REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Noviembre-Diciembre • Núm. 800

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIX • Noviembre-Diciembre 2023 • Núm. 800

REVISTA BIMESTRAL

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: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

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

ÓRGANOS RCDI

Presidente

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

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Comité editorial

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

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

Don Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Celestino Pardo Núñez
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Consejo científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Andrés de la Oliva Sántos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

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

Don Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Antonio Fernández de Buján
Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla

Don Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

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

Doña Juana Pulgar Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

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

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

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

Doña Fátima Yañez Vivero
Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Doña Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

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

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

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

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

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

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L..: Propiedad Intelectual y tecnología inteligente / *Copyright Law and Smart Technology* 3103

ADROHER BIOSCA, Salomé; GÓMEZ BENGOECHEA, Blanca; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, María: La adopción abierta en el Derecho español. Sus antecedentes, y su aplicación administrativa y judicial / *Open adoption in Spanish law. Backgrounds and its territorial and judicial application* 3147

ESTUDIO LEGISLATIVO / *LEGISLATIVE STUDY*

BERNAD MAINAR, Rafael: Incidencia de la ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria /*Impact of law 8/2021 on persons with disabilities in the field of testamentary succession* 3195

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

DE GOÑI BARBARIN, María: Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales: la financiación participativa a través de préstamos / *Contractual intermediation services provided by digital platforms: participating loans or crowdlending* 3247

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco Javier: El régimen legal de los terrenos eriazos en el Perú: entre la propiedad estatal y la propiedad privada/*The legal regime of unproductive land in Peru: between state property and private property* 3277

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 Fe Pública, Coordinado por Juan José Jurado Jurado 3311

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— Breves apuntes sobre el derecho a la imagen en la era digital / *Brief notes on the right to the image in the digital era,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE . 3399

1.2. Derecho de Familia

— Protección del interés superior de menor en materia de vivienda. Cuestiones jurisprudenciales / *Protection of the best interests of the child in matters of housing. Jurisprudential issues,* por Isabel Mª NICASIO JARAMILLO y Eugenio PIZARRO MORENO 3417

1.3. Derecho Reales

— Los efectos de la anotación preventiva de demanda. Intento de explicación del artículo 198 del Reglamento Hipotecario a la luz de la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN / DGSJyFP / *The effects of preventive demand annotation. Attempt to explain article 198 Reglamento Hipotecario in the light of the jurisprudence and doctrine of the DGRN / DGSJyFP,* por Ángel JUÁREZ TORREJÓN 3469

1.4. Sucesiones

— Progenitores e hijos ausentes: el maltrato psicológico a debate como causa de desheredación / *bsent parents and children: psychological abuse as a cause for disinheritance under debate,* por Ana María PÉREZ VALLEJO 3499

Págs.

1.5. Obligaciones y contratos

— Acción de indemnización de daños y perjuicios frente al poseedor en precario de un inmueble / *Action for damages against the possessor in precarious of a real estate property,* por Ana MIRANDA ANGUITA 3531

1.6. Responsabilidad Civil

— El resarcimiento de daños en los accidentes aéreos: más allá del baremo / *Compensation for damages in air accidents: beyond the scale,* por Esther MONTERROSO CASADO 3567

1.7. Concursal

— Ejecución hipotecaria y concurso de acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal / *Mortgage foreclosure and bankruptcy in the Revised Text of the Bankruptcy Law,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3589

2. MERCANTIL .DERECHO DE DAÑOS

— Un caso de perjuicio reputacional o moral por infracción de marca en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de julio de 2023 / *A case of reputational or moral damage DUE to trademark infringement in the judgment of the Supreme Court (Criminal Chamber) of July 13, 2023,* por Francisco REDONDO TRIGO 3609

3. URBANISMO

— Propietarios en proindiviso en el sistema de compensación: su adhesión a la junta de compensación y su posterior tratamiento / *Joint owners in the compensation system: their adhesion to the compensation board and their subsequent treatment,* por Vicente LASO BAEZA 3623

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 3639

Págs.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *"Epistemología Jurídica"*, Dykinson, Madrid 2023, 268 páginas, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO..... 3655

ESTUDIOS

Propiedad Intelectual y tecnología inteligente

Copyright Law and Smart Technology

por

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

Profesor titular Derecho civil

Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Uno de los ámbitos en los que es más patente la relación entre el Derecho y la tecnología es el de la Propiedad intelectual y Derecho de autor. En consecuencia, cada avance tecnológico provoca la necesidad de adaptar las normas de esta propiedad especial a los nuevos medios de reproducción y difusión de obras artísticas e intelectuales. El Derecho de autor ya ha sido adaptado a las novedades que en el siglo pasado trajeron el ordenador personal y la red Internet, pero en la actualidad se enfrenta al desafío de una nueva tecnología de enorme impacto: La Inteligencia artificial. Este trabajo expone la importancia de esta novedad en tres ámbitos: el de la autoría de obras intelectuales y artísticas, el del Ciberespacio o Metaverso, y el de la creación de soportes de obras en archivos criptográficos o tokens.

ABSTRACT: One of the areas in which the relationship between Law and technology is most evident is that of Intellectual Property and Copyright Law. Therefore, each technological advance causes the need to adapt the rules of this special property to the new means of reproduction and diffusion of artistic and intellectual works. Copyright Law has already been adapted to the novelties brought in the last century by the personal computer and the Internet, but it is currently facing the challenge of a new technology with enormous impact: Artificial Intelligence. This work exposes the importance of this new technology in three areas: that of the authorship of intellectual and artistic works, that of Cyberspace or Metaverse, and that of the creation of supports for works in cryptographic files or tokens.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, Derecho de autor, Tecnología, Inteligencia artificial, Metaverso, Tokens.

KEYWORDS: Intellectual property, Copyright, Technology, Artificial intelligence, Metaverse, Tokens.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: TECNOLOGÍA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CINTA DE MÖBIUS.—II. LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CREACIÓN: LA AUTORÍA CIBERNÉTICA. II.1. Orígenes del arte cibernético. II.2 Inteligencia artificial y creatividad. II.3 La creatividad programada o algorítmica. II.4 El Test de Turing artístico. II.5 El autor sin alma. II.6 El precedente de la fotografía. II.7 La intervención humana y su consecuencia: la titularidad de derechos.—III. EL METAVERSO: NATURALEZA Y POSIBILIDADES PARA EL ARTE. III.1 Antecedentes y concepto del Metaverso. III.2. La Propiedad intelectual en el Ciberespacio: Software, obras cibernéticas y contenidos creados en el ciberespacio.—IV. LA DIGITALIZACIÓN DE OBRAS Y LOS TOKENS. IV.1 Tokens y «tokenización» de obras artísticas. IV.2 Clases de tokens. IV.3 La titularidad de derechos sobre el token y su transmisión. IV.4 Algunas peculiaridades de la tokenización de obras artísticas e intelectuales.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: TECNOLOGÍA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CINTA DE MÖBIUS.[1]

Podemos comenzar este estudio con una paradoja que refleja bien la conexión entre tecnología y Propiedad intelectual o Derecho de autor, paradoja que parte de la afirmación de que el Derecho de autor y tecnología son las dos caras de una cinta de Möbius. La paradoja está en que la cinta de Möbius tiene una sola cara, característica que expresa todavía mejor el entrelazamiento de la tecnología con la propiedad intelectual: ambas circulan por la misma pista, su recorrido es el mismo, y por supuesto la tecnología corre por delante de la Propiedad intelectual.

Habría que precisar que la tecnología que nos interesa es la centrada en la reproducción y la comunicación, ésta es la que tiene relevancia para la Propiedad intelectual, y ello por una razón bastante simple: Como bien saben los estudiosos del Derecho de autor, en éste todo se estructura alrededor de la obra artística o intelectual, y como también saben, ésta es un bien inmaterial que para llegar a su público necesita un soporte. Es por tanto cuando surge una tecnología que permite la multiplicación de los soportes, su reproducción, distribución y comunicación pública, cuando también surge la necesidad de que intervenga el

Derecho regulando los intereses y el mercado que se estructura sobre estas obras intelectuales o artísticas. Ilustra esto el dato, sobradamente conocido, de que las primeras normas de Propiedad intelectual surgen con la invención de la imprenta por Johannes Gutemberg hacia 1450. Y los primeros casos de piratería en el campo de la reproducción musical se remontan ya al siglo XIX, cuando la industria comienza a fabricar mecanismos y soportes de reproducción musical a precios asequibles: Organillos, cajas de música, pianos automáticos o pianolas[2].

Otro de los motivos que hacen de las tecnologías de reproducción y comunicación especialmente importantes para la Propiedad intelectual es el de que las obras son construcciones simbólicas: una novela, una sinfonía, una película, están formadas por símbolos, letras, notas musicales o imágenes. Pues bien, las nuevas tecnologías del ordenador, Internet y la Inteligencia artificial son sobre todo gestoras de símbolos. Como señala un artículo de José Mª. Galván refiriéndose a la tecnología de la Inteligencia artificial (IA), la capacidad técnica de los seres humanos produce tres tipos de herramientas: a) Los artefactos que aumentan la capacidad operativa humana, los utensilios, que vienen a ser como una prolongación de la mano. b) Los artefactos que se dirigen a mantener, aumentar o reparar capacidades biológicas del propio ser humano, desde unas gafas al implante biónico. c) Los artefactos que lo que incrementan es la capacidad simbólica humana: La invención de primero la escritura, luego la imprenta, el cine, la radio y la televisión y hoy el ordenador, Internet y la IA, herramientas todas de nivel simbólico, que han incrementado de una manera increíble la capacidad simbólica del ser humano (GALVÁN, 2020, 375).

La conexión entre técnica y Propiedad intelectual es destacada por Sanchís Martínez al decir que «Las técnicas de difusión de las obras no han sido una variable neutra en la protección de los derechos del autor. En la medida que éstas han supuesto una mayor o menor capacidad para copiar el original y reutilizarlo, han tenido influencia decisiva sobre los derechos de autor» (SANCHÍS MARTÍNEZ, 2004, 17). Esta interdependencia entre el Derecho y la técnica se pone de nuevo de relieve en la segunda mitad del siglo pasado, con la comercialización masiva en la década de los sesenta del magnetófono, en la de los setenta del radiocassette y la fotocopiadora, y en la de los ochenta del vídeo doméstico. Cada uno de estos avances técnicos provocaron cambios en la regulación legal del Derecho de autor. En la actualidad, las novedades técnicas han venido de la mano de la digitalización e Internet, y la conversión de los ordenadores personales, inicialmente llamados computadoras, en nuevos instrumentos no sólo de reproducción, sino también —y esto es lo más importante— de edición, distribución y comunicación de obras intelectuales y artísticas.

Desde los años 90 del siglo pasado la sociedad ha tenido que asimilar primero el ordenador personal y lo que inicialmente fue un teléfono móvil, y hoy es un

ordenador de pantalla pequeña; luego, la red mundial, Internet y la posibilidad de comunicación instantánea y la transmisión de contenidos entre particulares o desde plataformas de entretenimiento, con descargas tanto legales como ilegales (¿alguien recuerda a *Napster*, *E-mule* o la *Pirate Bay*?). Ya en este siglo XXI, se produce la desaparición del soporte tangible, discos o libros, y hoy las novelas o la música se descargan en red en forma de archivos digitales, cuya materialidad se limita a ocupar un espacio en la memoria de un disco duro. Por último, en esta segunda década del siglo XXI asistimos a la última evolución técnica, la Inteligencia artificial, que va a incidir con fuerza en la sociedad actual, según muchos provocando una transformación mayor que la de la Revolución industrial.

Los desarrollos de la última década del XX y primera del XXI en materia de digitalización están siendo ya digeridos por nuestro sistema de Propiedad intelectual. Basta para comprobarlo leer la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital[3]. O el Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo, por el que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, donde podemos ver que se paga por tablets, teléfonos móviles, ordenadores personales y discos duros, es decir, por materiales aptos para la reproducción de archivos digitales. A continuación, expondré los tres ámbitos del Derecho de autor en los que, a mi juicio, el poder transformador de estas tecnologías se va a manifestar con más fuerza. Trataré en primer lugar de la Inteligencia artificial (IA) y su incidencia en el núcleo mismo de nuestra disciplina, que es el de la autoría de obras artísticas e intelectuales. Después me ocuparé de un ámbito en el que incide tanto la IA como técnicas de programación clásicas, que es el del Ciberespacio, hoy denominado Metaverso. Y terminaré tratando de las tecnologías de registros distribuidos y de los tokens como nuevos y complejos soportes de obras.

II. LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CREACIÓN: LA AUTORÍA CIBERNÉTICA.

II.1. Orígenes del arte cibernético.

La utilización del ordenador en el mundo de la creación artística ha producido una conmoción en el Derecho de autor, planteando problemas aún por resolver. El *Arte Robótico*, o creación de obras de arte mediante ordenadores y sistemas inteligentes, como destaca el profesor y escultor Simon Penny (PENNY, 2016, 53) surge desde la segunda mitad del siglo XX. También denominado *Generative Art*, *Computer Art*, Ciberarte, Arte digital o Arte algorítmico, lo define con Philip Galanter diciendo que «El arte generativo se refiere a cualquier

práctica artística en la que el artista utiliza un sistema (...) que se pone en marcha con cierto grado de autonomía que contribuye o da como resultado una obra de arte completa».

En sus inicios, hacia los años 60-70 del siglo XX, el ordenador venía a ser un mero instrumento en manos del artista, por lo que no se planteaban problemas en cuanto a la originalidad o la autoría de las obras. Como señaló Rogel Vide, ya en el año 1980 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI-WIPO) publicó un *Glosario de Derecho de autor y derechos conexos* en el que se define la "Obra creada por ordenador", como la "generada mediante un programa de ordenador por el que se dan instrucciones a una máquina de tratamiento de la información para que haga, según ciertas normas, una determinada selección de los datos almacenados en la máquina, componiendo así una nueva obra" (ROGEL, 1984, 59).

En España, la utilización de ordenadores con finalidad artística comienza a realizarse en el Centro de Cálculo de la Universidad de Madrid (CCUM), como refiere Castaños Alés (CASTAÑOS ALÉS, 2000); Instituto creado en 1966 y dotado de un equipo electrónico IBM. En este Centro se crea en 1968 el Seminario de Generación Automática de Formas Plásticas, en el que trabajaron pintores como Manuel Barbadillo, José Luis Alexanco o José María Yturralde. Señalaba Bondía Román en el año 1988, ante la introducción de las nuevas tecnologías, que éstas han producido un "salto conceptual" en el Derecho de la propiedad intelectual, que hace necesaria una redefinición de los mecanismos de protección de los derechos del autor (BONDÍA, 1988, 133 y 136). Y más adelante el autor advertía de la novedad de los ordenadores, que no sólo son eficaces instrumentos para el almacenamiento y recuperación de la información, sino también para la creación de obras. Estas ideas, previstas para ordenadores que eran meros instrumentos de creación y almacenamiento de obras, son más ciertas hoy cuando los ordenadores dotados de Inteligencia artificial (IA) pueden ser auténticos creadores de obras.

Comenta Saiz García que, sin perjuicio del mérito de las primeras realizaciones de arte cibernético, verdadera creación cibernética total sólo la tenemos en tiempos recientes, pues aunque desde los años setenta los ordenadores producían resultados que podían recibir la calificación de "obras de ingenio", inicialmente se comportaban como meros instrumentos (SAIZ GARCÍA, 2019, 5). Se trataba de sistemas dirigidos, de baja originalidad; sin embargo, en la actualidad, los sistemas de IA crean obras originales, que son denominadas como de Arte generativo (*generative art*) o Arte cibernético (*cyber art*), especialmente con el paso de los llamados "sistemas expertos" a los que emplean sistemas de redes neuronales para la creación. Como nos dice Rodríguez Ortega (RODRÍGUEZ ORTEGA, 2020, 27), y a diferencia de la tecnología anterior, las actuales propuestas nos

sitúan en un escenario distinto, el de unos sistemas creativos plenamente autónomos, que han aprendido por su propia cuenta y que pueden evolucionar y tomar decisiones artísticas por sí mismos. De modo que, como señala la autora, hay aquí un cambio de papeles, y el artista humano le cede su papel a la máquina y pasa a ser solamente la "musa inspiradora" de la creación.

II.2. Inteligencia artificial y creatividad

La Inteligencia artificial (IA) nos dicen que es una novedad técnica que va a provocar una auténtica revolución, la 4ª Revolución industrial según muchos especialistas. Dirá Botana Agra (BOTANA, 2020, 180) que los ámbitos del Derecho en los que la introducción de la Inteligencia artificial va a presentar más potentes asimetrías van a ser el Derecho de patentes y el Derecho de autor. Y en éste la cuestión a mi juicio más interesante es la posibilidad de una creación autónoma de obras por la IA. Por su parte, apunta Rodríguez Ortega que el reconocimiento de la posibilidad de una creatividad no humana se ha constituido en un problema teórico que incide tanto en la definición de qué sea la "creatividad computacional" como "…también y fundamentalmente en qué sea la creatividad humana, la cual, en una especie de proceso de ósmosis, se define por asimilación al comportamiento de los dispositivos artificiales" (RODRÍGUEZ ORTEGA, 2020, 28).

Como señala Tim Dornis (DORNIS, 2021, 14), el obstáculo de carácter ontológico que suele oponerse a la admisión de una verdadera creatividad del sistema de IA es su falta de humanidad, en el sentido de que la máquina carece de verdadera autonomía. Esta autonomía depende de la capacidad de autoreferencia y de la libre voluntad en la fijación de fines y propósitos, libertad esencial a la condición humana y de la que carecen las máquinas que no pueden decidir sus finalidades y proyectos, al no tener conciencia de sí mismas.

Desde el punto de vista legal, el principal obstáculo jurídico para la admisión de una auténtica creatividad cibernética es exactamente el mismo, la falta de "humanidad", pero entendido de un modo más formal, partiendo del concepto legal de autoría y su reserva, por parte del TR de la Ley de Propiedad intelectual, al ser humano en exclusiva: La Ley en su artículo 5 sólo reconoce como autor al autor humano, al decir que *Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.* La generalidad de los autores ratifica la necesidad de que la creación provenga de una actividad humana, así Vega Vega: "Es claro que la ley se está refiriendo de forma exclusiva a la obra fruto de la creación humana" (VEGA VEGA, 1990, 96). La naturaleza no humana, ni siquiera biológica, de un sistema de IA es incontestable, por lo que la respuesta

a la cuestión ha de ser negativa. Por esto creo preferible dejar de lado, por ahora, el problema de la inhumanidad del autor cibernético o robótico, ocupándonos primero de la actividad creativa en si misma considerada.

El art. 5 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual no define qué es la actividad de creación. Advierten Carrasco y Del Estal que el precepto simplemente señala que la creación atribuye al creador la condición de autor, determinando el supuesto de hecho del art. 1 de esta Ley, al decir que *La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*: "El artículo 5 pretende desempeñar la función normativa de definir uno de los elementos del supuesto de hecho del artículo 1º… constituye, además, una norma incompleta, pues deja de definir la noción de creación" (CARRASCO y DEL ESTAL, 2017, 105). Pero la naturaleza de la actividad creativa en sí misma, como ya se ha dicho, no la considera directamente la LPI, y ello por un motivo bastante concreto: Porque como según señala el art. 1º, el surgimiento de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra tiene lugar con la aparición de ésta, es decir, en el momento final del proceso creativo, cuando éste ya ha concluido, y la obra ya existe. Lo mismo cabe decir del artículo 5º: siendo el autor quien crea la obra, dicha condición autoral la adquiere cuando la obra ya ha sido creada, y por tanto cuando la actividad ya ha cesado. Actividad creativa es por tanto la que produce obras, sin necesidad de más precisiones.

La ley considera por tanto que hay creación cuando aparece en la realidad una obra artística o intelectual. La actividad de creación, desde el punto de vista técnico, se considera por la ley como atributiva del carácter de autor y modo de adquisición originario de los derechos sobre la obra. Así, Bercovitz nos dice que la creación de la obra constituye, ante todo, "una adquisición originaria de la propiedad intelectual sobre ella por su autor" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017, 26).

Desde el punto de vista de su materialidad, se considera como una labor que ha de tener una cierta altura, la suficiente para generar originalidad en sus resultados. Es una actividad tanto mental como física consistente en plasmar la idea artística (*corpus mysthicum*) en una expresión física o un soporte material perceptible por los sentidos (*corpus mechanicum*). Ruipérez de Azcárate (RUIPÉREZ, 2012, 18) nos dice que para que se cree una obra es necesario "que la idea sea expresada, que pase de la vaguedad en la que vive en la mente del autor, a la concreción en un material y una forma determinada". La idea o el modelo, que es el vector originario de la obra, no se protege por el Derecho de autor, es necesario que se plasme en una forma perceptible por los sentidos. Pero fuera de esto no hay especiales requerimientos, aunque sí que añade la jurisprudencia de nuestro TS, relacionando la labor creativa con la originalidad, la exigencia de cierto mínimo de creatividad, cierta "altura creativa", para que pueda hablarse de

auténtica originalidad de la obra, así en la STS de 26 de abril de 2017 (RJ 2017, 1736).

Dada esta indefinición legal, tendremos que decidir si la actividad de carácter mental, que culmina en la creación de la obra, puede tener lugar fuera del cerebro humano, si puede ser reproducida por una máquina.

II.3. La creatividad programada o algorítmica.

Dejando aparte la exposición de los mecanismos de funcionamiento de la IA, tema muy interesante pero que no será objeto de estudio, pasaremos directamente a preguntarnos ¿Puede la actividad de una máquina ser creativa? La doctrina suele responder negativamente a esta pregunta: Como señala Annemarie Bridy, *fellow* de Yale y consejera de Google, la negación de la inteligencia y creatividad de la máquina suele apoyarse en la clásica opinión de Ada Byron o Lovelace (BRIDY, 2012). En sus notas a las explicaciones de Menabrea sobre la máquina analítica de Babbage, esta matemática dejó dicho lo siguiente: «La Máquina Analítica no tiene ninguna pretensión de originar algo. Puede hacer cualquier cosa que podamos ordenarle. Puede ejecutar las reglas del análisis, pero no tiene la capacidad de anticipar relaciones analíticas o verdades. Sus dominios son los de asistirnos para proporcionarnos lo que ya conocemos» (LOVELACE o BYRON, 1843, 21). Pero esta opinión ignora, nos dice Bridy, la posibilidad de programar aleatoriedad y desorden en el sistema, o, como también se ha dicho, que el cerebro humano es, asimismo, una especie de máquina: "…una "máquina de carne", para tomar prestada una elocuente frase del pionero de la inteligencia artificial Marvin Minsky… También lo es la conclusión del escritor Italo Calvino de que los escritores siempre han sido máquinas de escribir, procesando obras existentes, extrapolando reglas de sus ejemplos, y luego aplicando esas reglas a la tarea de composición…". Esta referencia a Italo Calvino quiere reconducir la creatividad literaria a un esquema menos romántico: Consistiría en una suerte de recombinación aleatoria de obras anteriores, reconociendo también la imposibilidad de producir una obra completamente original, que rompa por completo con los códigos y cánones existentes.

Navas Navarro (NAVAS NAVARRO, 2018, 273) decide la cuestión siguiendo la diferenciación de Margaret A. Boden entre tres modelos de creatividad que se dan de forma sucesiva: «combinational creativity», «exploratory creativity» y «transformational creativity». La «transformational creativity», que sería la que daría lugar a obras radicalmente nuevas, solo puede ser producto de la mente, del esfuerzo de una persona, del autor: «La impronta personal de su creador es fundamental. En cambio, en el caso de la *combinational* y la *exploratory crea-*

tivity la idea podría ser pensada por otra persona, esto es, la persona del creador es fungible, por lo que su impronta personal no es determinante o fundamental para el resultado "creativo"». Con lo que admite una creatividad de nivel medio que sí resulta accesible a un sistema informático, señalando en otro estudio (NAVAS NAVARRO, 2019, 18) que la programación de un ordenador para que se comporte como lo haría un autor o artista se puede calificar como «creatividad computacional».

A estas ideas hay que añadir, primero, el descenso en la exigencia de originalidad (y por lo tanto de nivel creativo) en el ámbito del *common law*: Como indica Buccafusco, según la jurisprudencia norteamericana a partir del caso *Feist*, la obra original se caracteriza por no haber sido copiada y por tener un mínimo de creatividad, creatividad que solo requiere un cierto grado de inteligencia y novedad (BUCCAFUSCO, 2016, 1275). Señala Bridy que la Corte Suprema, al decidir el asunto *Feist*[4], consideró que: "Como cuestión constitucional, los derechos de autor protegen sólo aquellos elementos constitutivos de una obra que poseen más que una cantidad mínima de creatividad (*a de minimis quantum of creativity*)" (BRIDY, 2012, 2).

En segundo lugar, otro argumento favorable a la admisión de la creatividad robótica es el reconocimiento de la labor de carácter creativo de los sistemas inteligentes en el ámbito industrial, inventos y patentes. Aquí los científicos consideran indudable la capacidad creativa de los sistemas inteligentes; nos dice el profesor de Surrey, Ryan Abbott (ABBOTT, 2016, 1080): "Pronto las computadoras estarán inventando rutinariamente, y puede que solo sea una cuestión de tiempo el que las computadoras sean responsables de la mayor parte de las innovaciones". Esto es así porque en la creación de nuevos objetos de propiedad industrial, destinados a la aplicación en procesos fabriles, sólo se exige: — generación de resultados (actividad inventiva), — novedad, y — que signifique un avance en relación al estado actual de la técnica, logros éstos que una máquina sí puede conseguir.

