo 83, párrafo segundo, del TRLGDCU, es decir: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Realmente, no hacía falta realizar un control de contenido posterior, como lleva a cabo esta resolución, ni entrar a valorar el desequilibrio de las prestaciones.

[30] Vid. los fundamentos de derecho 3.º y 4.º de la SAP de Barcelona, sección 1.ª, núm. 131/2019, de 11 de marzo, que aplica el doble control de transparencia para determinar que la cláusula del contrato de crédito *revolving* analizada en este supuesto no supera dicho control, convirtiéndola en abusiva por dicho motivo y de forma automática, lo cual no deja de ser controvertido, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado establecido que una cláusula puede no ser transparente (es decir, puede no superar el doble control de transparencia, formal y material), y no por ello ser abusiva (si no hay desequilibrio en las prestaciones entre el prestamista y el consumidor).

[31] Tanto la SAP de Madrid, sección 25.ª, núm. 30/2022, de 27 de enero como la SAP de Cantabria, sección 2.ª, núm. 320/2022, de 16 de mayo que se acaban de comentar revelan que, si se hubiesen analizado los contratos de crédito o tarjetas *revolving* únicamente desde la perspectiva de la usura, estos no se hubiesen considerado abusivos; en cambio, al no superar el doble control de transparencia, el tipo de interés pactado y su comparación con el tipo medio publicado por el BDE adquiere escasa o nula importancia, pues lo que se analiza es el hecho de que el consumidor no pudiera tener, al tiempo de contratar, un conocimiento exacto sobre la verdadera carga jurídica económica del contrato, hecho que ocasiona un desequilibrio de las prestaciones en beneficio de la entidad financiera y en perjuicio del consumidor.

[32] Resulta curioso el Voto Particular de esta sentencia, realizado por el magistrado de la Sección 16.ª de la AP de Barcelona, el Sr. José Luis VALDIVIESO POLAINO, que reflexiona acerca de la no incorporación al contrato de la cláusula del tipo de interés, al resultar ilegible, considerando que la no inclusión no significa abusividad, y que el consumidor había cumplido con el pago mensual de las cuotas, conociendo el tipo de interés aplicado en cada momento gracias a los extractos bancarios. Afirma que «el contrato ha existido, aunque buena parte del texto escrito no pueda aceptarse, por ser ilegible. No hay una norma jurídica que imponga la forma escrita, como requisito ineludible para este tipo de contratos». Se trata de una opinión discordante con la que no podemos estar de acuerdo, pues significaría que solo si el consumidor incumple el contrato estaría demostrando que no está de acuerdo con las condiciones no incorporadas. Una cláusula no incorporada significa que no existe, que no puede aplicarse, no que pueda aplicarse otra cosa que el consumidor ha aceptado tácitamente. Y, además, porque el artículo 83, párrafo segundo, del TRLGDCU establece que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho», y ello porque la no incorporación por letra pequeña o ilegible es también falta de transparencia (en este caso, formal). No podemos aceptar la opinión de este magistrado cuando afirma que «en materia de cláusulas ilegibles

el consumidor puede darse cuenta y no firmar. En materia de abusividad no siempre podrá darse cuenta». En los contratos de adhesión se está ante un «lo tomas o lo dejas» y si el consumidor necesita un préstamo y le explican las condiciones, no puede estar valorando si firma o no en función del tamaño de la letra (piénsese en la situación de necesidad que puede tener ese consumidor y también en los consumidores vulnerables). Si, con posterioridad, se descubre que lo firmado no se lee, entonces debe declararse esa parte ilegible no incorporada al contrato, y, por tanto, nula de pleno derecho (en estos casos, el contrato de préstamo puede subsistir sin intereses). Otra cosa distinta sería que ese adherente no fuese consumidor. En ese caso se podría debatir la posible aplicación del artículo 10.2 de la LCGC (que dispone que «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo»), en los términos defendidos por este magistrado, aunque es una cuestión que daría para otro trabajo de investigación.

[33] A partir de aquí y hasta el final de este subapartado, se siguen las sentencias y los comentarios del trabajo de SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), El control de transparencia de los intereses remuneratorios en los contratos de crédito *revolving*, *Revista de Derecho vLex*, núm. 214, marzo, 1-14.

[34] Para ver más claro de que se habla, actualmente el sistema de medición más extendido es el denominado DTP (desktop publishing point) popularizado por el uso de herramientas ofimáticas como Word, PDF Adobe, etc., donde un 1 punto equivale a 0.3527mm, aunque dependiendo de la fuente de letra utilizada puede variar. Tomando esa referencia, y a efectos estimatorios, una fuente 8 o 9 puntos de bastantes tipografías puede cumplir con el estándar normativo de 2,5mm. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), El control de transparencia …, op. cit., 12.