A lo anterior se añade, a partir de posiciones cognitivistas, la desmitificación de la creatividad humana, como hacen los ingenieros del CSIC, López de Mántaras y Meseguer. Estos autores defienden la posibilidad de una creatividad enteramente computacional, pues no creen que la creatividad humana sea "…un don místico fuera del ámbito del estudio científico, sino algo que puede ser investigado, simulado y reconducido en beneficio de la sociedad… Una idea creativa es una combinación nueva y valiosa de ideas conocidas" (LÓPEZ DE MÁNTARAS-MESEGUER, 2017, 8). En suma, López de Mántaras y Meseguer, como los científicos partidarios de la Inteligencia artificial "fuerte" (Minsky, Dennet, Pollock), afirman que la creatividad es simplemente una forma avanzada de resolución de problemas en la que participan la memoria, la analogía, el aprendi-

zaje y el razonamiento, siendo por tanto replicables mediante un ordenador. Algo parecido dice Annemarie Bridy (BRIDY, 2012, 2), que advierte que la inquietud jurídica sobre los derechos de autor por la producción artificial de obras culturales puede reducirse si pensamos que toda la creatividad, también la humana, es intrínsecamente algorítmica y que las obras producidas por computadoras son, por tanto, menos heterogéneas de lo que parece a primera vista.

Un dato más: la evolución de los sistemas inteligentes, que han pasado de configurarse como "sistemas expertos" a adoptar la técnica más evolucionada e incontrolable de "redes neuronales" y "*machine learning*". Gerald Spindler (SPINDLER, 2019, 1049) señala que con los últimos desarrollos en la IA ha tenido lugar un cambio cualitativo, dando lugar a que el comportamiento de la IA sea en gran parte impredecible, por lo que el enfoque "determinista" tradicional, que calificaba al ordenador como herramienta, "…ya no puede aplicarse. Antes del desarrollo de la IA, el producto de software podía atribuirse simplemente al autor, ya que el resultado era, en principio, previsible. La situación cambia si el autor utiliza una IA y solo puede establecer las principales preferencias y objetivos a alcanzar". Pero sin controlar ya el proceso, que es autodecidido por la máquina. Por su parte, Ana Ramalho, frente a la exigencia de humanidad en la creación, nos dice que los desarrollos en el campo de la IA están desafiando este obstáculo (RAMALHO, 2017): "Actualmente tenemos máquinas que pueden crear libros, música, pinturas y otros temas que eventualmente podrían quedar protegidos por derechos de autor".

La situación actual, como señala Saiz García, consiste en que el uso de las redes neuronales artificiales implica, "una nueva forma de computación inspirada en modelos biológicos con capacidad para aprender de la experiencia, seleccionar la información relevante a partir de los datos previamente implementados, establecer patrones y extraer conclusiones a partir de casos anteriores, pero, sobre todo, aprender a partir de los datos y perfeccionarse mediante retroalimentación" (SAIZ GARCÍA, 2019, 5). Por lo tanto, muy semejante a la creatividad humana. Explica Muñoz Soro que estas redes neuronales consisten en una programación que permite el entrenamiento del sistema «…mediante la introducción de casos previamente resueltos de forma tradicional. Con este entrenamiento la red va ajustando sus valores internos, en un auténtico proceso de aprendizaje, de modo que finalmente será capaz de resolver casos similares según los criterios que regían los supuestos de entrenamiento, aunque estos criterios nunca hayan sido explicitados» (MUÑOZ SORO, 2003, 191). Es decir, que, mediante estas técnicas, la máquina toma sus propias decisiones, para adoptar patrones de conducta que le lleven a encontrar soluciones propias.

Describe Duque Lizarralde el funcionamiento de las redes GAN (*Generative Adversarial Networks*) como un algoritmo que obliga a dos redes neuronales

a competir entre ellas: "Ambas redes son entrenadas con un mismo conjunto de datos, pero la primera red generadora debe intentar crear variaciones de los mismos, y producir un resultado creativo que parezca auténtico. Este será analizado por una segunda red discriminadora, con el fin de determinar si lo que está viendo forma parte del entrenamiento original o es un resultado falso creado por la red generativa" (DUQUE LIZARRALDE, 2020, 20). Si el resultado repite datos ya almacenados, o siendo nuevo, no tiene calidad o realismo, es devuelto a la red generadora para que corrija el resultado. El ciclo se repite en milisegundos hasta lograr imágenes o sonidos con alta puntuación, es decir, de calidad alta, lo que conlleva un proceso de aprendizaje por el que los resultados mejoran con el funcionamiento. Castells y Marques, por su parte, explica que la red generativa, ante las correcciones recibidas de la discriminadora, aprende a crear imágenes de aspecto más realista, "…que ya no pueden ser identificadas como nuevas creaciones por parte de la segunda. Para poner un ejemplo, en el inicio, la red generativa puede proponer la imagen de un peatón de tres brazos, la cual será detectada por la red discriminadora como falsa. Así, por medio del entrenamiento, aprenderá la primera a crear imágenes de peatones de aspecto más verosímil" (CASTELLS, 2019, 62).

En cualquier caso, ya se trate de un sistema inteligente experto, ya estemos ante un sistema dotado de redes neuronales, lo que decide si estamos ante una actividad creativa o no creativa no es la especial "complejidad" o "capacidad" del sistema que actúa, sino el simple hecho de que la actividad o comportamiento del agente electrónico produzca unos resultados que podamos calificar como "obras de arte". Y esto es así porque con los creadores humanos sucede exactamente lo mismo, nos atenemos a sus resultados. La propia Ley de Propiedad Intelectual, para concretar los conceptos de "autor" y "actividad de creación" parte siempre de la relación de éstos con la obra de arte. Parece evidente por tanto que para calificar a una actividad o comportamiento como "creativo", es necesario que produzca unos resultados que alcancen la consideración de "obras artísticas". Con lo cual el problema se desplaza desde la naturaleza de la actividad (que sea "creativa") a los resultados de la actividad misma: que sus producciones merezcan el calificativo de "obras de arte o artísticas", cuestión de la que se tratará a continuación.

II.4. El Test de Turing artístico

La obra es la piedra angular del edificio de la Propiedad intelectual. Para diferenciar las auténticas «obras» de otros resultados irrelevantes, nuestra LPI define la «obra» en su artículo 10 como *objeto* de la propiedad intelectual, y en

cuanto a sus caracteres y contenido, parcamente se limita a decir que obras son *todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.* Luego acota con una serie de ejemplos las producciones que considera «obras artísticas»: *a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos… b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas …*etc., lo que no añade nada a lo anterior.

Hay sin embargo unos requisitos: los de la originalidad, es decir, que no se esté plagiando o reproduciendo una obra anterior, y el mérito o calidad de la obra, requisito este último que no aparece recogido en nuestra ley, pero que reconocen otros ordenamientos, y que la doctrina incluye en la originalidad. En lugar de mérito se habla de "altura creativa" o de "fuerza creativa", o de "creación significativa" como peldaños para alcanzar dicha originalidad. Si no se admitiera este componente de mérito, cualquier resultado de una actividad que dejase marcas visibles en la realidad podría calificarse de "obra".

En cuanto a este requisito de originalidad[5], apunta Bercovitz que puede tener dos sentidos, subjetivo y objetivo. La originalidad subjetiva no exige que la obra no existiese con anterioridad, sino que el autor de la segunda obra no hubiese tomado a la primera como modelo, ni consciente ni inconscientemente, limitándose a proyectar su personalidad en la creación. La originalidad objetiva es simplemente la absoluta novedad de la obra, opinando el autor que es éste el significado de la originalidad recogido en nuestra Ley (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017, 162). En este sentido, es fácil que una IA pueda crear algo radicalmente nuevo.

Más difícil resulta esto si nos atenemos al sentido de la originalidad propio de las doctrinas francesa o europea en la que la entiende subjetivamente como el reflejo de la personalidad del autor en su obra. Refiere Duque Lizarralde que en la Unión Europea el criterio de la originalidad se cumple cuando el autor «expresa su capacidad creadora mediante decisiones libres y creativas, grabando así su toque personal» (DUQUE LIZARRALDE, 2020, 23), como señala el TJUE en su Auto (Sala Tercera) de 7 de marzo de 2013, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros*. Estima en definitiva Duque Lizarralde que las obras de sistemas totalmente autónomos carecen de originalidad, pues esta originalidad sólo se produce si el autor es una persona física, un ser humano que tenga la posibilidad de hacer una elección o tomar una decisión libre y autónoma, mientras que las decisiones de las IAs carecen de estas notas.

Desde luego la originalidad subjetiva, como reflejo de la personalidad del autor, resulta imposible para un sistema inteligente que, aunque sabe componer música, pintar cuadros o escribir poesía, carece totalmente de personalidad porque no tiene un "yo" o un "yo mismo", en terminología de Damasio. Apunta

Botana Agra que esta exigencia impide considerar a las creaciones cibernéticas como obras originales, por su carácter puramente técnico o mecánico (BOTANA, 2020, 186).

Navas Navarro, por su parte (NAVAS NAVARRO, 2109, 34), estima que el requisito de originalidad se concibe como "un mínimo de altura creativa, en base a la admisión de las obras derivadas por el art. 2.3 del Convenio de Berna, o de las colecciones de obras ajenas, conforme al art. 2.5 del mismo. Ahora bien, para entender que se ha logrado ese "mínimo de altura", y que por lo tanto la obra es original, caben dos criterios: el primero, que la obra "represente a un determinado sujeto —el autor—, o ponga de manifiesto su impronta personal". Y la segunda, que se llegue a un cierto grado de novedad objetiva. En definitiva, la genuina creatividad humana "natural" es difícilmente alcanzable por los sistemas cibernéticos, que sin embargo sí que pueden llegar a una novedad objetiva, porque su sistema es capaz de una creatividad transformacional y exploratoria, y esto implica una altura creativa suficiente.

Otros autores opinan que el mérito de la obra cibernética se demuestra por su aceptación como genuina obra de arte por un público, al menos de especialistas. Aplicando esta idea, Holder, Khurana, Hook, Bacon y Day aplican el test de Turing para resolver la cuestión. Advierten estos autores que los robots y en general la IA ya tienen la capacidad de crear obras que, si hubieran sido creadas por un ser humano, serían valoradas como dignas de ser protegidas por el Derecho de autor: "Si la obra de una IA programada dentro de un robot es indistinguible, en términos de mérito artístico, de las obras más básicas creadas por humanos sobre las que se ha mantenido la existencia de un derecho de autor, ¿Por qué la legislación debería tratarlos de manera diferente siempre que se pueda determinar la titularidad de los derechos de autor?" (HOLDER, KHURANA, HOOK, BACON y DAY, 2016, 560). De hecho, existe una abundante producción de obras cibernéticas que vienen siendo aceptadas, expuestas en galerías y adquiridas como genuinas obras de arte.

Es decir, que para valorar la altura creativa del sistema se está utilizando el Test de Turing con las obras producidas por un sistema inteligente. Este Test fue ideado por el matemático inglés Alan M. Turing para resolver la cuestión de si las máquinas pueden o no pensar (o por lo menos, dar soluciones inteligentes). Propuso para ello el modelo del «Juego de la imitación». El Test de Turing se ha consolidado como el argumento principal para los partidarios de la posibilidad de emulación de la inteligencia humana, afirmando que, si las creaciones artísticas de un robot no se pueden diferenciar de las de un autor o artista humano, según la opinión de observadores objetivos, entonces el robot ha alcanzado el nivel de creatividad artística suficiente. Describe Javier Ercilla esta prueba del siguiente modo: "A una Inteligencia Artificial dotada de un algoritmo de aprendizaje…

le eran mostradas una serie de pinturas de un estilo pictórico determinado, y una vez aprendido, la IA realizaba nuevas obras desviándose del estilo. En el estudio se mostraron a seres humanos obras generadas por CAN y obras reales de artistas, el resultado fue que no distinguían las obras generadas por uno y otros e incluso valoraban en mayor escala las generadas por CAN" (ERCILLA GARCÍA, 2018, 17). Lo cual nos indica que estas obras ya habían superado el Test de Turing.

También Bridy, partiendo de que la jurisprudencia norteamericana sólo exige una originalidad de bajo nivel y que la actividad de creación no sea puramente mecánica, señala que en los casos de robots-escritores, sus obras deben considerarse protegidas por derechos de autor, a pesar de su génesis no humana, "… porque tienen un nexo suficiente con la creatividad humana… los programas de computadora de Inteligencia artificial …no deben ser relegados… sus obras pueden ser consideradas como verdaderas "obras de autoría" (BRIDY, 2012, 20).

II.5. El autor sin alma

Si en vez de juristas fuésemos naturalistas, biólogos o geólogos, procederíamos del siguiente modo: Recogeríamos muestras del campo de la realidad que quisiéramos investigar, fijaríamos todos los datos acerca de las muestras obtenidas, llevaríamos todo al laboratorio y a partir de los datos objetivos declararíamos la concreta naturaleza, especie, origen y función de los entes objeto de nuestro estudio. Pues bien, objetivamente consideradas, las producciones cibernéticas literarias, musicales, pictóricas o en general, artísticas, merecen, en el mercado del arte, la consideración de "obras". También hemos considerado que la actividad inteligente, combinatoria y aleatoria, de las máquinas, puede generar resultados nuevos y de calidad artística que superan el Test de Turing, luego se puede calificar de actividad creativa. Todo esto nos llevaría, aplicando el método científico, a inferir que la fuente de dichas producciones es su creador robótico y por tanto él es el autor de las obras. Sin embargo, como he dicho, somos juristas, y por eso debemos acatar la ley: El principal obstáculo legal que nos impide la admisión de una auténtica creatividad cibernética radica en el concepto de autoría y su reserva al ser humano en exclusiva, por parte del TR de la Ley de Propiedad intelectual. La Ley en su artículo 5 sólo reconoce como autor al autor humano, *a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.* A imagen de la ley española, casi todas las demás también exigen esta autoría humana.

Por su parte, la Unión Europea expresa su opinión en la *Resolución del Parlamento Europeo*, de 20 de octubre de 2020, *sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial*

(2020/2015(INI)), cuyo Considerando J ya nos anuncia que es importante diferenciar entre las creaciones humanas realizadas *con* ayuda de IA y las creaciones generadas *por* la IA de forma autónoma. Reitera esto el Considerando 14, que recoge la diferenciación entre las creaciones "humanas" asistidas por sistemas de IA, en las que el marco de DPI actual sigue siendo aplicable, y las creaciones "generadas por la IA", entendiendo que éstas "…plantean nuevos retos normativos en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI), como cuestiones sobre la titularidad, la condición de inventor y la remuneración adecuada".

En el ámbito norteamericano, advierte Ryan Abbott, que si bien la autoría no humana no aparece regulada en la ley, sí que se sigue esta exigencia de una interesante jurisprudencia sobre el tema: "Al menos desde 1984 la Oficina de Derechos de Autor ha condicionado el registro de los derechos de autor a que provinieran de autores humanos. En su compendio de 2014, la Oficina del Copyright publicó una actualización exigiendo el *Requisito de autoría humana*, que establece que *Para calificar una obra como de "autoría", dicha obra debe ser creada por un ser humano… La Oficina no registrará obras producidas por naturaleza, animales o plantas… Del mismo modo, la Oficina no registrará obras producidas por una máquina…*" (ABBOTT, 2016, 1100).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige el concepto de originalidad humana de la obra, nos dice Aurelio López-Tarruella, de manera que hace que "…sea imposible otorgar protección a una creación que no haya sido producida por la mente humana. Efectivamente, la originalidad se asocia a la capacidad del autor para tomar elecciones libres y creativas, imprimiendo así su toque personal a la obra. Este toque personal se deriva de la personalidad del autor, atributo del que carecen las máquinas" (LÓPEZ-TARRUELLA, 2019,127). También Azuaje Pirela y Finol González, tanto para el Derecho chileno como para el español, consideran que los entes con Inteligencia artificial, al ser objetos y no sujetos, carecen de personalidad y no pueden ser autores, porque los sistemas de Derecho de autor consideran solamente como autores a los seres humanos (AZUAJE PIRELA Y FINOL GONZÁLEZ, 2019, 403). Y como resume Ramalho, las jurisdicciones de EE.UU., Australia y la UE tienen dos cosas en común: "En primer lugar, que todavía equiparan al autor con un ser humano, lo que tiene mucho sentido porque los derechos deben tener un sujeto: los derechos que surgen de la autoría deben atribuirse a los seres humanos, ya que las máquinas no son sujetos de derechos. En segundo lugar, entrelazan la autoría con los requisitos de protección de una manera que la primera es presupuesto de la segunda" (RAMALHO, 2017, 10). En resumen, que sólo si la utilización de la IA es instrumental y por tanto cabe apreciar una intervención humana significativa, pueden las obras resultantes acogerse a la protección mediante derechos de autor.

La noción de autoría se halla por tanto ligada a la de humanidad del sujeto. En frase lapidaria de Carrasco y Del Estal, "Sería absurdo tan siquiera especular con la posibilidad de una obra de ingenio cuya autoría no correspondiera a un ser humano" (CARRASCO y DEL ESTAL, 2017, 107). La misma idea en Cuerva De Cañas, al advertir que tanto si se considera un problema de originalidad, como de autoría, "…con la actual redacción de la Ley de Propiedad Intelectual, la respuesta al interrogante de si una máquina inteligente (inteligencia artificial) puede ser considerada «autor» de una creación original (obra) es clara: no" (CUERVA DE CAÑAS, 2018, 738).

Con lo cual tenemos la siguiente paradoja: los sistemas robóticos inteligentes llevan a cabo, según se ha visto, su propia actividad creativa, y toman sus propias decisiones en cuanto a la obra. El hecho de que carezcan de intencionalidad y voluntad no impide que produzcan resultados que, según muchos especialistas, merecen el calificativo de obras de arte, y que incluso alcancen un valor económico elevado. Sin embargo, la falta de humanidad de la máquina impide que se le acepte como autor, *ergo* su actividad no es creativa ni sus productos obras, lo que contradice la realidad de las cosas.

II.6. El precedente de la fotografía

No es la primera vez que los juristas debaten en cuanto a la titularidad de obras generadas por máquinas. El precedente más inmediato de creación mediante una máquina es el de la fotografía. Su semejanza con el caso del ordenador es evidente, trayendo a colación Gestin (GESTIN-VILLION, 2017, 13) el informe CONTU de 1978, del Congreso de los EEUU[6], que decía: *El ordenador, lo mismo que una cámara de fotos o una máquina de escribir, es un instrumento inerte, capaz de funcionar solamente cuando se le activa, de modo directo o indirecto, por un ser humano. Una vez activado, solamente es capaz de realizar la tarea que se le ha solicitado, y de la manera que se le ha indicado que lo haga* (lo cual, como sabemos hoy, no es del todo cierto). También Jane Ginsburg y Luke Budiardjo advierten que los problemas que plantea hoy la IA no son, en realidad, nuevos, sino que se remontan al surgimiento de la técnica fotográfica. En su día se argumentó que la autoría se justificaba por la labor del fotógrafo-planificador, correspondiendo directamente a éste. Cuando en los resultados intervienen fuerzas aleatorias que escapan al control del fotógrafo, se recurre a la "teoría de la adopción", pues es el fotógrafo quien "adopta" (o rechaza) estos resultados[7]. Señalan así estos autores que los fotógrafos a menudo capturan sucesos que no previeron, y los tribunales suelen reconocerlos como autores a pesar de la disyunción entre expectativas y resultados, poniéndose el ejemplo de la pe-

lícula de tomavistas que recogió el asesinato de Kennedy: «Cuando Abraham Zapruder, "por pura casualidad" tomó una película del asesinato del presidente Kennedy en 1963… la intención de Zapruder era "tomar unas vistas" de la caravana presidencial, no la de crear un "documento histórico" …» (GINSBURG y BUDJARDO, 2019, 5 y 12).

La consecuencia es que los conceptos de concepción de la obra se confunden con los de ejecución de la misma, siendo lo relevante los resultados que se obtienen de la preparación inicial de los mecanismos, y sin que haya una clara idea previa de cuál va a ser el resultado. Debe haber por tanto un control inicial, aunque luego intervengan fuerzas que escapen a éste. De esto tenemos hoy un buen ejemplo en la fotografía del mono *Naruto*[8].

A partir de estas ideas, las objeciones a la aceptación de la "obra fotográfica" fueron superadas, como señala Rodríguez Tapia, con la revisión de Berlín del Convenio de Berna (1908), tras la cual se incluyó la protección de las fotografías entendiendo que eran creaciones de la voluntad de una persona que se servía de instrumentos más o menos complejos, desde el pincel en la pintura a la máquina y el papel sensible en la fotografía. La máquina sería el pincel con el que pintaba el fotógrafo. La calificación de la fotografía como obra artística en el Convenio tras la revisión de Berlín provocó inmediatamente la adquisición por parte del fotógrafo de la condición de autor de dicha obra: Naturalmente, el reconocimiento del valor de la fotografía como auténtica "obra" gráfica no significa atribuir papel creador alguno a la máquina fotográfica, pero tampoco al fabricante de la cámara. El impulso creador es exclusivo del fotógrafo. Sin embargo, lo que se debate sobre los resultados de la creación cibernética es la autoría de dichas producciones, considerando algunos atribuirla a la propia máquina.

Estima en base a estas ideas gran parte de la doctrina en que todo proceso creativo debe ser de origen o impulso humano, en definitiva. Como nos dicen Holder, Khurana, Hook, Bacon y Day (HOLDER, KHURANA, HOOK, BACON y DAY, 2016, 561), aunque la situación puede cambiar en el futuro, en la actualidad "…los robots no son considerados lo suficientemente autónomos en sentido jurídico para poseer y hacer valer derechos de autor". Pero si bien nos fijamos, aquí se está hablando de cosas distintas.

Efectivamente, una cosa es decir que debe existir una iniciativa humana que inicie el funcionamiento del sistema de IA para que produzca una obra artística, y otra muy distinta es afirmar que esta iniciativa equivale al proceso de creación de la obra. Esta equivalencia no es correcta, porque siguiendo la conceptualización clásica entre *concepción* y *ejecución* de la obra, la ejecución de la obra (y gran parte de la concepción) es en la actualidad producto exclusivo del funcionamiento de la máquina. La concepción de la obra, que en el caso de la fotografía se justificaba en una estructuración de los planos, la iluminación y el sujeto por

parte del fotógrafo, en el caso de la creación cibernética ha evolucionado de consistir inicialmente en una programación o colaboración en la programación de la máquina, a simplemente apretar una tecla, y todo lo más decidir el tema, estilo, tamaño o duración de la obra. A estas operaciones difícilmente se les puede calificar de actos de "concepción" de la obra artística, y menos de "ejecución" de la misma.

Hay que resignarse a considerar que la autoría de muchas creaciones cibernéticas es exclusiva de la máquina. Pero como esto nos priva de un autor humano, hay que encontrarlo entre las personas que utilicen la máquina o meramente aprovechen sus resultados. Es por esto por lo que se producen los intentos de derivar una autoría sobre la obra cibernética a partir de la intervención que pueda tener el ser humano, artista o simple usuario de un sistema de IA, como vamos a ver.

II.7. La intervención humana y su consecuencia: la titularidad de derechos

En nuestro oficio de juristas dedicados al Derecho de autor, sabemos bien que lo importante es que el resultado artístico esté protegido mediante unos derechos de explotación. Porque si no se protege la explotación de la obra, ésta deja de ser un bien valioso que introducir en el mercado, y sin mercado no puede llegar al público, con lo cual, quien pierde es el público. Esto se planteó inicialmente con las fotografías, y pronto se advirtió que dejarlas sin protección implicaba ignorar los derechos de quienes las producían.

En la creación cibernética, el criterio de la autoría deja de tener utilidad para conceder los derechos y así proteger la explotación de la obra. Y esto es así porque la máquina inteligente, aunque sea ella misma quien lleva a cabo la creación, y aunque su producto sea apreciado como auténtica "obra", no puede ser titular de derechos sobre dicha obra. Simplemente porque no es persona, no ya porque no sea humana (las personas jurídicas tampoco lo son), sino porque carece de toda capacidad de obrar jurídicamente, de toda subjetividad jurídica. Es el mismo caso que si se atribuyese la autoría de la fotografía a la máquina de fotos, para lo cual habría que atribuir personalidad a la máquina.

Autores como Ortego Ruiz opinan que hay que superar la noción romántica de autor e intentar "una aproximación pragmática o tecnológica, alejándose del concepto de «autor-humano» como el único capaz de crear obras del espíritu" (ORTEGO RUIZ, 2018, 420), e insiste en su idea de la personalidad de los robots a lo largo de una obra posterior (ORTEGO RUIZ, 2022); por su parte Muruaga Herrero (MURUAGA, 2023, 302) señala la procedencia de una personalidad instrumental similar a la de las personas jurídicas. En Alemania Gerald Spindler

advierte que, si la máquina adquiere autonomía decisional, en ese caso «tendremos que considerar la introducción de nuevas formas de personas jurídicas, porque las actividades de la IA ya no pueden atribuirse al "autor"» (SPINDLER, 2019, 1049). Por su parte, nos dice López-Tarruella que reconocer la autoría implicaría dotar a las máquinas de personalidad jurídica, decisión problemática porque, primero, tendría implicaciones más allá del Derecho de autor y exigiría introducir cambios en el ámbito del Derecho civil, en cuanto a responsabilidad, en el penal, financiero, etcétera. Y segundo porque atribuir la titularidad de los derechos a la máquina no responde a la finalidad para la que fue creado el sistema de protección del Derecho de autor: «…una máquina no necesita ser recompensada con un derecho de exclusividad sobre su creación para incentivarla a que la produzca» (LÓPEZ-TARRUELLA, 2019,127).