[35] Así opina SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo, op. cit., 9.

[36] Ello puede verse, en mayor detalle, en el trabajo de REYNER SERRÀ, J. (2020), El crédito *revolving* con o sin tarjeta asociada: diferencias y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo, *Revista jurídica sobre consumidores*, núm. 7, febrero, 40-46, quien también parece optar por este criterio comparativo, incluso antes de la aparición de la STS núm. 367/2022, de 4 de mayo.

[37] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2022), La Sala Primera del Tribunal Supremo dicta la sentencia de 4 de mayo, op. cit., 9-10, quien además afirma que el Tribunal Supremo está dejando claro que «un porcentaje que no supera el 30% entre el tipo medio y la TAE pactada en el contrato de crédito *revolving* no puede considerarse como interés notablemente superior al normal del dinero».

[38] Vid. REINHART SCHULLER, R. (2022), Comentario a la nueva STS (367/2022 de 4 de mayo) en materia de créditos *revolving*. ¿Ha cambiado la doctrina?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42, 182-195, quien se opone frontalmente a la visión de SÁNCHEZ GARCÍA antes citada. Es precisamente este autor quien defiende que «en la cuestión de la usura, parece que solamente pueden aportarse algunas pautas, pero no fijar un límite concreto, pues se mancillaría la propia esencia de la normativa de usura; esencia que consiste en analizar caso por caso: riesgo, si existe alguna garantía, si es un préstamo mercantil o al consumo, etc.». Defiende que el Tribunal Supremo debería establecer un límite para poder juzgar los contratos de forma uniforme, o unas pautas más claras. Y añade: «en los créditos *revolving* no se analiza la capacidad de pago de los prestatarios. Con lo cual, sería conveniente adoptar un sistema en el cual se incluya un credit score» (este autor defiende la concurrencia del elemento objetivo y subjetivo del artículo 1 de la Ley de Usura, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo analizada en este trabajo, que descarta el elemento subjetivo).

[39] Aquí se refiere a la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo. Algo que no cuadra con la STS núm. 367/2022, de 4 de mayo, que con un tipo pactado del 24,5% anual, no se consideró usurario en base a unos tipos de referencia que podían ir del 20% al 26% en operaciones de tarjetas de crédito con pago aplazado.

[40] La sentencia menciona que el auditor es el Sr. Reyner Serrà, de quien hemos citado el trabajo: REYNER SERRÀ, J. (2020), El crédito *revolving* con o sin tarjeta asociada , op.

cit., 40-46. Esto confirma, aunque sea a nivel de una Audiencia Provincial y no del Tribunal Supremo, lo opinado por REINHART SCHULLER, R. (2022), Comentario a la nueva STS (367/2022 de 4 de mayo) en materia de créditos *revolving*, op. cit., 194: «Si bien en este trabajo se ha defendido la idea de que vale cualquier índice (incluso una prueba pericial) como prueba, pudiera ser que el Tribunal Supremo solo aceptase los datos provenientes del BDE. No obstante, si bien no hay un criterio nítido y firme sobre la posibilidad de acudir a otras estadísticas distintas del BDE, hay que recordar, que en este comentario se han expuesto suficientes argumentos para considerar como algo viable la aportación de otros índices o medios de prueba», opción que parece vedada por esta Audiencia, y no así por la Audiencia Provincial de Zaragoza, como se ha visto. El Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión.

[41] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2021), Crédito *revolving*: distinción entre usura y abusividad. La necesaria prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Comentario al Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021, *Revista de Derecho vLex*, núm. 203, abril, 5.

[42] Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2021), Crédito *revolving*: distinción entre usura y abusividad, op. cit., 1-11, para un análisis en profundidad de este Auto del TJUE.

[43] Tal y como establece la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO 2008, L 133, p. 66; corrección de errores en DO 2009, L 207, p. 14; DO 2010, L 199, p. 40, y DO 2011, L 234, p. 46). El artículo 8.1 establece: «Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación».

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DUPLÁ MARÍN, Teresa (directora). *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar.* Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia 2022, 511 páginas.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

Esta interesantísima obra es el resultado de un proyecto de investigación titulado: Nuevos retos del Derecho de Familia en una sociedad inclusiva y global, que se ha desarrollado a lo largo de los últimos dos años en el seno del grupo de investigación liderado por TERESA DUPLÁ en ESADE, Conflict Management, en colaboración con otros grupos de profesores de Deusto (Constitución, Mercados e Integración), ICADE (Cátedra Santander de Derecho y menores), y profesores de la Universidad de Barcelona, de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) y del grupo de investigación de Pareja y Familia de la FPCEE Blanquerna, liderado por el profesor CARLES PÉREZ-TESTOR.