La aceptación de esta personalidad de la máquina se hace muy difícil, por su falta de conciencia y de auténtica subjetividad, como explico en otro estudio (LACRUZ MANTECÓN, 2020), y los más recientes textos europeos abandonan esta idea que, aunque incluida en la *Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017*, sólo trataba de resolver el problema de la responsabilidad por daño de la IA. Así, la *Resolución del Parlamento Europeo*, de 20 de octubre de 2020, *sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial* (2020/2015(INI)) expresamente afirma en su Considerando 13 "…que no sería adecuado tratar de dotar a las tecnologías de IA de personalidad jurídica". Esto lo explica Duque Lizarralde (DUQUE LIZARRALDE, 2020, 47) señalando que el sistema inteligente creativo no necesita, para producir obras, los incentivos que para el creador humano se derivan de la autoría, como son los incentivos económicos, o los morales del reconocimiento del nombre y del mérito de la obra; evidentemente estos estímulos no funcionan en una máquina que no tiene ni necesidades económicas, ni codicia ni amor propio ni vanidad. La generalidad de los juristas se muestra contraria a la personalidad cibernética, posición que se demuestra sensata simplemente aplicando la reducción al absurdo: pongamos que se concede personalidad y por tanto derechos al robot-artista. ¿Qué hará a continuación, licenciar su obra para imprimirla en camisetas? No hará nada, porque carece del algoritmo humano de ordenación de conductas llamado conciencia, ni de las finalidades o gustos que los (y las) cursis llaman "proyecto de vida".

Pero una vez negada la personalidad de la máquina, hay que huir de buscar subterfugios y admitir que el *autor fáctico* de la obra es, sin duda, el sistema de IA que crea la obra, por lo que lo interesante es encontrar al ser humano cuya intervención, por mínima que sea, ha puesto en marcha el proceso creativo: éste será el autor jurídico, y por tanto el titular de derechos sobre la obra. Distingue así Navas Navarro: "…el «autor jurídico» es aquella persona física o jurídica que

encargó el algoritmo en cuestión o que utilizó el algoritmo previamente creado… El autor material sería la «máquina robot»" (NAVAS NAVARRO, 2018, 285). Y también Duque Lizarralde, que señala que en las obras generadas por sistemas inteligentes, "el creador de hecho es el sistema, que no es un ente sino un objeto, y bajo los marcos normativos citados no puede considerarse autor" (DUQUE LIZARRALDE, 2020, 47). Es decir, que llamar "autor" a una máquina no tiene por qué implicar que la máquina tenga derecho alguno, sino que los derechos van al humano que utiliza el sistema inteligente. Así lo considera, sin dudarlo, Ryan Abbott para las creaciones industriales, patentes e ingeniería genética (ABBOTT, 2016, 1114). Es también la idea que propone Annemarie Bridy (BRIDY, 2012, 25), que parte de la consideración de la máquina inteligente como el auténtico autor fáctico de las obras.

En España, Navas Navarro procede, en este sentido, a efectuar una bifurcación entre titularidad de derechos y autoría de la obra: "…se podría establecer la ficción legal de que el «autor jurídico» es aquella persona física o jurídica que encargó el algoritmo en cuestión o que utilizó el algoritmo previamente creado, aunque fuera para otros fines, pero que acaba produciendo la obra «original». Ésta sería la titular de los derechos tanto morales como de explotación económica que ejercitaría como en cualquier otro caso en el que el autor material fuera una persona física" (NAVAS NAVARRO, 2018, 285). Este autor material sería la «máquina robot»", pero el autor "jurídico" lo sería una persona. Considera la autora factible esta distinción en base a supuestos como los de las creaciones en el ámbito de la relación laboral, o la obra por encargo (*work made for hire*) del Derecho estadounidense. Son los casos en los que, como dice Dornis, el sistema ocupa "el asiento del conductor", en lo que se refiere a la creatividad e innovación técnica, siendo los resultados "obras sin autor" —humano, cabría añadir— (DORNIS, 2021, 4). Por este motivo se busca cualquier incidencia en dicho proceso de la voluntad humana, para derivar la paternidad de la entera realización hacia el ser humano que la ha provocado o conformado, como autor de la obra. Es decir, se extiende el concepto de autor al ser humano que inicie o realice una intervención significativa en el proceso de creación.

Esta es la idea que, según muchos, se expresa realmente en la Ley inglesa sobre Copyright, Diseños y Patentes (CDPA) de 1988, que en su parágrafo 9, "Authorship of work", considerará autor «a la persona que haya dispuesto y tomado las medidas necesarias (disposiciones, preparativos)» para que el ordenador produzca como resultado esta clase de creación. Como advierte Ramalho (RAMALHO, 2017, 10 y 11) en realidad ya el criterio de la ley inglesa para las obras generadas por ordenador, consistente en atribuir la titularidad sobre las mismas a quien realiza "los arreglos necesarios" para su producción, es una ficción jurídica que se aparta de la regla general que define al autor como quien

crea la obra. Esta regulación es seguida por otras del ámbito del *Common Law*: la *New Zealand Copyright Act* (1994), parágrafos 2 y 549, y la *South Africa Copyright Act* (1978), Nr. 98; también la *Ireland Copyright Act and Related Rights Act* (2000), Parte I, sección 2 y Capítulo 2, parág. 21.

Conviene además recordar que el reconocimiento de la autoría surgió por necesidades prácticas y empresariales, para promover una mejor explotación de las obras al consolidar los derechos en manos del autor y legitimar por tanto la transmisión de éstos al editor. Y que la falta de autor humano que cediera los derechos no ha impedido la explotación de obras desde tiempos inmemoriales, por ejemplo en todos los casos de autores clásicos griegos y romanos. O en la actualidad, en los casos de obras inéditas o en el dominio público, en las que se atribuyen ciertos derechos a la persona que las difunde, o el caso de las obras huérfanas. En el Derecho europeo, autores como Dornis han señalado también la desconexión entre la autoría y la titularidad de derechos en el caso de los derechos conexos o de los *sui generis*, añadiendo que en Europa los "fonogramas" generados por IA (obras sonoras creadas por ordenador) caen dentro del alcance de la protección concedida por la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo y la Directiva *InfoSoc* por la que los productores de dichos fonogramas gozan de derechos de reproducción, distribución, y comunicación al público (DORNIS, 2021, 10).

III. EL METAVERSO: NATURALEZA Y POSIBILIDADES PARA EL ARTE

III.1. Antecedentes: Realidad virtual y Ciberespacio

Como sin duda ya sabe el lector, el Metaverso es a la vez obra y medio, es creación y soporte de obras, y además medio de edición para las creaciones. Sus antecedentes, señala Martín Ramallal están en la Realidad virtual (RV), programación gráfica en tres dimensiones intentada primero en los simuladores de vuelo para la enseñanza de pilotos, y luego en los juegos de Arcade y en los videojuegos, como los de las consolas de *Atari, Sega, Nintendo* o *Sony* (MARTÍN RAMALLAL, 2022, 9). Esta Realidad virtual se populariza en los videojuegos de los años 90, mediante gráficos 3D en los que el jugador maneja un personaje más o menos personalizado que se mueve en un espacio preconfigurado. Más adelante el sistema se completa con gafas de realidad virtual y guantes hápticos, que permiten una experiencia inmersiva más directa.

La RV se avanzó como futuro relativamente próximo en películas ya clásicas en la materia como *Tron* (Steven Lisberger, 1982) o *El cortador de césped* (Brett Leonard, 1992), y en los videojuegos el paso de un entorno preconfigurado a uno más libre en el que los «jugadores» pueden incluso interactuar socialmente aparece con el programa *Second Life* (2003). *Second Life*, producido por la empresa

Linden Lab, es un enorme mundo virtual generado en 3D en el que los jugadores, llamados «residentes», actúan mediante su avatar personalizado, y en la que se puede acudir a fiestas, jugar, escuchar conciertos o incluso comprar o vender objetos virtuales; se puede tener una casa virtual en este mundo, y los residentes *Premium* (es decir, de pago) tienen a su disposición muchos modelos para elegir. También populares videojuegos como *Minecraft* o *Fortnite* desarrollan la acción en entornos de realidad virtual, eso sí, reproducida en la pantalla del ordenador y no en dispositivos visuales específicos.

El término *Metaverso* proviene de la novela *Snow Crash* de Neal Stephenson, publicada en 1992, y expresa el concepto de un "universo más allá del real" (meta-universo), dando una idea más amplia de lo que se conocía como *Ciberespacio,* término que aludía a la conexión entre humanos y máquinas mediante la red, y que fue popularizado por la novela *Neuromante* de William Gibson (1984). Todos estos textos eran considerados del género de ciencia ficción, pero viendo los actuales desarrollos técnicos, más parecen novelas anticipatorias, como sucedió con las de Julio Verne.

Es en la actualidad cuando el concepto adquiere popularidad. Mattew Ball lo define como «Una red escalable e interoperable que proporciona en 3D mundos virtuales que pueden ser experimentados sincrónica y persistentemente en tiempo real por un número ilimitado de usuarios con un sentido de presencia individual, y con continuidad de datos tales como identidad, historia, derechos, objetos, comunicaciones y pagos». Como señalan Alvarado y Supo (ALVARADO BAYO y SUPO CALDERÓN, 2022, 116), la idea del metaverso no es complicada: «En pocas palabras, el metaverso incluye cualquier experiencia digital en Internet que sea persistente, inmersiva, tridimensional (3D) y virtual… Se trata de una experiencia digital simulada que imita al mundo real».

Según un interesante estudio del grupo ART (*Analysis and Research Team*) de 9 de marzo de 2022[9], auspiciado por el Consejo de la Unión Europea, Metaverso es una contracción de la palabra griega "meta", que significa más allá, y la palabra "universo". Y se describe como «un mundo virtual en 3D inmersivo y constante donde las personas interactúan a través de un avatar para disfrutar del ocio, realizar compras y hacer transmisiones con criptoactivos, o trabajar sin moverse de su asiento». Y para dar cuenta de su importancia resaltan algunos datos, como el de que se prevé que hacia 2026 el 25% de la población mundial pasará al menos una hora diaria en el Metaverso, o el de que Bill Gates ha predicho que en los próximos dos o tres años las conferencias virtuales dejarán de hacerse con cámara y pasarán a celebrarse en el Metaverso.

El concepto adquiere gran actualidad cuando Mark Zuckerberg compra la compañía *Oculus Rift,* y su tecnología de cascos de realidad virtual (*HMD, head-mounted display*) para sumergirse en el metaverso, y en 2021 cambia el

nombre de su compañía *Facebook* por *Meta*, con lo que declara su intención de liderar la difusión de este nuevo no sabemos qué, si videojuego, medio de comunicación, base de datos o mundo. Como señaló en su discurso inaugural de la nueva compañía, «Nuestra esperanza es que, en la próxima década, el metaverso llegue a mil millones de personas, albergue cientos de miles de millones de dólares en comercio digital y respalde trabajos para millones de creadores y desarrolladores» (PEÑA, 2022, 41).

Esta empresa invirtió en 2021 la cifra de 10.000 millones de dólares, y como nos relata Guilabert Vidal, su negocio consiste en crear múltiples espacios virtuales a través de la plataforma *Horizon*, que ofrece diversas aplicaciones: «en primer lugar, (a) *Horizon Worlds*, un software que permite crear videojuegos, disponible únicamente en Estados Unidos y Canadá. En segundo lugar, *Horizon Venues*, el cual posibilita la asistencia colectiva a conciertos o películas… *Horizon Workrooms* funciona con mayores garantías, ofreciendo la posibilidad de trasladar el propio ordenador y el teclado al mundo digital para poder desarrollar en él la jornada laboral. Otras aplicaciones similares que también han proliferado son *Rec Room, Rec Centre, Multiverse* o *AltspaceVR*» (GUILABERT, 2022, 56).

De hecho, tras el anuncio de Zuckerberg, la compañía rival Microsoft da noticia del desarrollo de su propio mundo virtual, y compañías comerciales con fuerte imagen de marca como *Nike* o *Gucci* anuncian igualmente su intención de trasladar la promoción e imagen de sus productos a diversos metaversos. La novedad ha llegado hasta las Administraciones españolas, y el Gobierno de Navarra ha abierto su propio metaverso[10]. La predicción de la popularización del Metaverso se observa en la película *Ready Player One* (Steven Spielberg, 2018), basada en la novela del mismo título de Ernest Cline (2011).

Hay que dejar claro que «metaverso» es ante todo una técnica de programación que permite la creación de diversos metaversos, entendidos como mundos de realidad virtual. Óscar Peña, en este sentido, habla de «los metaversos», y define cada uno de éstos como «representación tridimensional inmersiva y conectada a Internet. Un universo virtual persistente, social y descentralizado, en el que los consumidores son capaces de saltar entre diferentes experiencias virtuales o entre la representación virtual y real del mundo físico» (PEÑA, 2022, 48). Y destaca asimismo su aspecto empresarial y su capacidad para acoger a una «economía virtual». Señalan en este sentido Alvarado y Supo, que marcas como *Nike, Gucci, Stella McCartney, Ralph Lauren* o *Burberry* ofrecen sus productos (virtuales) para que los alter ego de quienes entran en el metaverso, es decir, sus avatares, se vistan con las prendas y accesorios virtuales de estas marcas, por supuesto pagando un dinero nada virtual (ALVARADO BAYO y SUPO CALDERÓN, 2022, 119). Y otro mercado que parece bastante delirante es el inmobiliario. Da cuenta Guilabert Vidal (*loc. cit.)* del alcance económico que la

adquisición de parcelas virtuales en el Metaverso está alcanzando en nuestros días: «Así, se estima que las ventas alcanzarán el billón de dólares este año, previéndose un crecimiento del 31% anual hasta 2028… no podemos dejar de mencionar las plataformas que dominan el sector, a saber, *Decentraland, Sandbox, Cryptovoxels* y *Somnium*…». Y como ejemplo de este negocio cita un Metaverso que se ha creado sobre la provincia de Alicante (virtual, supongo), y en el cual se han vendido unas 2.500 parcelas virtuales a través de la plataforma OVER (Over The Reality). Esto está muy bien, pero como recuerda el citado estudio del grupo ART, los negocios sobre objetos virtuales solamente pueden prosperar si se aplica una estricta «escasez artificial», porque los materiales con los que se construyen estos objetos son simples electrones, y a mi juicio no sufrimos escasez de este elemento. En realidad la sustancia con la que se construye el Metaverso, y no pienso resistirme a la cita, es el material con el que se construyen los sueños.

Desde un punto de vista más clásico, el Metaverso se asemeja al mito de la caverna de Platón, o si se quiere algo más moderno, a la película *Matrix*, pero a la inversa: una caverna en la que los humanos hacemos cola para entrar, contentos de cambiar la realidad por un mundo inventado. Pero tampoco hay que dramatizar, esta misma cola la hacemos también para entrar al cine. Y en cuanto a vivir en el Ciberespacio, eso es algo que llevamos algún tiempo haciendo todos: levanten la cabeza un momento de su móvil cuando estén en la sala de espera del médico, o en un transporte público, y vean que casi ninguno de los presentes está realmente ahí. Estamos desarrollando buena parte de nuestra vida social en el ciberespacio de las redes sociales o de la mensajería instantánea.

III.2. La Propiedad intelectual en el Ciberespacio: Software, obras cibernéticas y contenidos creados en el ciberespacio

La Propiedad intelectual o Derecho de autor, como se expuso al comienzo de este trabajo, es una rama jurídica tributaria de las invenciones técnicas que hacen posible que la obra artística llegue a su público, y esto se comprueba especialmente en el caso del ordenador y la obra digitalizada. Aquí también las repercusiones de tal novedad técnica fueron muy importantes en el Derecho de propiedad intelectual, construyéndose un derecho de autor sobre el software para darle protección. Ambas novedades, derechos sobre el *software* y derechos sobre las obras y contenidos digitales, se van a unir en el mundo del Metaverso, pues para empezar el Metaverso mismo es programación, es el resultado de complejísimos programas y subprogramas que gestionan este mundo tridimensional. Pero el Metaverso como conjunto de programas es un problema relativamente menor, pues bastará con gestionar los derechos de los creadores técnicos de dichos pro-

gramas, cuestión que no será objeto de este estudio. Donde sí pueden plantearse problemas es en el Metaverso como un campo para la creación, pues lo mismo que mediante un programa de diseño gráfico se puede crear una obra para imprimirla en un papel, también podemos crear obras gráficas o escultóricas, ballets o *performances* en las tres dimensiones de este espacio. La obra digital puede «vivir» tanto en la «dura» realidad como en esta realidad blanda y onírica que es la virtual: El Metaverso se constituye como nuevo soporte de obras y nuevo medio de acceso a las mismas.

Los abogados Erdozaín, González, Arnaiz, Vicente y López-Carrasco señalan que realizaciones tales como avatares, iconos, hologramas, espacios virtuales e interfaces ya se protegen en la UE mediante su consideración como dibujos, modelos o diseños industriales según el *Arreglo de Locarno.* Para referirse a estas realizaciones, estos autores prefieren hablar de «contenidos», antes que de obras intelectuales o artísticas, diferenciando éstos de los programas de software que gestionan el espacio y su percepción (ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO, 2022, 254). Consideran «contenidos» a los elementos arquitectónicos como casas, calles, jardines, estatuas, plazas, tiendas, pero también a los avatares y apariencia (ropa, calzado, accesorios) de los visitantes del mundo virtual, así como los objetos o bienes de todo tipo de que dispongan, como cuadros, muebles, esculturas, dispositivos inteligentes. «…o incluso en los resultados de la utilización de dichos bienes o aparatos, si estos pudieran resultar protegibles —fotografías realizadas con cámaras de fotos dentro del metaverso, composiciones musicales, obras de arte gráfico u obras coreográficas creadas por los avatares, etc.—». Imaginen una canción compuesta en un piano virtual e interpretada por su autor: tenemos la obra, su fonograma e incluso su comunicación pública en el Metaverso, todo a la vez.

Todos estos elementos, señalan los indicados autores, son la «capa visible» para el usuario del programa de ordenador, que es lo que se denomina interfaz gráfica o interfaz de usuario. La jurisprudencia tanto del TJUE como de nuestros tribunales, a la vez que niegan protección como software a dichos resultados, la conceden por la vía de los derechos de autor, si cumplen con los requisitos exigidos para ello (que puedan considerarse obras originales). Con lo que cabe concederles protección por derechos de autor de estos elementos, como obras gráficas tridimensionales, obras musicales o del género que sean.

Los problemas, según los citados autores, vienen cuando se trata de determinar quién será el autor de los contenidos creados en el marco del metaverso: "Para ello, comenzaremos por clasificar estos en función de si se trata de (a) contenidos que van a formar parte de la arquitectura misma del metaverso, y que probablemente han resultado creados por terceros a consecuencia del encargo de la sociedad titular o encargada de la explotación del metaverso; o de (b) conte-

nidos creados por los usuarios del metaverso en cuestión" (ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO, 2022, 257). En el primer caso estamos ante la obra de encargo o resultado de una relación laboral, que no plantea mayores problemas porque contractualmente se habrá previsto lo relativo a derechos. Más problemas plantearán la autoría y titularidad de los contenidos creados directamente por los usuarios de cada metaverso. Sobre todo, señalan estos autores, porque lo habitual es que los usuarios cuenten con herramientas para la generación e introducción de nuevas creaciones dentro del programa, "… de tal manera que el mundo virtual se nutra —como el real— del ingenio, pericia y creatividad de sus habitantes. Para ello, las compañías titulares de tales metaversos, habitualmente (i) ponen a disposición de los usuarios programas o herramientas… que permitan realizar tales creaciones dentro de dicho ecosistema, o bien (ii) permiten introducir en el metaverso creaciones realizadas en el mundo analógico, al estilo de las redes sociales actuales".

No puedo extenderme en este tema. Sólo añadir que, como nos señalan los autores citados, las plataformas que ya permiten estas actividades creativas, incluyen contractualmente cláusulas por las que reconocen al usuario la condición de autor del contenido por él creado, pero añadiendo la concesión por éste al titular del metaverso de una licencia gratuita para su utilización por la plataforma más una exclusión de cualquier responsabilidad derivada de su falta de originalidad o de la vulneración de derechos de terceros (así ocurre en *Sandbox*). En otras plataformas (*Decentraland*) simplemente se advierte de que los contenidos introducidos por el usuario pueden ser contemplados (y por tanto copiados) por cualquiera, y que no se asume responsabilidad por los comportamientos lesivos.

Como se ve, la desmaterialización es lo que caracteriza las obras de arte digitalizadas, especialmente si se trata de obras nativas digitales (creadas *ab initio* en soporte digital), lo que hace que sólo puedan ser disfrutadas mediante dispositivos electrónicos —gafas de realidad virtual, cámaras, altavoces y micrófonos— que las «traduzcan» a los sentidos del ser humano, a las puertas de entrada de las sensaciones. Porque estas obras de arte digitalizadas sólo viven y se encuentran en un mundo virtual, en el Ciberespacio o su moderna concreción del Metaverso.

En particular el Metaverso se nos presenta hoy como soporte especialmente adecuado para disfrutar de las obras digitalizadas, al permitir experiencias que combinen imagen, sonido, movimiento y —esto es lo fundamental— todo ello desde el punto de vista de la experiencia personalizada y dando la iniciativa al observador, que se convierte en un protagonista de la vivencia artística. Me explicaré con un ejemplo: en una película, nuestra contemplación es pasiva, recibimos las imágenes y sonidos decididos por el director, el guionista, los actores, etc. En cambio, en un metaverso podríamos decidir en una película o escena qué es lo que queremos hacer, por ejemplo, en la escena de *Los intocables de Elliot*

Ness en la que Kevin Costner y Andy García intentan detener al contable mafioso en la Union Station de Chicago, podríamos elegir entre contemplar la escena desde lo alto de la escalera, desde abajo, esquivando las balas de los mafiosos, o resguardándonos en los bancos de la sala de espera de la ensalada de tiros. Lo sé, es una fantasía, pero creo que la forma de disfrutar las obras en el metaverso no va a ser la misma que en el mundo real, simplemente porque se puede hacer de otra manera.

Estamos ante un nuevo soporte y una nueva forma de disfrutar las obras, de entretenerse, en suma, puesto que de *entertainment* hablan los norteamericanos para referirse a la industria del espectáculo, cine y televisión. Y de esta novedad vendrá seguramente su éxito, creo yo, lo mismo que cuando empezó el cine la gente desplazó su interés de los teatros a las salas de cine, pese a que en el cine «no pasaban cosas de verdad».

También estamos ante una nueva forma de expresión de la creatividad y una nueva industria, que en mi opinión va a tener su propio mercado, porque ofrece, ante todo, nuevas experiencias. Y como señala Yuval Noah Harari: «En la historia, ninguna cultura ha concedido nunca tanta importancia a los sentimientos, los deseos y las experiencias humanos. La concepción humanista de la vida como una serie de experiencias se ha convertido en el mito fundacional de numerosas industrias modernas, desde el turismo al arte. Los agentes de viajes y los chefs de restaurantes no nos venden billetes de avión, hoteles y cenas sofisticadas: nos venden experiencias nuevas… las novelas, las películas y los poemas modernos suelen girar alrededor de sentimientos» (HARARI, 2016, 294). Y la capacidad del metaverso de proporcionar experiencias inmersivas, y por tanto más potentes, es bastante clara.

Creo además que la capacidad del metaverso para acoger visitantes permitirá el disfrute de obras tanto de forma colectiva, como pueda ser en la actualidad visitar una exposición, o entrar en un museo, como de forma individual o propietaria: posiblemente aquí tenemos un sabroso nicho de mercado, el de los coleccionistas que construirán sus espacios privados en el que exponer las obras que hayan comprado, ellos y las personas a las que inviten a dicho espacio en el metaverso. Volveremos a ver colecciones privadas y gabinetes de curiosidades, y además a salvo de ladrones. Evidentemente la experiencia de una obra en el metaverso va a ser distinta, pero precisamente porque el metaverso es a la vez un nuevo soporte y una nueva obra (y a la vez una nueva industria). Recordemos lo que dice el artículo 10 de la LPI: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*… Pues bien, este nuevo soporte ya se ha inventado, ya estamos en el futuro. Porque el metaverso es una nueva imprenta, un nuevo medio de producir

y distribuir las creaciones, y el nuevo tipo de creación que es la obra creada para el metaverso sólo puede ser disfrutada como tal en el metaverso.

IV. LA DIGITALIZACIÓN DE OBRAS Y LOS TOKENS

IV.1 Tokens y «tokenización» de obras artísticas

No hay que olvidar que la obra intelectual y artística tiene el carácter de bien inmaterial, como advertía Baylos Corroza, que nos dice que el surgimiento de una normativa autoral "…está condicionada históricamente a las circunstancias que permiten estimar la obra, en cuanto creación, como un valor económico autónomo, con absoluta separación de cualquier encarnación concreta y particular de la misma" (BAYLOS, 1993, 139). Pues bien, hoy la obra encuentra un nuevo soporte que tiene poca materialidad: el archivo digital, que puede estar encriptado y recibe entonces el nombre de *token* o "ficha".

En definitiva, hoy vemos en el mercado del arte una nueva forma de soporte para la reproducción y comercialización de obras artísticas, consistente en la digitalización y encriptación de la obra en archivos informáticos. La obra puede ser digitalizada y su acceso protegido mediante contraseñado, y su autenticidad, integridad y titularidad pueden ser garantizadas por la tecnología *blockchain*: esta operación se denomina *tokenización* y su resultado es una ficha digital o *token*. En cualquier caso, la obra tokenizada "vive" en el ciberespacio, ya sea un metaverso, un espacio de Realidad Virtual o un punto de Realidad aumentada. Por ello, todo acceso al NFT debe ser llevado a cabo mediante el correspondiente dispositivo: un ordenador personal, cascos de realidad virtual o incluso con el móvil. La obra encriptada resulta reproducible mediante un sistema informático, y a ella se accede con la correspondiente clave que garantiza el acceso al genuino titular. Su reproducción mediante tecnologías 3D permite el disfrute sensible de la obra (visual, sonoro) pero además la clave de acceso permite las transacciones seguras de la titularidad de la obra misma. Los dibujos y representaciones que se ven en páginas web no son propiamente tokens, sino el dibujo de un token: son como la fotocopia de un billete de 200 euros, que no es lo mismo.

Define Robert Guillén[11] el *token* como "una *unidad de valor interno* que se maneja con un determinado sistema de tecnología *blockchain*, consistiendo en un conjunto de datos encriptados en un archivo que se gestiona con un sistema de Tecnología de Registros Distribuidos mediante el cual los datos están almacenados en distintos servidores y además interconectados" (ROBERT GUILLÉN, 2019, 155). Este archivo contiene la representación digital de un activo (es decir, de cualquier información, bien o derecho, de la que se admita su representación digital y vinculación a un *token*) con una identificación única». Para Ruiz-Gallar-

dón, el token es "un activo o derecho representado digitalmente, que existe en la medida en que forma parte de una base de datos de la que resulta su titularidad y que se diferencia de un activo digital «tradicional» en el hecho de que base de datos donde desarrolla su existencia es gestionada utilizando tecnología *blockchain*" (RUIZ GALLARDÓN, 2020, 272).

Palá Laguna precisa que los tokens son «representaciones digitales de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registro descentralizado u otra tecnología similar» (PALÁ LAGUNA, 2022, 3), definición que toma del art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA), de 19 de noviembre del 2021 [2020/0265 (COD)]. Señala Pacheco Jiménez que en España la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) lleva desde 2018 analizando este tipo de emisiones, con especial atención hacia aspectos tan importantes como la prevención del blanqueo de capitales, la protección de datos o la fiscalidad aplicable (PACHECO, 2019, 79). Por esto la CNMV considera tanto a las criptomonedas como a los tokens emitidos al lanzar una ICO (*Initial Coin Offerings*) como «valores negociables incardinables en el meritado artículo 2.1 del TRLMV (Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores), debiendo someterse a requisitos tales como la elaboración de un folleto informativo, el mantenimiento de un registro contable y la consecuente asunción de responsabilidades». Hoy hay que tener en cuenta la reciente derogación de este Texto Refundido y su sustitución por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

En cualquier caso, el avance de estas tecnologías es imparable, como estima Reinhart Schuller, que advierte que a la vez que esta tecnología se desarrolla a pasos agigantados, también surge la preocupación del legislador, por lo que recientemente en España se confecciona la Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión (SCHULLER, 2022, 738). Y en Europa surge la propuesta de Reglamento MICA (al que ya he aludido), así como la Propuesta de Reglamento DORA[12] y la importante modificación respecto al DAS[13] actualmente en estudio sobre la regulación de la identidad digital[14].

IV.2. Clases de tokens

En la Propuesta para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Mercados de Criptoactivos, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [(2020/0265 (COD)], se diferencia el token artístico o de servicios de otros que representan dinero o valores cotizados. Señala (Considerando b)

que el Reglamento no debe aplicarse «…a los criptoactivos que sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos, incluido el arte digital y los objetos de colección, cuyo valor es atribuible a cada criptoactivo». Tampoco a los criptoactivos que representan servicios o activos físicos que son únicos y no fungibles, como garantías de productos o inmuebles. Ahora bien, «La exclusión de criptoactivos que son únicos y no fungibles del presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la calificación de dichos criptoactivos como instrumentos financieros» (Considerando 6c).

Pacheco Jiménez recoge la clasificación de tokens de la FINMA (Autoridad Suiza Supervisora del Mercado Financiero), que diferencia los *security tokens,* que representan un activo digital, como puede ser un título de propiedad de un bien inmueble o un título representativo de participación en una entidad, por lo que derivan su valor de un activo externo y negociable; y los *utility tokens* serían una suerte de cupón digital, que provee acceso a servicios y funcionalidades digitales (PACHECO, 2019, 68). Otra calificación más relevante es la que diferncia *tokens fungibles* o *no fungibles* (NFT-*Non Fungible Token*). Señalan Giannopoulou, Quintais, Mezei y Bodó que los *tokens fungibles* son los que se pueden reemplazar por un token idéntico y, por lo tanto, se pueden intercambiar con cualquier otro artículo que corresponda a su valor: el ejemplo más claro es un *bitcoin*, que puede dividirse en fragmentos más pequeños ("satoshis"[15]) y se puede intercambiar por otras monedas, generalmente a través de los servicios de un intermediario (GIANNOPOULOU, QUINTAIS, MEZEI y BODÓ, 2021). En cambio, los *tokens no fungibles* no son divisibles, porque están destinados a constituir, representaciones únicas y distinguibles de un activo digital o físico (por ejemplo, una obra de arte o una casa).

Palá Laguna (PALÁ LAGUNA, 2022, 2) advierte que la denominación del token puede variar dependiendo del uso que le dé su titular, y estima que en el Metaverso cabe encontrar cuatro categorías principales de tokens: los tokens no fungibles (*NFT*), los tokens de servicio (*utility tokens*), los tokens referenciados a activos (*asset referenced tokens*) y los tokens de moneda del metaverso, distintos en la actualidad de otras criptomonedas clásicas como el archiconocido bitcoin. Más raros serían los tokens de dinero electrónico (*e-money tokens*), los tokens valores mobiliarios (*security tokens*), y los tokens de gobernanza (*governance tokens*), que permitirían decisiones sobre el funcionamiento del propio Metaverso.

Por su parte, el el Estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*[16], del European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Committee on Civil Legal Affairs (JURI), diferencia tres categorías de tokens: *Currency tokens*, fundamentalmente criptomonedas como Bitcoin o Ethereum,

Security tokens, que representan inversiones en compañías y por tanto los correspondientes derechos, y *Utility tokens*, que dan derecho a productos o servicios. Hay también *intrinsic* y *extrinsic* tokens, que se diferencian según su valor lo obtengan de la propia tecnología que los ha creado (así las criptomonedas) o del valor del activo extrínseco que incorporan (una propiedad inmobiliaria, una obra de arte). También *fungible* o *non-fungible tokens* (NFTs) según sean intercambiables (criptomonedas) o no (tokens que incorporan una obra de arte, o una propiedad inmobiliaria).

La especie más interesante desde el punto de vista de la Propiedad intelectual lo es el token no fungible, o NFT, que puede entenderse como el soporte de una obra intelectual o artística, digitalizada en un archivo o creada desde su origen en dicho formato digital, siendo dicho archivo encriptado para que solamente el titular de los derechos pueda realizar cualesquiera actuaciones sobre el mismo, desde el simple acceso a la obra hasta la difusión o transmisión de la misma. Así, dicho archivo informático adquiere la condición de único, en cuanto a su acceso y titularidad, y además queda garantizado por la pluralidad de registros que se multiplican en distintos servidores, y que por esto se denomina «tecnología de registros distribuidos» (*Distributed Ledger Technologies-DLT*). La operación de encriptación de la obra en un archivo digital se viene denominando «acuñación» (*minting*) o «tokenización», porque convierte el soporte de la obra en un «token» o «ficha digital».

La finalidad más simple de la tokenización de cualquier activo está en la financiación. Pone Ruiz-Gallardón el ejemplo de la tokenización de una obra pictórica, como la de un Banksy valorado en 2.000.000 de euros: "El propietario de la obra, el emisor, podría emitir 2.000 tokens de 1.000 euros de valor nominal cada uno de ellos, que serían suscritos por inversores interesados en invertir en el mercado del arte, interesados, por ejemplo, en participar en la plusvalía que experimentase la obra de arte cuando fuese vendida en subasta en el plazo determinado en el momento de la emisión, por ejemplo 5 años, durante los cuales podría existir un mercado secundario de tales Tokens… Cada Token representa el derecho a participar en una 2.000 ava parte del importe obtenido en la subasta a celebrar dentro de 5 años. Cuando llegue el momento de la subasta el smart-contract, el código informático, pondría a la venta los Tokens, todos ellos en su conjunto, admitiría las pujas, determinaría la ganadora, modificaría la base de datos para determinar que todos los Tokens pasan a constar a nombre del ganador de la subasta, y con ellos el derecho a la propiedad sobre la obra subastada y distribuiría el precio obtenido en dinero tokenizado entre los anteriores titulares de los Tokens en la proporción correspondiente" (RUIZ GALLARDÓN, 2020, 276). Todo el proceso tiene lugar de forma automática, autoejecutable, transparente y sin intervención de terceros salvo la del responsable del adecuado funcionamien-

to del Smart-contract que solamente vigila por si hay algún fallo en el proceso. Con ello se permite que el propietario de la obra venda ésta con mayor facilidad, pues es más fácil encontrar 2.000 inversores de 1.000 euros que uno de 2 millones (y tampoco se impide que un gran inversor adquiera todos los tokens), y se consigue también permitir al pequeño inversor intervenir en el mercado del arte en obras de primer orden (o, por lo menos, caras). Y se posibilita también que cada inversor convierta su token en dinero acudiendo a mercados secundarios.

IV.3. La titularidad de derechos sobre el token y su transmisión

¿Qué naturaleza tiene el derecho del titular sobre el token? En principio, y como nos dice Palá Laguna, puesto que en nuestro derecho no existe regulación específica acerca de los metaversos ni tampoco sobre los tokens, habrá que acudir a las normas previstas para el mundo real atendiendo a la función que cumplen estos tokens en el mundo virtual. «Por ejemplo, si en un metaverso se ofrecieran tokens que pudieran considerarse instrumentos financieros, el régimen aplicable sería el contenido en la Ley del Mercado de Valores y la normativa europea aplicable» (PALÁ LAGUNA, 2022, 4). En suma, aunque en el Metaverso las leyes físicas pueden modificarse, las normas jurídicas siguen obligando, tanto en el mundo real como en el fingido: el Metaverso puede no ser un juego. Pero claro, esta aplicación se hará siempre que sea posible, porque las diferencias entre ambos mundos pueden hacer inaplicables las normas previstas para el «mundo real».

El derecho de propiedad sobre el token resulta, para empezar, discutible, como señala el citado Estudio europeo[17], al advertir que el Derecho alemán no permite que los NFT se califiquen como propiedad en el sentido de la Sección 90 del BGB por su falta de corporeidad: «Los objetos físicos deben ser tangibles y espacialmente definibles… Por lo tanto, la propiedad de NFT en el sentido estricto de la Sección 903 del Código Civil alemán no es posible». Aunque la doctrina propone una aplicación analógica del concepto. Además de los problemas que causa la intangibilidad del token, hay que tener en cuenta que el contenido del mismo puede no ser un objeto, siquiera sea inmaterial, sino un derecho de crédito, como ocurre con los *utility tokens* que dan derechos de acceso o servicio, por ejemplo, una entrada a un concierto o una comida en un famoso restaurante. Hablar aquí de "propiedad" resulta equívoco, es mejor hablar de "titularidad" del derecho tokenizado, y por ende del propio token. "Propiedad" sólo conviene a los NFTs, criptomonedas y *asset referenced tokens.*

En definitiva, el derecho de propiedad de los NFTs, aunque conserva su esencia, adquiere contornos especiales. Como señala Argelich Comelles, es el

jurista norteamericano Nick Szabo quien, tras hablar de contratos inteligentes o *Smart contracts*, pasa a hablar de una *Smart property* como una propiedad puramente informática (ARGELICH COMELLES, 2022, 210). Opina la autora que se puede producir en el metaverso la adquisición de la titularidad de los tokens, procediendo conforme a las reglas generales, pero con las adaptaciones precisas. Así, la adquisición originaria de la propiedad «inteligente», nos dice Argelich, «depende de la adquisición de los derechos reales ex art. 609 Cc.: para la adquisición originaria, debe producirse directamente la tokenización del bien en una plataforma *blockchain*, para su control remoto; y en la adquisición derivativa, mediante la celebración de un *Smart contract* traslativo en una plataforma *blockchain*». Por supuesto, tanto la adquisición de la titularidad del token, como la administración, disfrute y posterior transmisión del mismo puede (y debe) ser gestionada por un contrato inteligente: Está claro que para gestionar la transmisión y adquisición de estos nuevos bienes no bastan los contratos tradicionales, han de intervenir contratos electrónicos, puesto que no basta con declarar la firme voluntad de transmitir y adquirir, sino que además hay que realizar una serie de transformaciones y cambios en el contraseñado y encriptación del archivo que den fe del cambio de titularidad y de la legitimidad de la cadena de transmisiones. Y todo ello tiene que realizarse en una plataforma electrónica que permita la transmisión y su validación.

Pasemos a la posesión del token: por definición no puede darse una posesión material o inmediata, pues no tiene más materialidad que los electrones que componen el archivo: La única posesión que puede darse es la del contraseñado o certificación que acredita la titularidad del token, es decir, estamos ante una posesión siempre instrumental. La novedad que trae la tokenización está en la relajación de la posesión, que deja de ser fáctica o inmediata, y se convierte en una posesión inmaterializada, como se ha indicado. Señala Argelich Comelles refiriéndose a los activos inmobiliarios tokenizados (y lo mismo se puede decir de las obras tokenizadas), "la tokenización implica la traslación de la individualización física y jurídica del bien al token. En otras palabras, el código registral y la georreferenciación de la finca se contendrán en el token y la controlarán remotamente" (ARGELICH COMELLES, 2022, 217).

Es decir, que el objeto de la propiedad inteligente es en realidad un objeto (relativamente) inmaterial, es un archivo criptográfico que existe en la serie de nodos o servidores que contienen todas las copias del mismo para su conservación segura. Por tanto, el token «vive» en un ámbito físico que no comparte con su titular, vive en el Ciberespacio, y la posesión del titular se concreta en que mediante su clave puede acceder a él. En este sentido, caracteriza el citado Estudio europeo al token y más precisamente al NFT desde un punto de vista funcional como «una herramienta criptográfica que utiliza una cadena de bloques para

crear un activo digital único y no fungible que se puede poseer y comercializar. La cadena de bloques sirve como un libro de contabilidad inmutable de la propiedad del NFT». Pero estimo que el token es algo más que un título, especialmente si alberga un contenido valioso que no tiene correlato en la realidad «dura».

Según se ha visto, la posesión sobre el token no se lleva a cabo de un modo directo, sino a través de la clave criptográfica de la cadena de bloques que permite el acceso al mismo y su gestión y disposición. La comprobación de que la cadena no ha sido alterada o falsificada se verifica mediante un algoritmo-patrón que se denomina *hash*[18], que es único e inalterable. Lo más parecido que tenemos en Derecho civil son las llaves que permiten y autorizan la adquisición de la posesión, así por ejemplo en la compraventa según el art. 1463 Cc.: *Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados*…

Refiriéndonos ahora a la obra intelectual o artística, que por definición es inmaterial, si está tokenizada la hemos incorporado a un soporte electrónico, al token, y por ello se nos presenta como doblemente inmaterial. Es una propiedad completamente titulizada, en la que el archivo legitimador de la propiedad es a la vez el objeto del derecho. Esto es completamente cierto cuando estamos ante obras cuyo soporte ha sido *ab initio* el archivo informático, es decir, obras creadas ya con medios digitales y cuyo soporte original nunca fue material. Bien, estas obras son genuinas *nativas digitales*, y alcanzan el grado más elevado de desmaterialización al que me acabo de referir, lo que va a tener consecuencias jurídicas. Un mundo complejo, en el que el token es a la vez la obra, el título de pertenencia y, mediante la clave criptográfica, su instrumento de posesión.

Esta doble inmaterialidad comportará además especialidades en la transmisión, para empezar las relativas al título, que como ya hemos visto será un contrato especial, un contrato electrónico «inteligente». Pero también hay especialidades en cuanto al modo, puesto que la tradición o entrega no puede, por su propia naturaleza, efectuarse manualmente mediante una transferencia material de la posesión. La entrega tampoco puede ser de los «títulos de pertenencia» de la obra tokenizada conforme al 1464 Cc., ni tampoco valdría una tradición instrumental del 1463 Cc. puesto que ni siquiera el otorgamiento de escritura pública logrará el cambio en la información del token que acredite el cambio de titularidad ni valide la cadena de transmisiones: Debe tenerse en cuenta que la disposición del token no puede efectuarse mediante un contrato ordinario: necesita ejecutarse mediante un *Smart contract* inteligente que modifique la codificación criptográfica dando cuenta del cambio efectuado.

También la tradición o entrega está desmaterializada en un sentido electrónico, es decir, la entrega tiene lugar con el otorgamiento del *Smart contract* y el

consiguiente cambio en la criptografía del archivo o token que dé fe del cambio de titularidad. En este sentido se acerca más a la tradición instrumental del 1462 Cc., que como ya dijo en su día Lacruz Berdejo, posiblemente no regula una especie de tradición, sino un equivalente jurídico a la tradición que produce también efectos traslativos.

IV.4. Algunas peculiaridades de la tokenización de obras artísticas e intelectuales.

Para tratar esta cuestión, me voy a referir ahora al antes citado estudio titulado *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, *del European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Committee on Civil Legal Affairs* (JURI). Según este estudio, la digitalización de obras mediante la *acuñación* de NFTs aporta ciertas ventajas al mercado del arte, en concreto:

— Confieren a la obra artística singularidad o naturaleza única, y por lo tanto el valor de la exclusividad *strictu sensu*.

— Los NFTs traen nuevas posibilidades de explotación de la obra para los artistas, en especial la venta directa al público. Se pueden negociar transacciones sobre el token en mercados digitales como *Valuables, Rarible, Open Sea, Nifty Gateway, Super Rare, Foundation* o *Makers Place*. También se puede fraccionar el valor de la obra tokenizada en participaciones más accesibles al inversor. El Estudio citado[19] pone el siguiente ejemplo: «En el curso de un proyecto NFT del Museo Belvedere en Viena en colaboración con artèQ, se fraccionó una copia digital de alta resolución de la famosa pintura de Gustav Klimt "El beso (los amantes)" en un mosaico de 10.000 teselas de imágenes individuales, y cada una de estas teselas se ofrece como NFT. Los NFT que representan una determinada tesela diezmilésima de la reproducción de alta resolución de la obra de arte real pueden negociarse individualmente».

— Su combinación con *Smart contracts* permite la concesión y gestión automáticas de las *royalties* por las utilizaciones secundarias. El Estudio advierte que la mayoría de los *Smart contracts* prevén un «pago de regalías» automatizado al creador del NFT por cualquier venta futura del NFT, lo que para los autores de este trabajo hace inútil la regulación del *droit de suite*.

— En general, la utilización de la tecnología *blockchain* permitirá combatir la piratería y dar seguridad al tráfico jurídico garantizando la titularidad de derechos y la legitimidad de la cadena de transmisiones, lo que facilitará la obtención de licencias y la labor de las entidades de gestión de derechos; claro que todo esto se subordina a la legitimidad de la titularidad de derechos autorales en el

momento de la creación del NFT. Como advierte Jiménez Serranía, la titularidad asegurada que acompañan al NFT puede no existir en realidad, simplemente porque el que realiza la tokenización de la obra artística puede no tener derechos de propiedad intelectual sobre la misma. Es decir, que el token lo han creado «… personas que no tienen ningún tipo de derecho sobre el contenido en cuestión (creación, obra, coleccionable), sino que simplemente han realizado una copia no autorizada y han "minteado" …el archivo, convirtiéndolo en un NFT que comercializan como auténtico» (JIMÉNEZ SERRANÍA, 2023, 281).

Son bastante numerosos los ejemplos de estas producciones. El artista Justin David Blau, nombre artístico *3LAU* (pronúnciese Blau) ha creado una plataforma *blockchain* para crear NFTs musicales, llamada *Royal*, con mucho éxito[20]: «La nueva plataforma tokeniza los activos musicales que generan regalías, lo que permite al público comprar tokens que les garantizan una parte de los ingresos generados por cada transmisión… dado su éxito al tokenizar el primer álbum de NFT a principios de este año. Album digitalizado en 33 NFT que generaron ganancias de 11,6 millones de dólares». En el mercado del arte ha sido famoso el caso de la obra *'Everydays-The First 5,000 Days' ('Todos los Días: Los 5.000 primeros Días"),* creado por el artista *Mike Winkelmann*[21], llamado *Beeple*. Se trata de un collage de 5.000 fotografías encriptado en forma de 'token no fungible' cuya autoría y legítima titularidad se garantiza mediante tecnología *blockchain.* Su valor, o mejor, su precio, ha alcanzado los 69,3 millones de dólares en una subasta de Christie's en Nueva York. En cuanto a la importancia económica de este nuevo mercado, nos dice el Estudio citado[22], que: «Los NFT llegaron a los titulares en 2021, con un fuerte incremento en los intercambios de dichos NFT por importantes sumas… Según el Informe de Art Basel y UBS sobre el mercado del arte de 2022, el valor de las ventas de NFT relacionados con el arte se multiplicó por cien en 2021 año tras año, alcanzando los 2300 millones de euros».

— Otra especialidad es que, al utilizarse la tecnología de Registros distribuidos, no hay un concreto almacén para el token. Como indica el Estudio al que se acaba de hacer referencia, el Smart contract por el que se adquiere el token no suele almacenar los datos que integran el archivo en la cadena de bloques, solamente recoge un enlace o link que conduce a un archivo que contiene los respectivos metadatos de la NFT. El titular solamente tiene las claves precisas para acceder a su token, identificado por el tokenID y la dirección alfanumérica del contrato inteligente. Esto resulta arriesgado, pues como ya se ha indicado este archivo *off chain* puede ser falsificado o corromperse si el servidor en el que se aloja deja de estar operativo. Para evitar estos riesgos que implica este tipo de configuración técnica de un NFT, existen alternativas, como el empleo de una red IPFS (InterPlanetary File System), red en la que los archivos cargados

se almacenan e intercambian en varias computadoras, y que funciona de manera descentralizada y segura.

Otra alternativa es almacenar la obra tokenizada en un soporte físico de datos, que se entregaría con la transferencia del NFT. O también la posibilidad de cargar una copia completa y comercializable digitalmente de la obra o una imagen del activo físico tokenizado, almacenándola de forma permanente en la cadena de bloques (archivo *on chain*). Aquí hay que distinguir los genuinos *tokens on-chain*, cuyo contenido se encuentra entretejido en la cadena criptográfica, de los *tokens off-chain*, en los que, como señalan Arcasi Sosa y Mollan Diego, pueden plantear problemas de seguridad (ARCASI SOSA y MOLLÁN DIEGO, 2022, 257). Esto porque el token *on chain* necesita ser actualizado periódicamente, lo que conlleva un mayor gasto de mantenimiento (más electricidad) y por lo tanto el cobro de unas tasas superiores (que se denominan «gas»). Para ahorrar este mayor consumo de *gas*, los usuarios pueden cargar los metadatos del NFT en modo *off-chain*, como ya se ha visto[23], en nodos IPFS (un sistema adicional de almacenamiento), lo que no causa tanto gasto, pero que implica un mayor riesgo de que el archivo puede dañarse o perderse.

— A todo lo anterior hay que añadir que las identidades de los intervinientes en el mercado de NFTs se halla difuminada por el hecho de que quienes realizan transacciones con los tokens actúan mediante *Smart contracts* en los que la identificación se efectúa mediante claves. Como indica el citado Estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cada uno de los titulares de NFT tiene una cuenta de usuario o una dirección en la cadena de bloques que acumula sus activos (ya sean criptomonedas o NFTs, dirección que por ello es llamada «cartera» o *wallet ID*), y sus tokens se hallan siempre ligados a dicha cartera. A partir de su «acuñación», el NFT queda asociado a la cuenta de su creador. Luego éste puede transmitir el NFT a otra cuenta mediante el correspondiente Smart contract, siendo el propio contrato inteligente el que cambiará la titularidad asociando ahora el NFT a la dirección *blockchain*, cuenta de usuario o identificador de cartera del adquirente.

V. CONCLUSIONES

I. Uno de los ámbitos en los que es más patente la relación entre el Derecho y la tecnología es el de la Propiedad intelectual y Derecho de autor. De hecho, esta especialización jurídica surge precisamente cuando se inventa un medio industrial de reproducción de obras literarias e intelectuales, la imprenta. Esta dependencia de la técnica y de la industria da lugar a que cada avance tecnológico provoque la necesidad de adaptar las normas de esta propiedad especial a los

nuevos medios de reproducción y difusión de obras artísticas e intelectuales. Así sucedió en el siglo XIX con los mecanismos de reproducción musical a partir de soportes, pianos mecánicos, organillos y cajas de música. A finales del XIX y principios del XX, la evolución sigue con la fotografía, el gramófono y la radio. Enseguida llega el cine, y luego la televisión, el magnetófono y el radiocassette, la fotocopiadora y el video doméstico. A finales del siglo, los tiempos se aceleran con el ordenador personal, los nuevos soportes digitales e Internet.