El Grupo de Investigación Conflict Management de ESADE se dedica a analizar la gestión eficiente de conflictos en diversas áreas jurídicas y empresariales. Su misión es realizar investigaciones básicas y aplicadas, que aporten valor social y análisis económico del derecho, trabajando conjuntamente con los profesionales del derecho, las empresas y las instituciones implicadas en la gestión de conflictos públicas y privadas.

El proyecto ha estado financiado al amparo de la VI convocatoria de ayudas a proyectos de investigación «Aristos Campus Mundus» para el año 2020 y durante su desarrollo se han hecho tres jornadas en ICADE, Deusto y ESADE y dos webinars sobre los temas trabajados por el equipo de investigadores.

La obra «Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar», publicado por la Editorial TIRANT LO BLANCH, supone una visión y análisis interdisciplinar sobre las cuestiones actuales del Derecho de familia.

Los elementos principales de esta obra son dos: el análisis interdisciplinar, con expertos en diferentes áreas y de diferentes universidades nacionales y extranjeras; y el estudio de las cuestiones actuales del Derecho de Familia, con el fin de aportar conocimiento y propuestas de *lege ferenda*.

La investigación que culmina en esta obra tiene como eje principal la familia, presentada en el contexto de una sociedad actual inclusiva. El objetivo último de la obra es conseguir una mayor comprensión de los cambios de la sociedad y sus consecuencias jurídicas y sociales, desarrollando la dinámica multidisciplinar

necesaria para abordar dicha temática en nuestro país, contando también con profesores extranjeros.

La investigación parte de una selección de retos a los que se enfrenta la familia actual desde diferentes áreas del derecho, así:

a) retos en el ámbito jurídico privado [nuevas relaciones paterno-filiales derivadas de gestación por subrogación; reformulación del parentesco; (des)igualdades autonómicas de nuevos modelos de familia];

b) retos en el ámbito jurídico público (agravantes, atenuantes y parentesco; el derecho de corrección de los hijos; excusa absolutoria y eximentes en la responsabilidad patrimonial; derechos fundamentales y familia).

La necesidad de un estudio de estas características procede de los importantes cambios acaecidos los últimos años, así como de la falta de un análisis multidisciplinar de la materia, con el fin de confirmar la siguiente hipótesis de partida: la necesidad de actualización del ordenamiento jurídico con el fin de adaptarlo a la nueva familia y sus consecuencias.

El objetivo principal del libro consiste en identificar y desarrollar, desde las distintas áreas del derecho, las problemáticas actuales y los retos de futuro, para lo cual se cuenta con expertos de las tres universidades ACM que configuran el equipo de investigación. El trabajo cuenta también con la participación de expertos de psicología social que analizarán desde su disciplina el contexto de cambio y la conflictividad generada.

En este sentido, el grupo tiene como misión apoyar el cumplimiento de uno de los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2030 de la ONU: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos; y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles (ODS núm. 16).

Me parece una obra recomendable para su lectura y estudio, no solo desde una perspectiva académica, sino desde un prisma práctico pues aborda numerosos problemas de Derecho de familia candentes en la actualidad, ofreciendo soluciones a los profesionales del Derecho y a los ciudadanos en general.

Por poner algún ejemplo (muchos podríamos traer a colación), cabe citar todas las consecuencias derivadas de la reforma del Código Civil por Ley 8/2021, fruto a su vez de la de la ratificación por España del Convenio de Nueva York de 2006. Se plantea así el grado de ineficacia que puede tener la realización de actos o negocios jurídicos por las personas con discapacidad sin los apoyos precisos. Me parece muy acertada la solución que ofrece NÚRIA GINÉS diferenciando las medidas de apoyo formales de las informales, de manera que la infracción de las primeras (por ejemplo, de la curatela judicialmente establecida) determine la anulabilidad del acto (consecuencia a su vez, añadiría yo, es el cierre registral de los actos realizados sin tales medidas de apoyo).