II. El Derecho de autor ya se ha visto adaptado a las novedades que en el siglo pasado trajeron el ordenador personal y la red Internet: la digitalización ha cambiado todo el mercado de los soportes, y la red Internet se ha constituido como el medio por excelencia para la difusión de contenidos de todo tipo, sustituyendo a las plataformas de contenidos por cable. Cuando parecía que ya se había asimilado la digitalización, en la actualidad el Derecho de autor se enfrenta al desafío de una nueva tecnología de mayor impacto: La Inteligencia artificial. Este trabajo expone la importancia de esta nueva tecnología en tres ámbitos: el de la autoría de obras intelectuales y artísticas, el del Ciberespacio o Metaverso, y el de la creación de soportes de obras en archivos criptográficos o tokens.

III. La utilización del ordenador como herramienta para la creación de obras gráficas fue muy abundante a partir de la segunda mitad del siglo XX, dando lugar a una especialidad artística llamada Arte generativo o Ciberarte. La utilización del programa de ordenador era meramente instrumental, no causando por ello problemas de autoría. Sin embargo, la introducción de la IA, primero mediante sistemas expertos, y ya en el siglo XXI mediante redes neuronales, da lugar a la aparición de sistemas que crean obras literarias, musicales, pictóricas o incluso audiovisuales siguiendo unas instrucciones muy tenues del utilizador y con gran autonomía: surge el problema de la calificación de estas realizaciones y su autoría y titularidad de derechos.

IV. La tecnología inteligente se utiliza también para la creación en un nuevo medio: el Ciberespacio o Metaverso, ámbito creado mediante programación inteligente que llega a los sentidos del observador en forma de realidad en tres dimensiones. Las repercusiones en la industria del entretenimiento pueden ser muy importantes, amén de las cuestiones que suscitará para el Derecho de autor. Como mínimo, surge un nuevo soporte para las obras, y un nuevo modo de disfrutar las obras creadas específicamente para este medio.

V. Por último, la tecnología de digitalización también está creando nuevos soportes de obras que se introducen en archivos criptográficos o tokens. La tecnología de creación y tokenización de dichos archivos es tributaria de la IA y proporciona además una serie de características a dicho archivo que lo hace atractivo como inversión, con la consiguiente revolución del mercado del arte. El

trabajo aporta datos para una evaluación del futuro de estos nuevos soportes de obras de arte y a la vez valores para la inversión en el mercado del arte.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, R., (2016). "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", *Boston College Law Review*, Vol. 57, Issue 4, Article 2, 9-28-2016, págs. 1080-1083. http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol57/iss4/2.

ALVARADO BAYO, M. del C., y SUPO CALDERÓN, D., (2022). "Metaverso y Non-Fungible Tokens (NFTs): Retos y Oportunidades desde la perspectiva del derecho de marcas", *Revista IUS ET VERITAS*, Nº 64, julio 2022, https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.006.

ARCASI SOSA, D. E. y MOLLAN DIEGO, F. H., (2022). "La 'huida' a los NFT: Sobre los 'límites prácticos' de la protección de los Derechos de autor del ordenamiento peruano en el caso de las obras pictóricas digitales", *Revista IUS ET VERITAS*, https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.014, Nº 64, julio 2022.

ARGELICH COMELLES, C., (2022). «La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas blockchain», en *El Derecho ante la tecnología. Innovación y adaptación*, Directores García Goldar, Mónica, Núñez Cerviño, José, La Coruña, Editorial Colex, 2022.

AZUAJE PIRELA M. y FINOL GONZÁLEZ, D. E., (2019). "Algunos retos de la propiedad intelectual e industrial frente la inteligencia artificial y otras nuevas tecnologías", *Anuario de propiedad intelectual 2018*, Madrid, Reus.

BAYLOS CORROZA, H., (1993). *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal,* Madrid, Civitas, 1993, 2ª edición.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2017). "Art. 1" y "Art. 10", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz, Madrid, Tecnos, 2017.

BONDÍA ROMÁN, F., (1988). *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

BOTANA AGRA, M. J., (2020). "Los derechos de propiedad intelectual en el marco de la industria 4.0", en *4ª revolución industrial: retos de la sociedad y economía digital en la era Pos-Covid-19* / coord. por M. Torres Carlos; César García Novoa (dir.), Luis Otero González (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

BRIDY A., (2012). "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", *Stanford Technology Law Review,* 2012 STAN. TECH. L. REV. 5, En: http://stlr.stanford.edu/pdf/bridy-coding-creativity.pdf.

BUCCAFUSCO, C. J., (2016), "A Theory of Copyright Authorship", *Virginia Law Review*, September 23, 2015, 1229-1295, Consulta en SSRN: https://ssrn.com/abstract=2664891.

CARRASCO PERERA, Á., y DEL ESTAL SASTRE, R., (2017). "Art. 5", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Rodrigo Bercovitz Coordinador, Madrid, Tecnos, 4ª edición, 2017.

CASTAÑOS ALÉS, E., (2000). *Los orígenes del arte cibernético en España. El seminario de Generación Automática de Formas Plásticas del Centro de Cálculo de la Universidad de Madrid (1968-1973)*, tesis en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2000, URL: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0g3j5.

CASTELLS I MARQUES, M., (2019). "Cocreación artística entre humanos y sistemas de IA", en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología,* Madrid, Reus, 2019.

CUERVA DE CAÑAS J. A., (2018), "La propiedad intelectual en el mundo digital", en *Sociedad Digital y Derecho,* Directores Tomás de la Quadra Salcedo y José Luis Piñar Mañas, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, 2018.

DORNIS T. W., (2021). "Of 'Authorless Works' and 'Inventions without Inventor' – The Muddy Waters of 'AI Autonomy' in Intellectual Property Doctrine", *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.),* 2021. En Researchgate: https://www.researchgate.net/publication/348909601.

DUQUE LIZARRALDE, M., (2020). "Las obras creadas por Inteligencia Artificial, un nuevo reto para la propiedad intelectual", *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 64, 2020.

ERCILLA GARCÍA, J., (2018). "Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, Número 47 (Mayo-Agosto).

ERDOZAÍN, J. C., GONZÁLEZ C., ARNAIZ, V., VICENTE, L. I. y LÓPEZ-CARRASCO, A., (2022). "Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso", *Aspectos jurídicos del Metaverso*, coord. Luis Ignacio Vicente del Olmo, José Luis Amat, Madrid, La Ley, 2022.

GALVÁN, J. Mª., (2020). «Virtù morale della religione e tecnología dell´intelligenza artificiale», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 2, Agosto 2020.

GARBERS-VON BOEHM, K., HAAG H., GRUBER K.,(2022). *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, Study Requested by the JURI committee Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 737.709 – October 2022.

GESTIN-VILION, C., (2019). *La protection par le droit d'auteur des créations générées par intelligence artificielle,* Mémoire de la Maîtrise en droit, Université Laval, Québec, en https://corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/28192/1/34024.pdf

GIANNOPOULOU, A., QUINTAIS, J. P., MEZEI P., y BODÓ, B., (2021). 'The Rise of Non-Fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part I', Kluwer Copyright Blog, April 14 2021, http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/14/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-i/

GINSBURG, J. y BUDIARDJO, L., (2019). "Authors and Machines", *Columbia Public Law Research Paper,* No. 14-597, *Berkeley Technology Law Journal,* Vol. 34, No. 2.

GUILABERT VIDAL, Mª R. (2022). «Adquisición de Fincas Virtuales en el Metaverso y su Problemática en el Derecho Inmobiliario», *Cuadernos de Derecho Privado*, 4, pp. 53-79, (publicación: 30/12/2022).

HARARI, Y. N., (2016). *Homo Deus. Breve historia del porvenir*, Barcelona, Debate, 2016.

HOLDER, C., KHURANA, V., HOOK, J., BACON, G. y DAY, R., (2016). "Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part II of II)", *Computer Law & Security Review*, Volume 32, Issue 4, August 2016, Pages 557-576. Consulta en www.sciencedirect.com.

JIMÉNEZ SERRANÍA, V., (2023). «Metaverso y Moda», *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos*, ISSN-e 1668-0227, Nº. 181, 2023 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y Protección del Diseño).

LACRUZ MANTECÓN, M. L., (2020), *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la personalidad cibernética*, Reus, Madrid, 2020.

LÓPEZ DE MÁNTARAS BADIA, R. y MESEGUER GONZÁLEZ, P., (2017). *Inteligencia artificial*, Madrid, Editorial CSIC, 2017.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., (2019). "Inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual: ¿Pueden las máquinas ser consideradas autores?", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, Nº. 112 (Diciembre), 2019.

LOVELACE o BYRON, A., (1834). "Notas" a la traducción de *Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage*, de L. F. Menabrea, Editor R. & J. E. Taylor, Londres, 1843. En: https://johnrhudson.me.uk/computing/Menabrea_Sketch.pdf

MARTÍN RAMALLAL, P., (2022). «Realidad virtual, ente cibersocial emergente. De la paleoinmersión al metaverso», *Communication Papers. Media Literacy & Gender Studies*, 2022, Vol.11-No23, pp. 7/34 ISSN 2014-6752. Gerona (España). Universitat de Girona.

MEZEI, P., (2020) "From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms", *UFITA (Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft),* Issue 2/2020, p. 390-429. https://doi.org/10.5771/2568-9185-2020-2-390, Consultado en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3592187 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3592187.

MUÑOZ SORO, J. F., (2003). *Decisión jurídica y sistemas de información*, Madrid, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, 2003.

MURUAGA HERRERO, P., (2023). "Cuando el cine relama al legislador que los robots tengan personalidad jurídica", en *Persona y Derecho civil: Los retos del siglo XXI*, Dir. Carmen Bayod López, Coord. José Luis Argudo Périz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

NAVAS NAVARRO, S., (2019). "Arte en el mundo digital", y "La obra aumentada. Aplicación de la realidad aumentada en el mundo del arte", en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología*, Madrid, Reus, 2019.

NAVAS NAVARRO, S., (2018). "Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018), págs. 273-291. En http://nreg.es/ojs/index.php/RDC.

ORTEGO RUIZ, M., (2018) "El concepto de autor en la era de los robots", *Anuario de propiedad intelectual 2017,* págs. 409-436.

ORTEGO RUIZ, M., (2022) *Los Derechos de Autor de los humanoides en un mundo global e interconectado*, Prólogo de Eduardo Serrano Gómez, Madrid, Editorial Reus, 2022.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N., (2019) "De la tecnología blockchain a la economía del token", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Man-*

cha, N° 83, diciembre-mayo 2019, consulta en https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.003.

PALÁ LAGUNA, R., (2022). «Los tokens del metaverso», *Análisis GA_P (Gómez-Acebo & Pombo*), marzo 2022, en https://www.ga-p.com/publicaciones/que-es-el-metaverso.

PENNY, S., (2016). "Robotics and Art, Computionalism and Embodiment", *Robots and Art. Exploring an Unlikely Symbiosis,* Damith Herath, Christian Kroos, Stelarc, dir., Singapur, Springer, 2016.

PEÑA, Ó., (2022). *Metaversos. La gran revolución inmersiva*, Madrid, Ediciones Anaya Multimedia, 2022.

MEZEI, P., (2020). "From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms", *UFITA (Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft*), Issue 2/2020, p. 390-429. https://doi.org/10.5771/2568-9185-2020-2-390, consulta en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3592187 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3592187.

RAMALHO, A., (2017). "Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by AI Systems", *Journal of Internet Law*, July 2017. Accesible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=2987757 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2987757

REINHART SCHULLER, R., (2022). "Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2022), Vol. 14, Nº 2, DOI: 10.20318/cdt.2022.7203.

ROBERT GUILLÉN, S., (2019). "Cesión de facultades de explotación en el entorno blockchain y su automatización mediante contratos inteligentes", en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología*, Susana Navas Navarro, Dir, Madrid, Editorial Reus, 2019.

RODRÍGUEZ ORTEGA, N., (2020). "Inteligencia Artificial y campo del arte", *Paradigma: revista universitaria de cultura*, Nº. 23, 2020.

ROGEL VIDE, C., (1984). *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, Editorial Tecnos, 1984.

RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., (2012). *Las obras del espíritu y su originalidad*, Madrid, Reus, 2012.

RUIZ-GALLARDÓN Y GARCÍA DE LA RASILLA, M., (2020). "Tokenización de activos y blockchain aspectos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 60, 2020.

SAIZ GARCÍA, C., (2019). "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor", *InDret*, enero 2019.

SANCHÍS MARTÍNEZ, Mª. T., (2004). *Derechos de autor, digitalización e Internet*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2004.

SPINDLER, G., (2019). «Copyright Law and Artificial Intelligence». *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, nº 50, 1049–1051 (2019). https://doi.org/10.1007/s40319-019-00879-w

VEGA VEGA, J. A., (1990). *Derecho de autor*, Madrid, Tecnos, 1990.

NOTAS

[1] NOTA PREVIA. El presente trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto «Derecho e inteligencia artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robóticas», IP. Margarita Castilla Barea, (PID2019-108669RB-100 / AEI / 10.13039 / 501100011033).

[2] El primer asunto que se plantea en Francia en este ámbito, ya en 1859, es el asunto *Debain*, discutiéndose sobre la fabricación de soportes de obras musicales. Se trataba del inventor de un sistema de cartones perforados para reproducir obras musicales, primero en un instrumento llamado "Antiphone" y luego en un piano mecánico, que comenzó a explotarlo comercialmente, pero sin obtener autorización de los compositores o editores musicales de las obras reproducidas. Pronto demandado por éstos, el Tribunal correccional del Sena, y luego la *Cour d'appel* de Paris declararon sus reproducciones ilícitas conforme a la Ley de 1793 y el Código penal.

[3] Que define en su art. 2.2 la "Minería de textos y datos", "*TDM – Text and Data Mining*" como: *toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones*

[4] *Feist Publications, Inc. contra Rural Telephone Service Co.*: Se le pidió al Tribunal que decidiera si las páginas de un directorio telefónico eran una "obra de autoría original".

[5] Péter Mezei resume las posiciones doctrinales más generales sobre la originalidad, propia de las doctrinas francesa y, en general, europea, advirtiendo que, no estando definida en la Convención de Berna ni en otros tratados, las posiciones van desde la doctrina del "sudor de la frente" en los EE.UU. a la de la "habilidad, el trabajo y el juicio" británica o la del "ejercicio de la habilidad y el juicio" canadiense. En la Europa continental está la doctrina de la "huella personal" del autor en la obra y la alemana de la "Schöpfungshöhe" (nivel de creatividad) (Mezei,2020, 405).

[6] *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU), Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*.

[7] Estos autores reproducen la doctrina clásica conforme a la cual el autor de la fotografía sería el fotógrafo-planificador que dispone los parámetros de iluminación, composición del sujeto, exposición y demás circunstancias presentes en el momento de la ejecución, doctrina que en su día recogieron los tribunales a propósito del caso de la venta de reproducciones de una conocida fotografía del escritor Óscar Wilde por el fotógrafo Napoleón Sarony.

[8] El caso Naruto v. Slater (o del selfie del mono), fue resuelto el 28 de enero de 2016 por el Tribunal del Distrito Norte de California, negando la autoría de un animal (un mono), y agregando que el Tribunal Supremo y el Noveno Circuito se han referido repetidamente a *personas o seres humanos* como autores según la Ley. UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA: NARUTO, et al., Plaintiffs, v. DAVID JOHN SLATER, et al., Defendants. Case No.15-cv-04324-WHO.

[9] https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf. *Metaverse –Virtual World, Real Challenges*

[10] Creado mediante la aplicación o programa *Spatial*. Está en https://metaverso.navarra.es/es/

[11] Robert guillén, S., (2019) "Cesión de facultades de explotación en el entorno *blockchain* y su automatización mediante contratos inteligentes", en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología*, Susana Navas Navarro, Dir, Madrid, Editorial Reus, pág. 155.

[12] Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014, 2020/0266 (COD).

[13] Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.

[14] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity, 2020/0136 (COD).

[15] Un *satoshi* es una fracción de bitcoin, denominado así en honor del desconocido inventor de esta moneda, que se esconde bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto.

[16] Garbers-von Boehm, K., Haag H., Gruber K., (2022) *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, Study Requested by the JURI committee Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 737.709 – October 2022, p. 12.

[17] Garbers-von Boehm, Haag, Gruber, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 22.

[18] Una función *hash* es un algoritmo matemático que permite la encriptación de conjuntos compuestos por gran número de datos en una serie de cifras y letras (también llamada *hash*) de extensión fija (en el sistema SHA-1 son 40 signos) que identifica plenamente el conjunto de los datos encriptados, porque para cada conjunto de datos el *hash* es distinto (aunque de la misma longitud).

[19] También se encuentra información al respecto en la dirección https://thekiss.art/s/about.html

[20] En EDMcom: https://edm.com/gear-tech/3lau-next-song-will-be-50-percent-fan-owned

[21] *El Mundo* digital, "Arte. Subasta en Christie's. 58 millones de euros por un 'collage' digital", Pablo Pardo, corresponsal en Washington, Jueves 21 de marzo 2021.

[22] Garbers-von Boehm, Haag, Gruber, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 17.

[23] Aclara esto Reinhart Schuller, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», cit., p. 740: «Por eso, los NFTs, la imagen u obra artística… se almacena fuera de la cadena (y lo que se adjunta dentro de la cadena de bloques son una serie de metadatos), porque de lo contrario aumentaría no solo el precio del gas a pagar, sino también ralentizaría la blockchain».

Trabajo recibido el 9 de junio de 2023 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2023

La adopción abierta en el Derecho español. Sus antecedentes, y su aplicación administrativa y judicial[1]

Open adoption in Spanish law. Backgrounds and its territorial and judicial application

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA
Profesora Propia Ordinaria. Facultad de Derecho.
Universidad Pontificia Comillas
(ORCID: 0000-0003-3656-3318)

BLANCA GÓMEZ BENGOECHEA
Investigadora Propia Adjunta. Facultad de Derecho.
Universidad Pontificia Comillas
(ORCID: 0000-0003-2574-7947)

ANA BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO
Investigadora Propia Adjunta. Instituto Universitario de la familia.
Universidad Pontificia Comillas
(ORCID: 0000-0002-8554-1791)

MARÍA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ
Alumna colaboradora. Instituto Universitario de la familia.
Universidad Pontificia Comillas
(ORCID: 0009-0006-5932-4255)

RESUMEN: El trabajo analiza la adopción abierta introducida *ex novo* en el Código civil español (en adelante CC) en 2015, en el marco de reformas similares y coetáneas aprobadas en países de nuestro entorno, que apuestan por una mayor apertura de la adopción, tanto a la búsqueda de orígenes como a la relación con la familia biológica. Incluyendo un análisis de Derecho comparado, el trabajo estudia el proceso de reforma que dio lugar a su introducción en el CC, verificando su aplicación jurisprudencial y administrativa en estos ocho

años, aportando los resultados inéditos de una encuesta realizada a todas las Comunidades Autónomas en 2022, que muestra su diversa implantación territorial y la necesaria reflexión conjunta sobre la finalidad de esta institución desde la perspectiva del interés superior del niño.

ABSTRACT: This paper analyzes the open adoption, introduced ex novo in the Spanish Civil Code in 2015, as other similar and simultaneous reforms in many countries, within the framework of an increasing commitment in comparative law towards a greater openness in adoption related both to the search for origins and to the relationship with the biological family. The process of the reform and the consolidation of this institution in Spain is studied, verifying its jurisprudential application and providing the results of a survey carried out in all the autonomous communities in 2022, which shows relevant results on its diverse territorial implementation and the necessary joint reflection on the purpose of this institution from the perspective of the best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Adopción abierta, España, Derecho Comparado, Comunidades Autónomas, Jurisprudencia.

KEYWORDS: Open adoption, Spain, Comparative Law, Autonomus regional governements, Jurisprudence.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTEXTO LEGISLATIVO. II.1. LA ADOPCIÓN SIMPLE: ¿UN ANTECEDENTE? II.2. LA INTRODUCCIÓN DE LA ADOPCIÓN ABIERTA EN DERECHO ESPAÑOL. *II.2.A. Derecho foral y autonómico. II.2.B. La reforma del Código civil de 2015.* II.3. LA ADOPCIÓN ABIERTA EN DERECHO COMPARADO.—III. IMPLANTACIÓN DE LA ADOPCIÓN ABIERTA EN ESPAÑA. III.1. ADOPCIONES ABIERTAS REALIZADAS. III.2. PROCEDIMIENTO ADOPTIVO. *III.2A. Información y presentación del ofrecimiento. III.2B. Informes psico-sociales e idoneidad. III.2.C. Adoptabilidad y asignación.* III.3. PLANIFICACIÓN, CONSTITUCIÓN Y FASE POST-ADOPTIVA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La adopción abierta se introdujo en el CC *ex novo* por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[2]. Dicha figura, presente en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno con diverso alcance, no era completamente nueva en nuestro Derecho. Por una parte, la adopción simple, prevista en el CC hasta 1987 es, para algunos, un precedente de lo que hoy llamamos adopción abierta. Por otro lado, ya había sido introducida

como tal por el Código civil catalán en 2010. A pesar de estos antecedentes, la regulación de 2015 aporta indudables novedades que serán descritas y valoradas a lo largo de este artículo.

La incorporación formal de esta medida, a través de los textos legales vigentes, es fundamental para su implantación. Sin embargo, no determina por sí sola la introducción real de la adopción abierta en el sistema de protección de menores español, que depende, también, de la aplicación que hagan de ella las entidades públicas de protección de las distintas Comunidades Autónomas.

Analizar las posibilidades que aporta, así como el modo y la frecuencia con la que se está empleando resulta esencial para valorar su utilidad y poder determinar si los cambios legales han supuesto una mejora en los modos de proteger a los niños que lo necesitan.

En un proyecto de investigación I+D liderado por en 2017 por la Universidad Pontificia Comillas que fue objeto de dos publicaciones (Diez Riaza, 2018; Serrano Molina, 2018), se exploraron, a través de una exhaustiva encuesta dirigida a todas las Comunidades Autónomas, los dos primeros años de implantación de esta figura[3]. En 2022 se ha reproducido esta encuesta para analizar el modo en que se ha avanzado en el uso de esta medida de protección, aunque, como veremos, ampliando y modulando algunas de sus preguntas.

En este artículo se exponen, a continuación, tanto el contexto legislativo en que se enmarca su uso, como los resultados de la investigación sobre su aplicación realizada en 2022 en comparación con la llevada a cabo en 2017.

II. CONTEXTO LEGISLATIVO

II.1. la adopción simple: ¿un antecedente?

Como acabamos de mencionar, la apertura en la adopción no es una cuestión ajena a nuestro ordenamiento jurídico. Cierto grado de apertura ha estado presente en la regulación de esta medida de protección en distintos momentos históricos.

Las adopciones simples, o "menos plenas", ya existentes en el Derecho romano, se recogieron en la primera versión del Código civil de 1889, pero su régimen jurídico fue modificado sucesivamente por Leyes de 24 de abril de 1958[4], 7/1970, de 4 de julio[5], y de 11/1981, de 13 de mayo[6], hasta su supresión por Ley 21/1987, de 11 de noviembre[7]. A pesar de su eliminación en 1987, como veremos más adelante, la conveniencia de su reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico fue planteada desde diversos ámbitos antes de la regulación de la adopción abierta en el año 2015 (Sánchez Cano, M.J., 2018).

Mientras estuvo vigente en nuestro Derecho, algunos de los efectos de la adopción simple eran idénticos a los de las adopciones plenas: el vínculo era equivalente al de la filiación biológica y eran irrevocables. Pero diferían tanto en el ámbito sucesorio y de los apellidos, como en la regulación de la ruptura de vínculos con la familia biológica (Bercovitz Rodríguez Cano, 1971).

Tras la supresión de la adopción simple en 1987, en los años posteriores y como consecuencia del régimen transitorio previsto en esta reforma, hubo diversos pronunciamientos judiciales y administrativos referidos a los efectos sucesorios. En ellos se puso de manifiesto cómo el régimen jurídico de los adoptados en forma simple podía contravenir, en algunos aspectos, el principio de igualdad constitucional, a pesar de que el TC declaró, en su sentencia de 4 de mayo de 1983, que la existencia de los dos tipos de adopción no atentaba contra el artículo 14 de la Constitución[8].

Cuando todavía llegaban a los tribunales estos últimos casos en los que se planteaban los efectos de las viejas adopciones simples españolas, y casi sin solución de continuidad, comenzaron a llegar a España solicitudes de reconocimiento de adopciones simples nuevas constituidas en el extranjero, especialmente en países iberoamericanos que, por influencia del Derecho español, mantienen esta figura en sus sistemas jurídicos. La adopción internacional volvió a traer, como un *boomerang*, las adopciones simples a España, y del reconocimiento de las mismas y sus dificultades se ha dado cuenta en algunos trabajos (Adroher Biosca, 2019).

Además de algunos países iberoamericanos, la adopción simple pervive, también, en varios países europeos, singularmente en los francófonos, que reconocen el mantenimiento de derechos del adoptado respecto de su familia de origen[9]. Así, la regulación francesa señala genéricamente que, en caso de adopción simple, existe una doble filiación con amplitud de efectos jurídicos[10] y, en un sentido muy similar, se regula en el Código civil de Luxemburgo[11] y en el de Bélgica[12] (Lavalleé, 2008). En otros, como Portugal, ha sido abolida, como ocurrió en España[13].

Por tanto, la existencia de algún tipo de relación del adoptado con su familia de origen no ha sido una cuestión desconocida en el Derecho español y, en consecuencia, la adopción abierta no supone una novedad totalmente ajena a la tradición jurídica española. No obstante, son evidentes las diferencias entre aquella adopción simple y la actual adopción abierta: en las adopciones simples determinados vínculos jurídicos con la familia de origen no se rompen (por ejemplo, los sucesorios) y, sin embargo, no se prevén los contactos personales con esta familia, que incluso se percibían como una "interferencia"[14]. La característica fundamental de la adopción abierta es, precisamente, la posibilidad de mantener

vínculos relacionales o de comunicación, siempre que sean beneficiosos para el adoptado, con independencia de la ruptura de los vínculos jurídicos.

II.2. La introducción de la adopción abierta en derecho español

Con el precedente de las adopciones simples, desaparecidas de nuestra legislación en 1987, la adopción abierta se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, primero en algunos derechos forales y autonómicos y, después, en el derecho común.

II.2.A. Derecho foral y autonómico

Entre las normas autonómicas que se adelantaron a la regulación estatal destacan las que han recogido el derecho a la relación entre los hermanos en el caso de que uno de ellos sea adoptado, lo que es, en definitiva, una adopción abierta pero limitada a este vínculo de parentesco. Es el caso del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, que regula el acogimiento familiar y adopción en la Comunidad Autónoma de Andalucía[15], del Decreto 114/2008, de 17 de junio, del Gobierno Vasco, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad[16], y de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia[17].

Junto a estas, de forma más amplia y respecto de los efectos de la adopción, el Código civil de Cataluña permite desde 2010 que el juez, a propuesta de la Entidad Pública, abra la adopción a la relación con cualquier miembro de la familia de origen[18].

A pesar de que, como vemos, algunos territorios han recogido esta cuestión en sus leyes autonómicas o forales, comentaremos más adelante cómo la existencia de regulación propia, incluso pionera en algunos casos, no se corresponde, necesariamente, con el mayor uso de la medida.

III.2.B. La reforma del Código civil de 2015

Aunque fue en 2015 cuando se introdujo formalmente en el CC, el primer caso de adopción abierta documentado en España fue resuelto por la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN) en su resolución de 14 de octubre de 2014[19], un año antes de la reforma. Un matrimonio de varón español y mujer estadounidense adoptaron dos niños en EE.UU. Al solicitar el reconocimiento de la adopción ante el Registro consular español, aportaron "convenios

de contacto post-adopción de los interesados, en los que aparece un régimen de visitas de la madre biológica a los menores". El cónsul español denegó el reconocimiento toda vez que "no existe una correspondencia de efectos de las adopciones realizadas con la legislación española", ya que el artículo 178.1 del CC establece que "la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior", lo que entra en contradicción con lo dispuesto en el convenio de contacto post-adopción. Sin embargo, la DGRN revocó la decisión consular, sancionando estos contactos como compatibles con el concepto español de adopción[20]. Por tanto, este centro directivo ya adelantó en 2014 que la apertura de la adopción no es extraña a nuestra tradición jurídica.

El proceso de gobernanza seguido en la reforma de la normativa española de protección de la infancia que culminó en 2015 ha sido expuesto en otro trabajo (Adroher Biosca, 2016). Sin embargo, conviene mencionar en este punto algunas de sus líneas generales.

La introducción de la adopción abierta en la reforma de 2015 encuentra sus antecedentes en la *Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*[21], en la que diversos comparecientes reclamaron su regulación, argumentando la necesidad de crear fórmulas que dieran estabilidad a la relación familiar sin romper necesariamente los vínculos con la familia biológica en los casos en los que las circunstancias del niño así lo aconsejaran (relacionadas, entre otras, con su edad, relaciones familiares previas con padres, hermanos o abuelos, o con facilitar el acceso a la información sobre el propio origen)[22].

La demanda de esta figura se trasladó a las Conclusiones de esta Comisión especial del Senado, pero no figuró entre sus recomendaciones[23]. Quienes pedían su regulación no hacían más que ratificar lo que muy diversos estudios psicológicos y sociológicos realizados en países que nos han precedido en la introducción de la adopción abierta concluían, y es "*una valoración en general positiva por parte de todos los implicados, adoptados, familias biológicas, familias adoptivas y mundo profesional*" (Berástegui Pedro-viejo y Rosser Limiñana, 2017:176).

A pesar de esta petición de la Comisión y de la opinión favorable de los profesionales, los Anteproyectos de ley aprobados en 2011 por el Gobierno Zapatero, de los que partió el Gobierno Rajoy en su reforma, no previeron la adopción abierta. El grupo de trabajo redactor del texto aprobado en 2015, integrado por representantes del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad y del de Justicia, propuso ya en 2012 su introducción, que no fue objetada en ninguna de las dos Comisiones con las que se trabajó en paralelo: la Comisión de Directores Generales de infancia de las Comunidades autónomas, y el grupo de trabajo del Observatorio de infancia, integrado por entidades, expertos y otros ministerios. Posteriormente, en el trámite de informes preceptivos, que pueden consultarse en

el portal de transparencia[24], deben destacarse los informes iniciales de la Fiscalía General del Estado[25], que planteaba algunos inconvenientes pero proponía mejoras en la regulación, de la Comisión general de codificación[26], que consideraba pertinente su regulación sugiriendo algunas modificaciones; y del Defensor del Pueblo, que también proponía algún cambio[27].

Tras el verano de 2014, llegaron los informes del Consejo General del Poder Judicial, cauteloso en algunos aspectos, pero con propuestas en positivo[28], y el del Consejo de Estado, que acogía la novedad de forma favorable[29]. Ciertamente, el mundo jurídico español, representado por estos importantes organismos, recibía con cierta prevención la nueva figura, pero ninguno de los informes rechazó de plano su introducción, que en algunos casos consideraron pertinente, sugiriendo algunas modificaciones en su regulación que fueron parcialmente aceptadas e incorporadas por el Gobierno al texto que fue aprobado como proyecto de ley.

La Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorporó finalmente esta figura de protección en el artículo 178.4 del CC. Aunque la denominación "adopción abierta" no aparece en dicho artículo, sí se recoge en la Exposición de Motivos de la ley, que justifica su introducción en una tendencia del Derecho comparado, como veremos a continuación, que apuesta por una concepción de la adopción en la que se reconocen y se regulan los vínculos significativos del niño y su derecho a conocer y, en su caso, a mantener relación con sus orígenes.

En su redacción final, el artículo 178 del CC describe el concepto de este tipo de adopción y los casos en los que puede proponerse; establece las líneas generales del procedimiento de su constitución, y la posibilidad de suspensión y supresión de los contactos. Además, prevé que, en estos casos, los adoptantes deben ser valorados como idóneos para este tipo de adopción. La norma es intencionadamente flexible tanto en el tipo de relaciones (contacto directo y presencial, comunicaciones personales no presenciales, o incluso mera transmisión de noticias sin contacto directo[30]), como en los familiares implicados, si bien se menciona particularmente a los hermanos. Llama sin embargo la atención que sólo se requiera el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptado, pero no de la familia biológica, como sí exigen todas las normas de los países de nuestro entorno analizadas, y como ha incluido, oportunamente, la reciente ley de infancia de Madrid, que citamos a continuación. Aunque quizá se trate de una regulación que pretende conservar la distinción entre el consentimiento y el asentimiento en las adopciones tradicionales, en las que la familia biológica asiente, y es posible prescindir de dicho asentimiento en algunos casos, cuesta imaginar una adopción abierta beneficiosa para el niño si no ha sido consentida por la familia biológica (Gómez Bengoechea, 2018-1)

Es preciso tener en cuenta, además, que, según lo previsto por la ley, la adopción abierta solo se puede acordar cuando el interés superior del adoptado lo aconseje, lo cual no se produce en todos los casos (Adroher Biosca, 2018; Gómez Bengoechea, 2018-2) pero puede tener un relevante significado en el contexto de una creciente diversidad familiar, ya que posibilita un marco familiar estable para algunos niños, en especial para aquellos para los que no es viable un retorno a la familia de origen con la que se mantienen, sin embargo, contactos positivos (Berástegui Pedro-Viejo y Rosser Limiñana 2017; Diez Riaza, 2018; Gómez Bengoechea, 2017; Gómez Bengoechea, 2018-1). Por ello, "*los profesionales podrán recomendar la adopción abierta – por ejemplo, en casos de adopciones tardías o intrafamiliares – o, al contrario, descartarla – en particular en aquellos casos en los que el niño ha sido víctima de abuso o descuido*" (Servicio Social Internacional, 2015-2:2).

La regulación descrita, introducida por el artículo 178 CC es, ciertamente, flexible y genérica, por considerar el legislador nacional que el CC no debía detallar más la regulación de esta institución. Una redacción de este tipo tiene como principal ventaja la posibilidad de adaptar la aplicación de la norma a la diversidad que pueden presentar, tanto la organización de los sistemas de protección de menores de las distintas CCAA, como los casos concretos. Sin embargo, trae consigo la necesidad de realizar una profunda revisión de los procedimientos, no sólo de los adoptivos, sino de los de protección de menores en general, y determinar, entre otras cuestiones y con cierta homogeneidad para que no haya grandes diferencias en función del territorio, para qué casos se planteará esta posibilidad, replanteando las declaraciones de adoptabilidad de los niños, las de idoneidad de las familias que se ofrecen para adoptar y los criterios utilizados para realizarlas hasta este momento; los distintos modos posibles de mantener el contacto; la forma jurídica que adoptarán los acuerdos que se tomen; la manera de revisarlos, si, una vez tomados, serán obligatorios para las partes, y cuáles serán las consecuencias de su incumplimiento.

Habrá, también, que prever un sistema de revisión de las necesidades del menor en este sentido, y de acompañamiento para los miembros del triángulo adoptivo en estos casos en los que se introduce un elemento que, si bien debe responder al interés superior de los niños, puede suponer dificultades adicionales.

De manera que, a pesar de ser una novedad necesaria y bienvenida, tal y como está regulada, la adopción abierta trae consigo un importante número de cuestiones que es necesario resolver para que pueda convertirse en un instrumento eficaz que mejore la protección de menores.

El contexto en el que detallar todas estas cuestiones parece ser, a juicio del legislador nacional, el de la legislación autonómica. Sin embargo, no han sido todavía muchas las normas autonómicas que se han adaptado al marco estatal

en relación con esta cuestión y, las que lo han hecho, han regulado la adopción abierta de forma dispar, de modo que la homogeneidad que sería deseable en un ámbito como este tampoco parece que se esté logrando por esta vía. Así, no han incorporado la figura la Ley 9/2019 de 19 de febrero de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de les Illes Balears[31], ni la Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención Temprana y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha[32]. En el extremo opuesto, la han regulado, considerándola como la opción preferente, la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana (art. 150)[33], y la Ley Foral Navarra 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad, que prácticamente reproduce textualmente la regulación valenciana (art. 153)[34].

Finalmente, la contemplan sin dicha consideración preferente, la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, de una forma excesivamente genérica y breve (art.119)[35], y la más reciente Ley 3/2023 de 22 de marzo de derechos, garantías y protección integral a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad de Madrid, que contiene una regulación completa y muy ajustada, que responde a la experiencia que ha desarrollado esta Comunidad Autónoma en esta materia a lo largo de estos últimos años (art. 119)[36].

En todo caso, es muy clara la opción del legislador español y autonómico por una adopción abierta mediada por la Entidad Pública, ya que es esta quien la propone al juez, quien supervisa el plan de contactos informando de ellos periódicamente a la autoridad judicial, y quien, además de otros legitimados, puede solicitar, también al juez, su suspensión. Por tanto, es un modelo muy distinto del de "acuerdo privado" de los países anglosajones al que aludiremos más adelante. En todo caso, la decisión de constituir la adopción abierta es del juez, que tiene la facultad de aceptar, o no, la propuesta formulada por la Entidad Pública.

La doctrina, en general, ha acogido positivamente la institución, viendo en ella el símbolo de un concepto más abierto y transparente de adopción "*frente al tradicional sistema de signo secretista, hoy superado, de adopción cerrada*" (Sabater Bayle, 2016-1:68), una flexibilización de la adopción en "*beneficio sobre todo de los menores que no han perdido el contacto con sus familiares de origen (...) y cuya tajante ruptura perjudicaría al menor*" (Rodríguez Marín, 2022: 317), una novedad necesaria (Linacero de la Fuente, 2016), una figura con especial sentido tras acogimientos permanentes (Alcalde Milia, 2023), *y una modalidad por la que se reconoce el derecho de la persona adoptada a disfrutar de una vida familiar plena a través del mantenimiento de alguna forma de relación con sus hermanos biológicos o con los miembros de su familia de origen que se determinen judicialmente, si ello contribuye a su bienestar emocional y afectivo. Su finalidad reside, por tanto, en prevenir el desarraigo familiar del*

adoptado con toda su familia de origen, evitándose la pérdida de referentes afectivos de forma irrecuperable (Heras Hernández, 2020). *El estigma y el secreto de la adopción, en la década de los años 80 del pasado siglo, evoluciona hacia al conocimiento y a la relación.* (Blanco Morales Limones 2015). A pesar de ser esta la impresión mayoritaria, también algunos autores han manifestado cautelas e interrogantes sobre esta nueva figura (Martínez de Aguirre, 2017; Mayor del Hoyo, 2019).

Los profesionales, valoran, también positivamente esta medida y la consideran beneficiosa, aunque destacan que es necesario, para su correcta implementación, un cambio de mentalidad (Corral et al., 2023). Un cambio cultural que debe operarse en las familias y en los técnicos del sistema de protección, pero también en los jueces, debido al importante papel que juegan para avanzar en su efectiva implantación.

En este sentido, a pesar de los años transcurridos, todavía son escasas las resoluciones judiciales que aplican el artículo 178.4 del CC en apelación o en casación. Las primeras datan de 2016, donde encontramos dos sentencias, una del Tribunal Supremo, en un caso de relación con un hermano[37], y otra de la Audiencia Provincial de Navarra en relación a las visitas con la madre biológica[38], que advierten los beneficios de la nueva figura que, sin embargo, no pueden ser aplicados por razones de Derecho transitorio.

Algunos de los casos que han llegado a los tribunales se refieren a adopciones intrafamiliares en los que no es necesaria la intervención de la Entidad Pública, como es el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 467/2019 de 22 marzo de 2019, en la que, tras el fallecimiento de la madre de dos niños, se declara a la segunda esposa del padre como idónea para su adopción, pero se prevé el mantenimiento del contacto, a través de visitas o comunicaciones, entre los menores adoptados y sus tíos y primos maternos de origen, en este caso, sin la supervisión de la Entidad Pública[39]. Sin embargo, en algún otro supuesto de adopción intrafamiliar, al no intervenir la Entidad Pública en la adopción, se ha concluido por parte del tribunal la imposibilidad de abrir la adopción a los contactos con familiares del padre o madre fallecidos[40]. A pesar de ello, algunos autores ven en las adopciones intrafamiliares una aplicación útil de la adopción abierta "*para suavizar los duros efectos de la adopción en los que fallece un progenitor y el hijo es adoptado por el cónyuge o pareja del otro*" (Mayor del Hoyo, 2019: 346).

En relación con las adopciones abiertas propuestas por Entidad Pública, las más frecuentes en la jurisprudencia son las abiertas a las relaciones con hermanos, a los que alude expresamente el propio CC[41], y, en algún caso, con abuelos[42]. En lo referente a los abuelos, algunas sentencias niegan la apertura por las inter-

ferencias que esta relación pueda suponer, en ciertos supuestos, con respecto a la madre biológica[43].

En los casos que han llegado a los tribunales en los que madres[44] o padres[45] solicitan la adopción abierta, generalmente ésta ha sido denegada; suelen ser supuestos de progenitores que se oponen a la adopción de sus hijos, pero piden de forma subsidiaria que, si se constituye una adopción, esta sea abierta.

II.2. La adopción abierta en derecho comparado

Expuesta la regulación en Derecho español, resulta conveniente detenerse en un breve análisis de Derecho comparado sobre esta cuestión, para comprobar que nuestro país no es una "*rara avis*", sino que, al admitir en su ordenamiento jurídico la adopción abierta, sigue una tendencia internacional consolidada (Hoksbergen, 1986; Hibbs, 1991; Crône, 2006).

Como se ha explicado, la adopción abierta o adopción con contacto, es aquella en la que se permite y se acuerda algún tipo de comunicación entre la familia biológica y el adoptado o su familia adoptante (Berástegui Pedro-viejo, 2016; Grotenvant y Mcroy,1998; Grotenvant, 2000). Si ampliamos nuestra mirada al ámbito internacional, podemos comprobar cómo se trata de una medida muy heterogénea, tanto en su regulación como en su modo de constitución, en cuanto al tipo, nivel y frecuencia del contacto, las personas implicadas o el grado y modo de formalización (Demick y Warpner, 1988).

Esta cuestión fue tratada en la 4ª Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en junio de 2015[46]. En este marco se presentó un estudio realizado por el Servicio Social Internacional en el que se ponía de relieve cómo esta institución, que tiene su origen en los países anglosajones, no tiene cabida en la legislación de tres continentes del mundo, América Latina, Asia y África (excepto en Sudáfrica), donde se regulan las adopciones como cerradas y se mantiene, en gran medida, el anonimato. Sin embargo, en la Europa continental, en los últimos años, se están produciendo reformas tendentes a la apertura de la adopción, tanto en relación a la búsqueda de orígenes como a la adopción abierta (Servicio Social Internacional, 2015-1) y, aunque algunos estudios exponen sus ventajas, otros advierten también de sus riesgos (Jeannin, 2016).

Si bien no es objeto de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de los modelos de adopción abierta en Derecho comparado, nos detendremos en una breve descripción de algunos de ellos.

Comenzando por los países del entorno anglosajón, en Estados Unidos, la adopción abierta es una cuestión de legislación estatal, no federal, por lo que cada uno de los estados regula de forma distinta la posibilidad de celebrar, o no, acuerdos de contacto post-adoptivo entre padres biológicos y adoptantes, tal como pone de relieve una interesante página web norteamericana[47]. Así, la legislación estatal de veinticinco estados (más el Distrito de Columbia) permite que los acuerdos de contacto post-adoptivo sean ejecutables, con la condición de que el tribunal considere que dichos acuerdos son lo mejor para el niño[48]; la legislación estatal de siete estados obliga a que los acuerdos de contacto post-adoptivo sean ejecutables, pero sólo en determinadas circunstancias (por ejemplo, si el niño es adoptado por su madrastra o padrastro, o de una familia de acogida); la legislación estatal de seis estados prevé que los acuerdos de contacto post-adoptivos no sean ejecutables; y veinte estados aún no regulan esta cuestión[49]. A pesar de esta diversidad, en Estados Unidos las adopciones abiertas representan el 95% de las adopciones nacionales, de las cuales se estima que el 55% son totalmente abiertas, mientras que el 40% son parcialmente abiertas (es decir, adopciones con un contacto indirecto o mediado) (Siegel y Smith, 2012). La importancia de la adopción abierta en este país tiene su explicación en el carácter privado de muchas adopciones, que se constituyen a través de un acuerdo entre la madre biológica y los futuros adoptantes, a los que esta selecciona con escasa intervención pública (Martínez Aguirre, 2016). Sin embargo, aunque estas adopciones son mayoritarias, también se dan casos de *open adoption from care,* cuando se constituye una adopción abierta tras un acogimiento residencial, especialmente de niños que han estado largo tiempo en el sistema de protección manteniendo contacto con su familia biológica, o que entran en él con una relación consolidada y positiva con la familia de origen, a la que, por distintos motivos, no es posible retornar (Pösö, Skivenes , Thoburn, 2021). Aun así, el contacto post-adoptivo con la familia biológica es más frecuente en las adopciones privadas que en las adopciones tras un acogimiento (Vandivere, Malm y Radel, 2009).

En Canadá, aquellas jurisdicciones que contemplan la adopción abierta en su legislación no sólo establecen distintas definiciones, sino, también, distintas condiciones aplicables a este tipo de adopción[50]. Destacamos el caso de Quebec por ser la única jurisdicción de Canadá con un sistema de derecho privado basado en la tradición del *civil law*, en vez de en la tradición del *common law*. Así, desde 2018, el Código civil de Quebec permite que a través de un acuerdo previo entre las partes (es decir, entre la familia biológica y adoptiva) pueda acordarse, no solo el intercambio de información, sino también relaciones personales entre ellos (Oullete, 2001), si bien en 2022 se han incorporado importantes novedades, precisando cuestiones tales como el tipo de contacto o los consentimientos necesarios[51].

En Australia, la adopción abierta varía de una jurisdicción a otra, aunque la mayoría de las jurisdicciones (Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Territorio de la Capital Australiana y Australia Occidental) permiten acuerdos de contacto post-adoptivo, en la medida en la que se considera que dicho contacto posibilita que los niños mantengan relaciones de identidad, no solo con su familia biológica, sino también con su cultura (Zodins, 2019). De hecho, los acuerdos de contacto post-adoptivo son un requisito necesario del plan de adopción en cuatro jurisdicciones (Nueva Gales del Sur, Queensland, Territorio de la Capital Australiana y Australia Occidental), mientras que, otras tres jurisdicciones (Tasmania, Territorio del Norte y Australia Meridional) no exigen que en la preparación de una adopción se aborde la posibilidad de contacto permanente, siendo los acuerdos permanentes entre los padres biológicos y adoptivos no ejecutables (Zodins, 2019). Además, seis jurisdicciones (Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Territorio de la Capital Australiana, Territorio del Norte y Australia Occidental) evalúan la idoneidad de los futuros adoptantes atendiendo a su capacidad y voluntad para posibilitar el contacto del niño con su familia biológica[52] (Zodins, 2019). A nivel nacional, se estima que en más del 80% de las adopciones nacionales constituidas anualmente desde 1999, los acuerdos de adopción abierta han sido, sistemáticamente, los acuerdos más comunes (Australian Institute of Health and Welfare, 2021). De hecho, el 92% de las adopciones nacionales constituidas entre 2020 y 2021 fueron adopciones abiertas, en la medida en la que las partes acordaron mantener algún tipo de contacto o de intercambio de información entre ellas (Australian Institute of Health and Welfare, 2021). También en Australia existen experiencias reseñables sobre adopciones abiertas de niños procedentes de medidas de protección residencial que llevaban tiempo dentro del sistema de protección de menores (Del Pozo, De Bolger, Kaltner,. 2021). En este sentido, en un estudio realizado nivel nacional, el 93% de los adoptados tras un acogimiento afirmaron haber tenido contacto directo con algún miembro de su familia biológica tras la adopción (Ward et al., 2022).

En Sudáfrica, la Ley de la Infancia de 2005 (*Children's Act 2005*) permite la celebración de acuerdos de contacto post-adoptivo entre la familia biológica y la adoptiva, aunque éstos no podrán ser celebrados sin el consentimiento del niño que pueda comprender sus implicaciones. También se establecen otra serie de cuestiones como el papel de mediación de las entidades públicas, o la necesaria ratificación judicial de dichos acuerdos[53].

Si el modelo de los países mencionados parte, en muchos casos, de un acuerdo entre las dos familias sancionado posteriormente por la autoridad, en Europa, con un sistema público de adopción, la iniciativa de abrir la adopción corresponde, eminentemente, no a la iniciativa privada sino a la administración pública.

Así ocurre en el Reino Unido, donde la Ley de Adopción e Infancia de 2002 (*Adoption and Children Act 2002*), modificada por la Ley de Infancia y Familias de 2014 (*Children and Families Act 2014*), cuyas disposiciones relativas al contacto post-adoptivo se aplican en Inglaterra, Gales y Escocia[54], contempla la posibilidad de que el tribunal dicte una resolución para que determinadas personas puedan mantener contacto posterior a la adopción con el adoptado, incluyendo en estos contactos no solo a la familia biológica en sentido estricto (Sabater Bayle, 2016-1:2). De forma similar, en Irlanda del Norte, la Ley de Adopción e Infancia de 2022 (*Adoption and Children Act 2022*)[55], prevé la posibilidad de que el juez, al constituir la adopción, proponga el mantenimiento de determinados contactos, no solamente en relación a personas emparentadas con el niño, sino a "*cualquier persona con la que el menor haya convivido durante al menos un año*"[56]. En la práctica, en el Reino Unido, tras la publicación de una encuesta que examinó la experiencia de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte en la adopción, se estimó que el 86% de las familias adoptivas tenían, al menos, un acuerdo de contacto indirecto con algún miembro de la familia biológica de sus hijos, mientras que sólo el 22% de las familias adoptivas tenían, al menos, un acuerdo de contacto directo (Adoption UK, 2023). Sin embargo, muchas familias adoptivas manifestaron estar dispuestas a mantener un contacto más directo con los miembros de la familia biológica de sus hijos (Adoption UK, 2023).

En Malta la adopción abierta se prevé en el Código civil. Sin embargo, su definición se encuentra en la Ley de Administración de Adopciones de 2008 (*Adoption Administration Act 2008*). Así, en el caso de un niño que haya cumplido los 11 años, el tribunal puede, en su interés superior, al decretar la adopción, autorizar la adopción abierta propuesta por un organismo acreditado y aprobado por el Consejo de Adopción, a través de un acuerdo por el cual los padres, o la familia biológica, mantendrán contacto con el niño. Tanto el niño como las partes deben consentir, y cualquier modificación del acuerdo de contacto debe ser aprobado por el juez[57].