Por mucho que pueda considerarse que todas las personas son iguales en su capacidad de obrar, y que las personas con discapacidad lo único que ocurre es que precisan de medidas de apoyo, no cabe renunciar a estas por mera voluntad del interesado. Ese debate a mi entender está muy bien abordado, pues numerosos problemas se están planteando en la práctica. Véase en este sentido la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de julio de 2022 (BOE 4 de agosto) que considera que hay conflicto de interés en el curador del comprador, que es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora, pues su interés está —como representante de la sociedad vendedora— en contraposición a los de la persona con discapacidad, que es la compradora

por él representada. Y el hecho de que el mismo tutor —ahora curador— forme parte del consejo de administración de la sociedad vendedora hace que la ratificación por el Consejo no salve la concurrencia de conflicto de intereses, sino que lo acentúe, a diferencia de lo dicho en materia de autocontratación. Todo ello dentro de un contexto en el que claramente se prohíbe al curador, conforme al artículo 251.2.º prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses, precepto que debe interpretarse en favor de la protección de discapacitado, por lo que debe entenderse que su comparecencia personal en la escritura nada obvia la existencia de la autocontratación ni el conflicto de interés.

Otro tema analizado —seguimos en línea de ejemplo, pues es imposible reseñar todos los problemas prácticos abordados en la obra— es el de la maternidad subrogada. Hoy en día no se sabe bien si debe prevalecer el criterio de admisión de las certificaciones de registros civiles extranjeros de los países donde sí es legal, siempre que vengan acompañadas de resolución judicial acreditativa del consentimiento de la madre gestante (posición de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) o más bien debemos inclinarnos por la nulidad total en España, siguiendo la posición más firme sostenida por el Tribunal Supremo. En la obra que reseñamos se estudia por CARLES PÉREZ-TESTOR la maternidad subrogada desde su perspectiva psicológica, resaltando las sólidas evidencias sobre el impacto negativo que tiene en la salud de la madre y del bebé toda fractura de la vinculación saludable entre ambos.

La nueva concepción de la familia, que se va alejando de la tradicional concepción de la familia procedente de la unión conyugal, y que se va ampliando a las uniones de hecho, hijos habidos de maternidad subrogada, filiación matrimonial y no matrimonial, tiene reconocimiento constitucional, llegando en la obra analizada, a considerarse como verdadero ente titular de derechos.

El índice de materias recogidas en el libro, todas ellas analizando el Derecho de familia, así como el gran número de profesores que intervienen como autores, es sugestivo de la importancia de la obra.

«El acogimiento familiar español ante el tribunal de Estrasburgo», lo estudia SALOMÉ ADROHER BIOSCA.

«La gestación subrogada desde la perspectiva psicológica», la analizan BERTA AZNAR-MARTÍNEZ, JUDITH LORENTE DE SANZ y CARLES PÉREZ-TESTOR.

«Hacia la igualdad de trato en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas estables: algunas consideraciones sobre el concepto de pareja de hecho y las novedades de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones», es autora la directora de la obra, TERESA DUPLÁ MARÍN.

«La contratación de personas con discapacidad cognitiva tras la Ley 8/2021: algunas reglas y muchas incertidumbres», es analizado por NÚRIA GINÉS CASTELLET.

«Las últimas reformas del derecho penal de familia: la incidencia de la Ley orgánica 8/2021 y de la Ley 8/2021», las estudia M.ª CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ.

«La protección del interés superior del menor y derechos de los progenitores transexuales: dos piezas que encajar (y ponderar)», es autora SILVIA ROMBOLI.

«Hacia un nuevo modelo en el tratamiento jurídico de la discapacidad intelectual en el Código Civil español: interés vs. voluntad de la persona», es obra de ANA ISABEL HERRÁN ORTIZ.

«El interés superior del niño en la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada: una visión desde el derecho internacional privado» es analizado por ISABEL EUGENIA LÁZARO GONZÁLEZ.

«La custodia compartida en situaciones de divorcio» la abordan CARLES PÉREZ-TESTOR, JUDITH LORENTE DE SANZ, BERTA AZNAR-MARTÍNEZ. BERTA VALL CASTELLÓ y JOSEP CASTILLO GARAYOA.

«La protección jurídica de los hijos en sus primeros años como mayores de edad», es estudiada por ALBERTO SERRANO MOLINA.

«Familia, constitución y estado. La configuración constitucional de la familia en el siglo XXI» por LUIS I. GORDILLO PÉREZ.

«Inclusividad en rupturas familiares y TIC: una mirada nueva hacia los menores», por AURA ESTHER VILALTA NICUESA.

«The use of international law to uphold sexual and reproductive rights at global level» es estudiado por el profesor GIOVANNI GRUNI.

En conclusión, estamos ante una obra interdisciplinar en materia de Derecho de Familia, de gran interés doctrinal y práctico, que bien merecía una recensión en nuestra Revista.

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