En los Países Bajos, el Código civil establece la posibilidad de que tanto el adoptado como la familia adoptiva tengan contacto con la familia biológica. En este sentido, si el menor, en el momento de la adopción, mantiene contacto personal con un progenitor, el tribunal puede ordenar que siga teniendo derecho a relacionarse con él en virtud de un derecho de visita parental. Se reconoce así el derecho del niño a mantener un contacto con sus padres y con las personas con las que mantiene una estrecha relación personal, y, a petición de ellos, el tribunal podrá ordenar el ejercicio del derecho de visita[58].

En Portugal, el Código civil permite, con una regulación muy similar a la española, que excepcionalmente, atendiendo a la edad del adoptado, a su situación familiar o, a cualquier otra circunstancia, pueda establecerse el mantenimiento de

alguna forma de contacto personal entre el adoptado y su familia biológica, favoreciendo especialmente la relación entre hermanos, siempre que los padres adoptivos consientan dicho mantenimiento y ello redunde en beneficio del adoptado[59].

En Suiza, en el Código civil, tras la modificación de 2016 (que entró en vigor el 1 de enero de 2018) se incorporó la posibilidad de los padres biológicos y adoptivos acuerden que los padres biológicos tengan derecho a un contacto razonable con el niño, siempre que haya acuerdo entre ambas familias y que el niño lo acepte[60].

En Alemania, la Ley de Apoyo a la Adopción (*Adoptionshilfe-Gesetz*), de 12 de febrero de 2021, apostó por un enfoque abierto de la adopción, tanto en relación al derecho del adoptado a conocer sus orígenes, como a la apertura relacional de la adopción entre las tres partes del triángulo adoptivo[61]. Esta Ley introdujo diversas modificaciones en la Ley de Colocación y Apoyo a la Adopción y de Prohibición de la Gestación Subrogada (*Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*), entre ellas, la posibilidad del intercambio de información o contacto antes y después de la adopción[62]. Antes de la adopción, las agencias de colocación de adopciones, de acuerdo con los padres biológicos, los adoptivos y el niño, proponen al juez si se debe producir un intercambio de información o de contacto entre ellos tras la adopción y de qué manera, y, si se decide que la adopción va a ser abierta, se realiza un seguimiento de dichos contactos[63].

En Italia, la Ley N.º 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el derecho del niño a una familia (*Legge N.º 184, 4 maggio 1983, diritto del minore ad una famiglia*), establece que la adopción cesa la relación del adoptado con su familia de origen[64]. Sin embargo, recientemente, la Ley N.º 173, de 19 de octubre de 2015, sobre el derecho a la continuidad afectiva de los niños en acogimiento familiar (*Legge N.º 173, 19 ottobre 2015, sul diritto alla continuita' affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*), la modificó, reconociendo el derecho a mantener vínculos y contactos con las familias de acogida tras finalizar el acogimiento[65], pero sin referirse a las familias biológicas.

Finalmente, cabe destacar el caso de Irlanda, donde la introducción de la adopción abierta ha sido sometida a consulta pública[66]. En 2019, el Departamento de Infancia y Juventud publicó la "Revisión y consulta sobre la posible introducción de la adopción abierta o semiabierta en Irlanda"[67], en cuyas conclusiones se apunta que "*el modelo cerrado de adopción pueda tener un impacto perjudicial en el desarrollo del niño adoptado de un sentido de identidad saludable*". En este contexto de una mayor apertura, en 2022 se aprobó la Birth Information and Tracing Bill 2022 que estableció un procedimiento de acceso a los orígenes[68].

Este breve recorrido por la regulación de la adopción abierta en países de nuestro entorno permite concluir que la introducción de esta institución en España responde a una tendencia evidente en el Derecho comparado de adopción

de este milenio con algunas condiciones: propuesta pública, mediada y sometida a aprobación del juez que será quien determine las personas de la familia biológica, o allegados, a las que se abrirá la adopción, la frecuencia de los contactos, su modalidad, etc. Y por supuesto, condicionando la apertura, en todo caso, al interés superior del niño.

III. IMPLANTACIÓN DE LA ADOPCIÓN ABIERTA EN ESPAÑA

Como hemos mencionado, la adopción abierta ha sido bien acogida por el mundo profesional. Así lo han puesto de relieve diversos estudios (Berástegui Pedro-viejo y Rosser Limiñana, 2017; Diez Riaza, 2018; Martin Irigoyen, 2020; Serrano Molina, 2018), que, sin embargo, subrayan la necesaria adaptación de todo el sistema de protección a esta nueva figura. Esta adaptación implica, entre otras cosas, la imprescindible formación en mediación de los profesionales, pero también la adaptación "cultural" de familias de origen, adoptantes y acogedoras, y, sobre todo, de los niños, cuestión que indudablemente lleva su tiempo. Asimismo, destacan la importancia de la ya mencionada necesidad de revisar todo el procedimiento administrativo adoptivo, tanto el previo a la adopción (información, idoneidad, preparación…), como al apoyo y acompañamiento post adoptivos (Gómez Bengoechea, 2016).

Conocido ya el contexto normativo en el que se produce la incorporación de la adopción abierta al sistema de protección de menores español, es necesario analizar, más allá del ámbito puramente legislativo, hasta qué punto se ha producido esta necesaria revisión de los procedimientos y apoyos y se ha incorporado el uso de esta medida. Con esta intención se realizó el estudio de campo cuyos resultados se exponen a continuación.

Esta parte de la investigación está basada en una encuesta realizada en 2022 a las distintas Comunidades Autónomas con el objeto de poder describir la situación en relación con la adopción abierta, y actualizar los datos sobre su nivel de desarrollo e implantación en España casi ocho años después de su incorporación a nuestro sistema jurídico.

La investigación replica parcialmente la realizada en 2017[69], en los inicios de la introducción de la medida, aunque ampliando y reformulando algunas de las preguntas, por encontrarnos en un momento radicalmente distinto. A continuación, se exponen los resultados de ambas encuestas de manera comparativa, y se reflexiona sobre algunas cuestiones que plantean estos resultados.

Para llevar a cabo este estudio de campo hemos contado con la colaboración de la Dirección General de Derechos de la infancia y adolescencia del Ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030, que nos facilitó los contactos de los Direc-

tores Generales de infancia de las diversas Comunidades Autónomas, Ciudades Autónomas, Consejos Insulares y Diputaciones Forales y, además, les remitió una comunicación respaldando el estudio y solicitando su participación.

En noviembre de 2022 enviamos la solicitud de colaboración a todas las administraciones citadas[70], adjuntando un cuestionario con preguntas sobre la inclusión de la adopción abierta en todo el procedimiento de adopción (información, formación, idoneidad, selección y acompañamiento post-adoptivo de familias), los casos en los que se plantea como medida adecuada para los niños necesitados de cuidado familiar alternativo (perfiles, número, etc.), y el modo en que se llevan a cabo los contactos y/o comunicaciones entre el niño y su familia de origen (cauce, frecuencia, miembros de la familia con los que se mantiene el contacto, etc.).

Aunque las preguntas se planteaban de forma cerrada, cada apartado tenía un epígrafe de observaciones para que se pudieran aclarar o destacar aspectos relevantes. Adicionalmente, solicitamos información específica de cada adopción abierta tramitada desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015 y la posibilidad de participar en entrevistas cualitativas, resultados que expondremos en un estudio posterior.

Respondieron el cuestionario todas las Comunidades Autónomas, Diputaciones Forales y Consejos Insulares, menos Aragón y Cataluña, que nos informaron que no habían propuesto todavía adopciones abiertas en su territorio y, por lo tanto, no tenía sentido para ellas contestar el cuestionario. Tampoco se recibió respuesta de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

A continuación, presentamos los resultados de esta encuesta estructurados en función de las distintas etapas del procedimiento de adopción y en comparación con los resultados de 2017. En este momento es importante destacar dos cuestiones que diferencian ambos estudios. En primer lugar, en 2017 participaron las 17 Comunidades Autónomas, pero en 2022 han participado de forma independiente cada una de las Diputaciones Forales del País Vasco y Consejos Insulares de Baleares. En esta ocasión ha resultado relevante diferenciar los procedimientos, ya que se trata de organismos autónomos con diversas prácticas. En la exposición de resultados presentaremos los datos brutos con el objetivo de ofrecer una mayor transparencia.

Por otro lado, aunque la lógica del cuestionario es la misma y en muchas ocasiones las opciones de respuesta también, en la encuesta de 2022 se han matizado y planteado opciones de respuesta adicionales respecto a las de 2017 en algunas preguntas que se explicitarán en los resultados. Como última aclaración, nos referiremos genéricamente a Entidad Pública (EP) para hacer referencia a cada una de las autoridades que responde, ya sea de Comunidad Autónoma, de Consejo Insular o de Diputación Foral.

III.1. Adopciones abiertas realizadas

Se han comunicado, al menos, un total de 315 propuestas de adopción abierta realizadas por las EP desde la aprobación de la Ley 26/2015 hasta 2022. Entre ellas, algunas estaban ya constituidas y otras en tramitación, sin fecha de constitución judicial[71].

Por tanto, el número de adopciones se ha multiplicado por 8 con respecto a 2017, momento en el cual solo se tenía constancia de 8 adopciones abiertas tramitadas y 28 en trámite en todo el territorio español. En 2017, 10 EP (el 58,8%) no tenían ningún tipo de experiencia en adopción abierta; en 2022 el número ha bajado a 6 (25%).

Para tratar de clarificar para qué supuestos y perfiles de niños necesitados de protección se está utilizando la adopción abierta, es interesante fijarse, en primer lugar, en la medida de protección a la que estaban sujetos antes de la propuesta. La mayoría de las EP considera que estas adopciones se producen con poca frecuencia o nunca tras un acogimiento permanente (54,1%), temporal (58,3%) o como medida desde un inicio (62,5%). Por el contrario, las EP que promueven estas adopciones en algunas ocasiones o con frecuencia tras el acogimiento permanente constituyen el 25%, tras el acogimiento simple el 25%, o como primera medida el 20,8% (*ver Tabla 1*). Es decir, las adopciones abiertas se producen de forma excepcional en la mayoría de los territorios, y no como medida preferente[72], sin perder de vista que hay un importante porcentaje de EP que afirman que en algunas ocasiones o con frecuencia los niños proceden de un acogimiento previo (simple o permanente).

En segundo lugar, es preciso detenerse en los familiares con los que se abre la comunicación, es decir, con los que se establece el acuerdo de contacto. Sobre esta cuestión, la mitad de las EP declaran que con hermanos muy frecuentemente o algunas veces (50%), también la mitad afirma que con abuelos u otros familiares algunas veces o con poca frecuencia (50%), mientras que con progenitores la mitad de las respuestas se corresponden con las opciones con poca frecuencia o nunca (50%). Con respecto a la mediación del contacto, las EP reportan puntuaciones muy repartidas, siendo más o menos similares las que consideran que el contacto mediado es frecuente (37,5%) o infrecuente (33,3%).

Finalmente, con respecto a los tipos de contacto, el que se considera muy frecuente por un mayor número de EP son las visitas (58,3%), frente a las llamadas telefónicas (33,3%), el envío de fotografías (33,3%) y las cartas (20,8%). Es decir, el tipo de contacto más frecuente son las visitas.

Tabla 1: Frecuencia de adopciones abiertas tramitadas por las EP en los siguientes supuestos

		Muy frecuentemente	Algunas veces	Con poca frecuencia	Nunca	No contesta
MOMENTO	Tras acog. permanente	0	7	4	9	5
	Tras acog. temporal	4	2	4	10	5
	desde el inicio	3	2	6	9	4
FAMILIARES	Abuelos, tíos u otros	0	6	6	8	4
	Padres	0	3	8	9	4
	Hermanos	10	2	3	5	4
MEDIACIÓN	No mediado	3	6	5	4	6
	Mediado	7	3	6	3	5
MODOS	Visita	8	6	2	3	5
	Llamada telefónica	4	4	5	6	5
	Envío de fotografías	1	7	4	7	5
	Carta	1	4	6	8	5

III.2. Procedimiento adoptivo

Una vez hecha una primera aproximación al modo en que se está utilizando la adopción abierta como medida de protección, nos detenemos en el análisis de su incorporación a las distintas etapas del procedimiento adoptivo.

III.2.A. Información y presentación del ofrecimiento

El proceso de adopción se inicia con la información a las posibles familias adoptantes, la formación y, en su caso, la presentación del ofrecimiento para

adoptar. Que quienes muestran interés por la adopción reciban una información completa del proceso, y se formen en los especiales retos que presenta la paternidad adoptiva es fundamental. En relación con nuestra investigación, resulta especialmente importante, también, que en esta etapa se incorporen las particularidades que aporta la existencia de contacto en la adopción, tanto en lo informativo como en lo formativo y en lo que tiene que ver con la captación de posibles familias adoptantes.

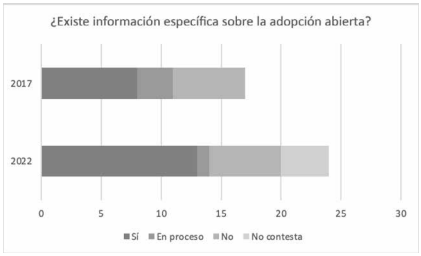
Presentamos a continuación los resultados relacionados con esta etapa (*ver Tabla 2*).

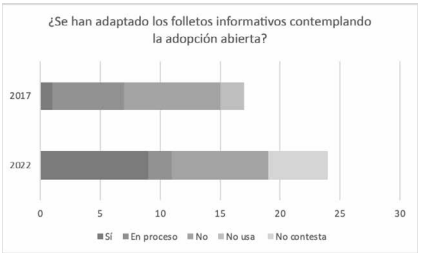
En primer lugar, con respecto a la información, la mayoría de las EP (54,1%) disponen de información específica sobre la adopción abierta. En relación con los modos de informar, las charlas y sesiones informativas se han adaptado mayoritariamente teniendo en cuenta la posibilidad de contacto con la familia de origen (79,1%); también los cursos de formación (62,5%) y los formularios de ofrecimiento para la adopción (50%). El 33,3% de las EP ha adaptado sus folletos, y se han adaptado en menor grado las webs informativas, que, o no se han modificado en este sentido (37,5%), o está en proceso (25%). Salvando lo relacionado con las páginas web (cuestión en la que solo una EP ha mejorado), el avance en la incorporación de la adopción abierta a la información es significativo respecto a los resultados de 2017, que mostraban cómo la adaptación de información, formación y ofrecimientos estaba mayoritariamente en proceso o no iniciada.

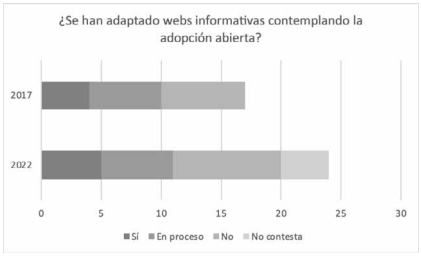
En cuanto a los destinatarios de esta información y formación específicas, ha descendido el número de EP que informa sobre la adopción abierta a las familias acogedoras (29,1% en 2022 vs 64,7% en 2017) y son minoritarias las EP que tienen en cuenta esta cuestión en los planes de formación para familias acogedoras (25%) frente a las que no lo hacen (50%).

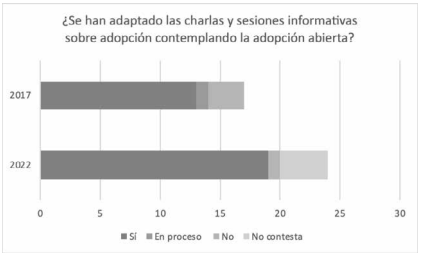
Es importante relacionar esta información con los datos, ya expuestos, de las EP que se plantean la adopción abierta para niños procedentes del acogimiento, y con el hecho de que solo 5 de ellas no se plantean esta posibilidad tras un acogimiento de larga duración previo. En general se maneja esta posibilidad, con mayor o menor frecuencia, pero no se informa ni se forma a los acogedores sobre lo que implica una adopción abierta.

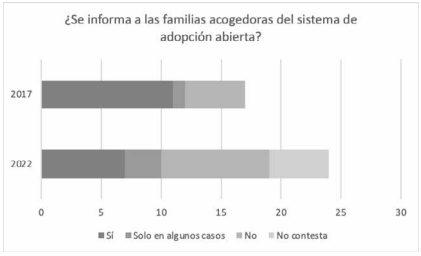
Tabla 2: Incorporación de la AA en los procesos de información y formación (Gráficos comparativos de frecuencias 2017 vs. 2022)

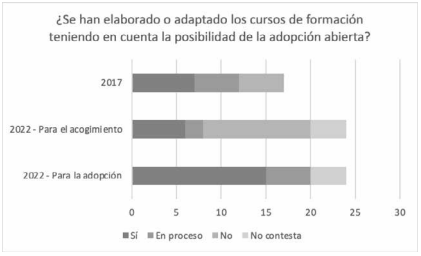


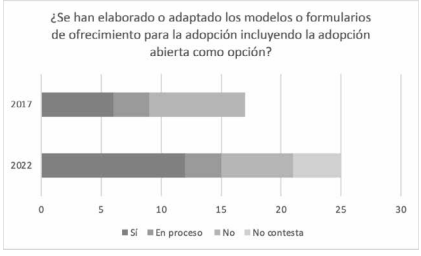


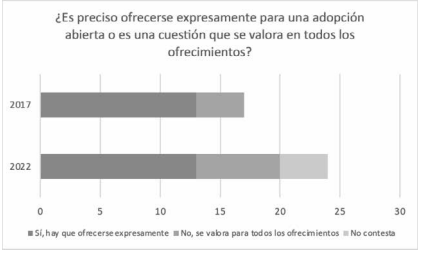












Finalmente, sigue siendo mayoritaria la condición de ofrecerse expresamente para una adopción abierta para ser valorado para ella (54,1% en 2022 y 76,4%

en 2017), frente a la posibilidad alternativa de valorar esta opción por defecto en todos los ofrecimientos. Aunque por los porcentajes pudiera parecer que la valoración por defecto ha aumentado de 2017 a 2022, la realidad es que la diferencia se debe al número de EP que no han contestado a esta pregunta en la última encuesta.

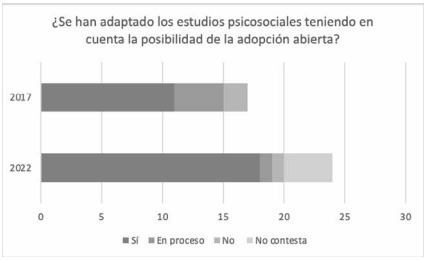
III. 2.B. Informes psico-sociales e idoneidad

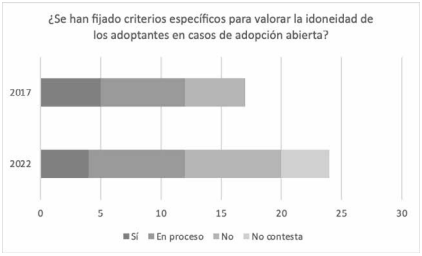
Pasadas las fases de información y formación, y una vez formulado el ofrecimiento, la siguiente etapa del procedimiento adoptivo tiene que ver con la valoración de la idoneidad para la adopción. En un momento como este, en el que se valoran las motivaciones, aptitudes y capacidades para ser padres adoptivos y se declara la idoneidad o no idoneidad de la familia para la adopción, es fundamental incorporar la perspectiva de la adopción abierta, que implica particularidades y retos importantes, para los que es preciso estar adecuadamente motivados y preparados.

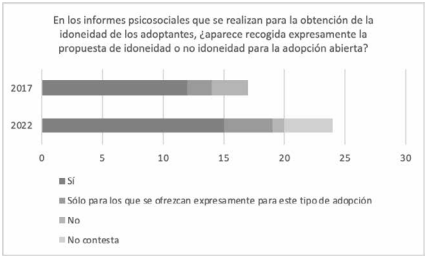
Con respecto a la elaboración de los informes psicosociales y la valoración de la idoneidad (*ver Tabla 3*), una amplia mayoría de las EP ha adaptado sus estudios psicosociales teniendo en cuenta la posibilidad de una adopción abierta (75%). También la mayoría recoge expresamente, en los informes psicosociales resultado de estos estudios, la propuesta de idoneidad para la adopción abierta (62,5%), opción que ya era mayoritaria en 2017. Además, 4 EP (16,6%) lo recogen también en los casos en los que el ofrecimiento para la adopción abierta haya sido explícito. Solo una EP señala que no incorpora esta cuestión a los informes psicosociales.

Sin embargo, estando presente la adopción abierta en los estudios y los informes, son pocas las EP que han establecido criterios fijos específicos para valorar la idoneidad de los adoptantes en caso de adopción abierta (16,6%). La mayor parte de las EP dicen no tener criterios en este sentido o no han contestado a la pregunta (50%). Paradójicamente ha descendido el número de las que no tienen criterios fijos (eran el 29,4% en 2017 vs. 16,6% en la actualidad) y el número de las que no lo han hecho (o no lo han contestado) es mayoritario (50% de 24). Un 33,3 % dicen encontrarse en proceso de fijarlos (casi como en 2017).

Tabla 3: Incorporación de la AA en los procesos de valoración de la idoneidad (Gráficos comparativos de frecuencias 2017 vs. 2022)







III.2.C. Adoptabilidad y asignación

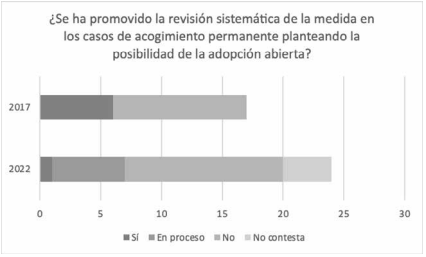
Una parte muy importante del procedimiento de adopción tiene que ver con la determinación de qué medida de protección es mejor para cada niño concreto, y en la selección de la familia concreta que mejor puede atender a sus necesidades. Es decir, en relación con nuestra investigación, en concretar, por una parte, en qué casos se está planteando o seleccionando la adopción abierta como posibilidad o como mejor opción; y, por otro lado, si hay criterios especiales, además de la necesaria idoneidad, para elegir a la familia a la que se va a incorporar como hijo un niño que va a mantener algún tipo de contacto con algún miembro de su familia biológica.

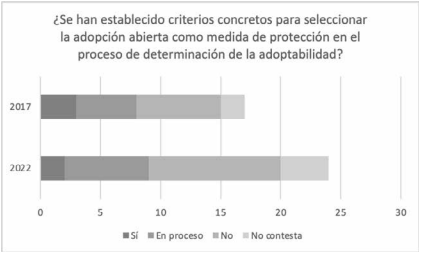
En este sentido, nos hemos detenido a examinar si la adopción abierta se está utilizando para dar estabilidad en la protección a niños que se encuentran en acogimiento permanente, transformando una medida temporal en una definitiva. En relación con esta cuestión, la mayoría de las EP responde que no ha realizado una revisión sistemática de los casos de acogimiento permanente para valorar la posibilidad de la adopción abierta. Llama la atención que el porcentaje de EP que dicen no haber hecho esta revisión es mayor que en 2017, cuando se consideraba

en mayor medida que sí se había revisado (35,2%). En la actualidad la mayor proporción es la de quienes consideran que esta revisión está en proceso (25%)

Con respecto a la selección de la medida y en qué casos considerar a un niño adoptable con contacto, la mayoría de las EP considera que no han establecido criterios concretos para tomar esta decisión (45,8%), siendo este porcentaje algo mayor que en 2017 (41%).

Tabla 4: Incorporación de la AA en los procesos de adoptabilidad y asignación (Gráficos comparativos de frecuencias 2017 vs. 2022)





Las cuestiones relacionadas con la adoptabilidad y la selección de la adopción abierta como medida de protección se han analizado en mayor profundidad que en 2017, por lo que disponemos de una información más matizada sobre esta parte del proceso. En primer lugar, se ha explorado en qué situaciones se promueve la adopción abierta con mayor frecuencia (*ver Tabla 5*). La mayoría de las EP no plantea la adopción abierta como la opción por defecto (70,8%), frente a las 3 EP (12,5%) que sí lo plantean. La mayoría de las EP tampoco la plantea para renuncias hospitalarias (66,6%) ni para las adopciones como primera medida[73](62,5%). Se plantea para niños en acogimientos de larga duración típicamente en algunos casos (37,5%), y muy frecuentemente en casos de hermanos (41,6% en la mayoría y 33,3% en algunos).

Tabla 5: Incorporación de la AA en los procesos de adoptabilidad (frecuencia)

	Sí, en la mayoría de los casos	Sí, en algunos casos	En muy pocos casos	No, en ningún caso	No contesta
¿Se plantea la adopción abierta para adopciones tras renuncias hospitalarias?	0	1	3	16	4
¿Se propone la adopción abierta como primera medida de protección en casos en los que no ha habido renuncia hospitalaria ni los niños han pasado por un acogimiento previo?	1	2	9	6	6
¿Se plantea la adopción abierta en casos de separación de hermanos cuando alguno de ellos es adoptado?	10	8	2	0	4
¿Se propone la adopción abierta para niños con un acogimiento previo de larga duración?	2	9	4	5	4

Finamente, con respecto a la preparación de los distintos implicados durante el proceso de adoptabilidad y asignación *(ver Tabla 6)* en la mayoría de las EP no existen protocolos de preparación para la adopción abierta para los niños (45,8%), las familias biológicas (50%) o las familias acogedoras que hacen la transición hacia una adopción abierta (62,5%).

Tabla 6: Incorporación de la AA en los procesos de adoptabilidad (frecuencia)

	Sí	En proceso	No	No contesta
¿Existe un procedimiento/protocolo de preparación para los niños que van a ser adoptados en forma abierta?	3	6	11	4
¿Existe un procedimiento/protocolo de preparación para las familias que pasan de ser acogedoras permanentes a adoptantes abiertas?	1	4	15	4
¿Existe un procedimiento/protocolo de preparación para las familias biológicas cuyos hijos van a ser adoptados en forma abierta?	2	6	12	4

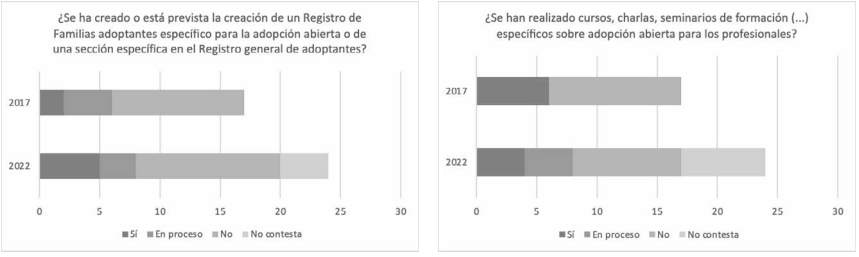
Con respecto a la asignación propiamente dicha, es decir, la elección de la mejor familia para cada niño de entre todas las declaradas idóneas, por lo general

se realiza sin diferencias con las adopciones sin contacto (45,8%), pero sí las hay en algunas EP (25%) y en 3 EP esta cuestión está en proceso (12,5%). Con respecto a estas diferencias, una EP señala que la propuesta de asignación fundamenta la necesidad de la adopción abierta para el bienestar del menor. Cuando se considera que la adopción abierta responde al interés superior del niño, algunas EP seleccionan directamente familias idóneas para la adopción abierta y otras seleccionan la familia más adecuada de la bolsa común y se les expone la conveniencia de una adopción abierta para que la familia acepte o no. Finalmente, una EP propone un primer contacto o entrevista con la familia biológica dentro de este proceso.

III.3. Planificación, constitución y fase post-adoptiva

Con respecto a la evolución del proceso de planificación y seguimiento post-adoptivo (*ver Tabla 7*), por lo general sigue sin existir un registro o una sección específica para la adopción abierta (50%), como ya sucedía en 2017. De igual manera, como en 2017, un gran número de EP no tiene procesos de formación consolidados sobre adopción abierta para profesionales (37,5%), aunque varias los tienen en proceso y se ha reducido el número de las que no los tienen. En relación con esta última cuestión, las EP que respondían que sí tenían formación específica era mayor en 2017 que en la actualidad; este "retroceso" probablemente tenga que ver con un cambio en la percepción de las necesidades formativas por parte de los profesionales.

Tabla 7 Incorporación de la AA en los procesos de planificación y seguimiento (Gráficos comparativos de frecuencias 2017 vs. 2022)



De nuevo, la investigación sobre aspectos de planificación, constitución y seguimiento post-adoptivo ha sido más extensa que en 2017, lo que nos ha permitido recoger una información más matizada. Sin embargo, es importante destacar el notable número de EP que no ha contestado a las preguntas de este

apartado, en la mayor parte de los supuestos por no haber tramitado adopciones abiertas.

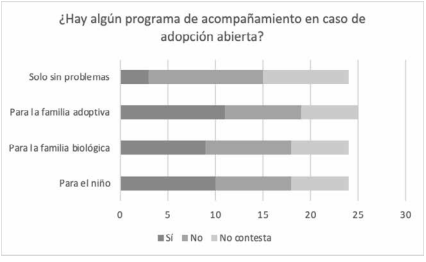
En primer lugar, la iniciativa para la adopción abierta parte de la EP en la mayoría de los casos (70,8%). Son pocas las EP que tienen experiencia de que otros agentes hayan propuesto alguna vez una adopción abierta, como la familia biológica (25%), la familia acogedora o adoptiva (29,1%) u otros (33,3%). Las propuestas de adopción abierta son mayoritariamente acogidas por los jueces tal y como se proponen (62,5%), y en un caso se menciona que se aceptan con modificaciones (4,1%).

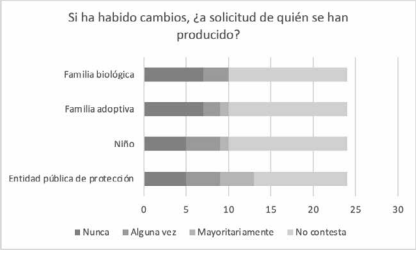
Mayoritariamente, las EP no disponen de modelos de acuerdo regulador del régimen de contacto (41,6%), modelos que solo están disponibles en 4 EP (16,6%) y en proceso en 6 más (25%).

El seguimiento post-adoptivo y los informes se realizan mayoritariamente por el servicio de adopciones (54,1%), aunque 5 EP (20,8%) cuentan con entidades delegadas para esta tarea y una EP contesta que depende de los casos. Trascurridos los dos años de seguimiento obligatorio de la medida, marcado por la ley, los expedientes se mantienen abiertos y el seguimiento continúa en el 29,1% de las EP, mientras que 6 EP (25%) mantienen abiertos los expedientes o los cierran en función del caso, y 2 EP (8,3%) cierran los expedientes automáticamente.

Con respecto a los cambios en los acuerdos, 9 de 24 EP (37,5%) nunca han abordado cambios, 8 de 24 (33,3%) lo han hecho alguna vez, y ninguna las tiene con frecuencia, estando muy repartido a solicitud de quién se inician estos cambios, en su caso, aunque la EP es quien los promueve en mayor porcentaje (16,6%). Aproximadamente la mitad de las EP cuentan con programas de acompañamiento de la adopción abierta para el niño, la familia biológica o la familia adoptiva y la otra mitad no. Por lo general estos servicios no se ponen en marcha solo frente a la detección de problemas, sino que están siempre activos, (50%).

Tabla 8: Incorporación de la AA a los procesos de planificación y seguimiento (Gráficos de frecuencias 2022)





En relación con las barreras y fortalezas de la adopción abierta, numerosas EP consideran que en su territorio hay barreras importantes para su implantación (45,8%) y que no hay especiales fortalezas (45,8%), mientras que 9 EP (37,5%) no identifican especiales barreras y 6 (25%) consideran que tienen algunas fortalezas para la implantación de esta medida. Las barreras mencionadas con mayor frecuencia tienen que ver con la falta de formación de los profesionales, la falta de procedimientos y protocolos, y la falta de medios personales. Algunas EP mencionan el desconocimiento, el miedo y los prejuicios hacia esta medida, o la existencia de barreras culturales. En cuanto a las fortalezas, algunas EP destacan la formación de los equipos, su preparación técnica y experiencia, a veces incluso previa a 2015, y la resolución positiva de las propuestas en la instancia judicial.

IV. CONCLUSIONES

I. La adopción abierta, junto al reconocimiento del adoptado a tener acceso a sus orígenes, cuestiones ambas introducidas en el Derecho español en los últimos años, forman parte de una tendencia legislativa global, basada en evidencias científicas, de que contribuyen significativamente al éxito de las adopciones al promover el desarrollo saludable de la identidad de los niños, adolescentes y adultos adoptados, ayudándoles a integrar su condición de adoptados en la imagen que tienen de sí mismos. (Garriga Gorina, 2000; Garcia Villaluenga y Linacero de la Fuente, 2006). Además este tipo de adopción se inscribe también en una progresiva tendencia a la diversidad familiar en otros ámbitos (Goldberg. 2019).

II. Aunque la adopción que mantiene algún tipo de vínculo con la familia de origen no es totalmente novedosa en Derecho español, la adopción simple es un antecedente relativo, ya que en aquella se buscaba mantener el vínculo jurídico a efectos sucesorios y/ de apellidos, pero el contacto era desaconsejado, mientras que el objetivo de la adopción abierta es el contrario: el mantenimiento de contactos sin vínculos jurídicos. La amplia y reciente regulación de la adopción simple en Francia y otros países europeos que se traduce, en la práctica, en una doble filiación del adoptado, debería introducirse en España fundamentalmente en las adopciones intrafamiliares en las que no interviene la Entidad Pública de protección (Sánchez Cano, 2018). La ruptura total con la familia de uno de los dos progenitores no tiene sentido en el contexto de las actuales relaciones familiares, y en estos casos, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, la adopción abierta no parece procedente.

III. En el marco del Derecho comparado encontramos dos grandes tradiciones respecto a la apertura en la adopción, la de las adopciones privadas, especial-

mente las estadounidenses, con larga experiencia en la adopción con contacto, y la de las adopciones públicas, principalmente de ámbito europeo, en las que la adopción abierta se contempla más recientemente como una posible solución para ofrecer permanencia y preservar algunos vínculos o proteger la identidad en algunos casos en los que el superior interés del niño lo aconseje. En ambas tradiciones se refleja una gran diversidad de opciones bajo el paraguas de la adopción abierta, en relación con variables tales como las personas implicadas en la comunicación, el grado de mediación y formalización, la eficacia de los acuerdos entre las dos familias, el tipo de comunicación, o la periodicidad de la misma. En todas estas regulaciones, un elemento esencial es la conformidad con la apertura tanto del niño como de las dos familias, y esta es, quizá, la mayor carencia de la regulación prevista en el CC, que no requiere el consentimiento, imprescindible, de la familia de origen.

IV. La introducción de la adopción abierta en nuestro país tuvo sus antecedentes en la Comisión especial del Senado en 2010, en el marco de la cual fue reclamada por varios de los expertos, procedentes de ámbitos diversos. Finalmente se incluyó en el CC en 2015, a imagen y semejanza de lo que estaban haciendo legisladores de nuestro entorno. La regulación de la adopción abierta en el CC es deliberadamente flexible con la intención de que sean los legisladores autonómicos, y la práctica administrativa de las entidades públicas, los que desarrollen sus elementos principales. A pesar de ello, solo cuatro Comunidades Autónomas han regulado hasta ahora la adopción abierta, y estas regulaciones son muy recientes. No parece procedente, como hace la Ley valenciana o la navarra (con una redacción idéntica a la anterior), considerar la adopción abierta como la preferente, como tampoco debe ser preferente la adopción tradicional, ya que no siempre una determinada modalidad de adopción es la más consistente con el interés superior del niño.

V. El estudio de la jurisprudencia evidencia que la prioridad de las relaciones fraternas se está sancionando judicialmente, así como en algún caso las relaciones con abuelos. Sin embargo, las solicitudes de relaciones con progenitores que han llegado a los tribunales han sido negadas. Los jueces en ocasiones también niegan la apertura en las adopciones intrafamiliares, especialmente en los casos de padres/madres viudos y vueltos a casar, cuyos hijos han sido adoptados por el nuevo cónyuge y mantienen el contacto con los abuelos biológicos (padres del progenitor fallecido).

VI. El número de adopciones abiertas, constituidas o en trámite durante estos años, ha crecido notablemente desde 2017, pero es desigual entre los distintos territorios, ya que, aunque se ha multiplicado por ocho desde entonces, hay 6 EP que no han propuesto ninguna desde 2015. Además, si examinamos las cifras aportadas, podemos concluir que no existe una relación directa entre éstas y el modo en que se

regula la adopción abierta en el ámbito autonómico. Así ocurre en Cataluña, donde existe legislación reguladora de esta medida de protección propia y previa a 2015, pero que manifiesta no haber constituido ninguna adopción abierta ni tener ninguna en trámite. De modo similar, la Comunidad Valenciana y Navarra la contemplan en sus leyes como opción por defecto, pero esta regulación no se corresponde con las cifras que se aportan, que resultan escasas en relación con las de otras Comunidades en las que no se plantea como prioritaria. En el caso de Andalucía y País Vasco, también tenían normas propias previas, pero estos casos sí que existe mayor coherencia con los casos de adopciones realizadas o tramitadas. Por consiguiente, esta desigual implantación territorial de la figura, que además no correlaciona con el desarrollo normativo autonómico de la misma y que se presenta unida a la aceptación general de las propuestas de adopción abierta por parte de los jueces, probablemente responde a una falta de decisión de los equipos técnicos de las EP de impulsarla, debida, quizá a una falta de formación y reflexión colectiva sobre su uso y utilidad. De hecho, son ya varias las EP que se han puesto al habla con las autoras de este artículo para solicitar formación sobre esta la materia.

VII. En relación con la incorporación de la adopción abierta al procedimiento adoptivo, es amplia en las fases de información y formación de los futuros adoptantes, aunque son pocas las EP que tienen en cuenta esta cuestión a la hora de informar y formar a las familias acogedoras. Esta cuestión resulta especialmente relevante, ya que es frecuente que los niños lleguen a la adopción abierta después de un tiempo de acogimiento familiar.

Con respecto a la idoneidad, cada vez más se adaptan los estudios psicosociales y aparecen las adopciones abiertas en los informes de idoneidad, pero, paradójicamente, parece no haber criterios específicos de valoración de las familias para este tipo de medida. Llama también la atención el importante número de EP que no disponen de modelos de acuerdo para regular el contacto.

A la vista de estos datos, parece que los procedimientos se van adaptando a medida que las primeras adopciones abiertas se van tramitando: primero las fases de información y formación, después la valoración de la idoneidad y finalmente el seguimiento. Por ello, las EP más rezagadas por su falta de formación y procedimientos bien podrían beneficiarse de la experiencia y herramientas generadas por los territorios que han avanzado más en su aplicación.

VIII. En cuanto al modo en que se está empleando, se trata de una medida, en este momento, más bien excepcional, limitada fundamentalmente a hermanos, y con un contacto centrado en las visitas. Mayoritariamente no existen criterios claros para su selección como medida de protección, ni preparación para niños, familia biológica y acogedores que hacen la transición hacia la adopción abierta. Falta también formación para profesionales y técnicos, cuestión también relevante por haber sido señalada como una de las claves de la adecuada aplicación

de esta medida. No existe tampoco, por ahora, una evaluación completa y rigurosa sobre la evolución de los casos existentes y el nivel de bienestar y adecuado desarrollo de los niños involucrados en ellos.

IX. Como conclusión final, tomamos prestadas unas palabras del Servicio Social Internacional que reflejan los principales hallazgos de nuestro trabajo: el carácter excepcional de esta figura que no es adecuada para todos los niños, su necesaria regulación jurídica, el carácter público de su aprobación y supervisión, y la imprescindible preparación de los técnicos que proponen y acompañan: "*la adopción abierta es una opción para ciertos perfiles de niños, con la condición de que se establezcan las garantías indispensables para su buen funcionamiento, como su incorporación a un marco jurídico, su supervisión por una autoridad competente, una preparación exhaustiva y un acompañamiento profesional continuo de las partes involucradas*" (Servicio Social Internacional, 2015-2).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 1 marzo de 2013.
- STS de 17 de marzo de 2016.
- AAP de Badajoz de 5 de octubre de 2018.
- AAP de Badajoz de 30 mayo de 2018.
- AAP de las Islas Baleares de octubre de 2018.
- AAP de Salamanca de 9 de marzo de 2020.
- AAP de Soria (Sección 1ª) de 20 julio.
- AAP de Valencia de 15 de junio de 2022.
- AAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2019.
- SAP de Álava de 31 de octubre de 2019.
- SAP de Córdoba de 4 de octubre de 2021.
- SAP de Granada de 26 de octubre de 2021.
- SAP de Murcia de 18 de enero de 2022.
- SAP de Navarra de 22 de noviembre de 2016.
- SAP de Oviedo de 11 de diciembre de 2019
- SAP de Oviedo de 18 de enero de 2021.
- SAP de Valencia de 27 de junio de 2022.
- SAP de Valencia de 30 abril.
- SAP de Vizcaya de 7 de noviembre de 2019.
- SAP de Vizcaya de 7 de marzo de 2019.
- SAP de Zamora de 9 de diciembre de 2020.
- SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2019.
- Resolución de la DGRN 4/2007 de 26 septiembre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2016). La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Thomson Reuters (pp. 33-65).

ADROHER BIOSCA, S. (2018). La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor. *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* nº 796, (pp. 2429-2463).

ADROHER BIOSCA, S. (2019). La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica iberoamericana. En: I. Lázaro González y A. Serrano Molina (dirs.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor don José María Castán Vázquez.* Madrid: REUS (pp.261-273).

ADOPTION UK (2023). The Adoption Barometer: a stocktake of adoption in the UK [En línea], disponible en https://www.adoptionuk.org/Handlers/Download.ashx?IDMF=-6501ceec-87a1-4f03-ab7a-a5b2bcd62edb

ALCALDE MILIA, O. (2023). La adopción abierta en la acogida permanente. Un cambio de paradigma en favor del interés superior del menor. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 29, Junio de 2023, pp. 1-22.

AUSTRALIAN INSTITUTE OF HEALTH AND WELFARE (2021). Adoptions Australia 2020-21. *Child Welfare Series* [En línea], disponible en https://www.aihw.gov.au/getmedia/ba0cca05-5314-49bf-87d7-dcc03a993dc6/aihw-cws-85.pdf.aspx-?inline=true#:~:text=In%202020–21%2C%20264%20adoptions,child%20adoptions%20(Figure%202.1).

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2016). La adopción abierta: De las creencias a los datos. En: R. Arce, B. Amado y M. Vilariño (eds.) *IX Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense: libro de actas* Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense. (pp. 148-150).

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. Y ROSSER LIMIÑANA, A. (2017). Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España. El papel de la mediación. *Mediaciones Sociales,* Vol. 16, (pp. 175-191).

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO R. (1971). Los efectos sucesorios de la adopción. *ADC*, (pp. 929-69).

BLANCO MORALES LIMONES, P. (2015). "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto". *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº. 1, 2015

DEMICK J. Y WAPNER, S. (1988). Open and Closed Adoption: A Developmental Conceptualization. *Family processes*, Vol. 27, Nº 2, (pp. 229 y ss).

CANE, P. Y KRITZERT, H. (2010). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.* Oxford University Press (2 ed.).

CORRAL, S., MARTÍN, N., Y SANZ, M. (2023). Apertura en la adopción: abordaje de orígenes y adopción abierta desde la perspectiva de los profesionales. En prensa.

CRÔNE, R. (2006). *L'adoption: aspects internes et internationaux*. París: Defrénois.

DEL POZO, A. DE BOLGER, D.D. KALTNER, M (2021). "An exploratory study on open adoptions from foster care in NSW, Australia: Adoptees' psychosocial functioning, adoptive relationships, post-adoption contact and supports". *International Social Work*, vol. 64, Issue 1, January 2021, pp 85-100.

GARCÍA VILLALUENGA, L. Y LINACERO DE LA FUENTE, M. (2006). El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* [En línea], disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=1446&tipo=documento),

GARRIGA GORINA, M. (2000). *La Adopción y el Derecho a conocer la Filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial.* Navarra: Aranzadi.

GOLDBERG D.A.E. (2019) *Open Adoption and Diverse Families: Complex Relationships in the Digital Age*. Oxford University Press 2019.

GÓMEZ BENGOECHEA, B. (2016). La adopción. En: C. Martínez García (coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia.* Madrid: Thomson Reuters.

GÓMEZ BENGOECHEA, B. (2017). Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores. En: AAVV *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y de la adolescencia en España.* Sevilla*:* Defensor del pueblo andaluz.

GÓMEZ BENOGOECHEA, B. (2018-1). La implantación de la adopción abierta en España. *Actualidad Civil*, nº2, febrero de 2018.

GÓMEZ BENOGOECHEA, B. (2018-2). El Interés Superior del Niño y la adopción en la legislación española. *LA LEY Derecho de familia*, nº 20, octubre-diciembre 2018, pp. 1-11.

GROTEVANT, H. D. (2000). Openness in adoption: Research with the adoption kinship network. *Adoption Quarterly*, Vol.4, nº1, (pp. 45-65).

GROTEVANT, H. Y D. MCROY, R.T. (1998) *Openness in adoption: exploring family connections.* Thousand Oaks: SAGE Publications.

HIBBS, E. (1991). *Adoption, international perspectives.* Madison, Connecticut: International Universities Press.

HOKSBERGEN R.A.C. (1986). *Adoption in worldwide perspective: a review or programs, policies and legislation in 14 countries.* Swets & Zeitlinger.

JEANNIN, C. (2016). Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH 1993. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*. Thomson Reuters (pp. 387-409).

DIEZ RIAZA, S. (2018). La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más. *Revista de Derecho UNED,* nº. 22, (pp. 159-82).

HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2020). *La adopción abierta A propósito del artículo 178.4 del Código Civil.* B. BOSCH.

LAVALLÉE, C. (2008). Pour une adoption sans rupture de lieu de filiation d'origine dans les jurisdictions de civil law et le common law. *Informations sociales 2008/2*, n° 146, (pp 132-140).

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2016). Instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia. En: C. Beltrá Cabello, M. Sánchez Alonso y M. Linacero de la Fuente, *Tratado de Derecho de Familia Aspectos Sustantivos*. Tirant lo Blanch.

MARTIN IRIGOYEN, I. (2020). Reflexiones en torno al nuevo escenario de la adopción. *Ekaina* [En línea], disponible en https://doi.org/10.5569/1134-7147.71.03

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo *(*dir.*), El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Thomson Reuters (pp. 344 y ss).

MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La Adopción en el Derecho Común Español.* Tirant lo Blanch.

OULLETE, F.R. (2001). L'intérêt de l'enfant adopté et la protection de ses droits. *Etique publique*, vol. 3, nº 1.

PÖSÖ, T. SKIVENES M. THOBURN J. (2021) *Adoption from care. International Perspectives on Children's Rights, Family Preservation and State Intervention.* University Press

RODRIGUEZ MARIN, C. (2022). Adopción, acogimiento y patria potestad. En: F.J. Sánchez Calero (coord), *Curso de Derecho Civil IV Derechos de Familia y Sucesiones*. Tirant lo Blanch (pp.311-39).

SABATER BAYLE, E. (2016-1). La adopción abierta en Derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, (pp. 66-93).

SABATER BAYLE, E. (2016-2). La adopción abierta. En: V. Cabedo Mallol e I. Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios Sobre las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia.* Tirant lo Blanch (pp.288-314).

SÁNCHEZ CANO, M.J. (2018). Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 2, (pp. 642-675).

SERRANO MOLINA, A. (2018). La adopción abierta en España. Medidas para fomentar su aplicación. *Revista de Derecho UNED,* nº. 22, (pp. 287-318).

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL (2015-1). "ADOPCIÓN ABIERTA". Documento Informativo nº 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional [En línea], disponible en https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf).

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL (2015-2). La adopción abierta: Varias velocidades, varias medidas. *Boletin mensual*, nº 194, septiembre 2015.

SIEGEL, D., Y SMITH, S.L. (2012). Openness in adoption. From secrecy and stigma to knowledge and connections. *Evan B. Donaldson Adoption Institute* [En línea], disponible en http://www.adoptioninstitute.org/research/2012_03_openness.html

SMITH, M., GONZÁLEZ-PASARÍN, L., SALAS, M. Y BERNEDO, I. M. (2020). Review of benefits and risks for children in open adoption arrangements. *Child and Family Social Work*, 1-14, [En línea], disponible en https://doi.org/10.1111/cfs.12753

VANDIVERE, S., MALM. K. Y RADEL, L. (2009). Adoption USA: A chartbook based on the 2007 National Survey of Adoptive Parents. *U.S. Department of Health and Human Services, Office of the Assistant Secretary for Planning and Evaluation* [En

línea], disponible en https://aspe.hhs.gov/reports/adoption-usa-chartbook-based-2007-national-survey-adoptive-parents-0

VAZQUEZ-PASTOR JIMENEZ, L. (2017). La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. *Actualidad civil*, nº. 4, abril de 2017.

WARD, H., MOGGACH, L., TREGEAGLE, S., Y TRIVEDI, H. (2022). *Outcomes of open adoption from care: An Australian contribution to an international debate.* Palgrave Macmillan

ZODINS, J. (2019). Adoption. legislation in Australia. *Institute of Open adoption studies. University of Sidney* [En línea], disponible en *https://www.google.com/url?sa=i&rct=-j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=0CAQQw7AJahcKEwiw58myncL9AhUAAAAAHQAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.sydney.edu.au%2Fcontent%2Fdam%2Fcorporate%2Fdocuments%2Ffaculty-of-arts-and-social-*SCIENCES*%2Fresearch%2Fr*

NOTAS

[1] Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación *"La adopción abierta en España seis años después"*, VIII Convocatoria del programa de ayudas a proyectos de investigación Aristos Campus Mundus 2022. (IP: Blanca Gómez Bengoechea).

[2] BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

[3] I+D: "La apertura de la comunicación sobre adopción en España: en camino hacia la adopción abierta" (PSI2013-47197-C3- 1-R). Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad. (IP: Blanca Gómez Bengoechea).

[4] BOE de 25 de abril de 1958.

[5] BOE de 7 de julio de 1970.

[6] BOE de 19 de mayo de 1981.

[7] BOE de 17 de noviembre de 1987.

[8] Resolución de la DGRN 4/2007 de 26 septiembre (JUR\2007\315035); Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) núm. 21/2011 de 20 julio (ECLI:ES:APSO:2011:154A), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) núm. 96/2015 de 30 abril (ECLI:ES:APV:2015:1773) y Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 79/2013 de 1 marzo (ECLI:ES:TS:2013:4642).

[9] A lo largo de este trabajo, aportamos información sobre contenido de Derechos extranjeros que hemos traducido privadamente para mayor facilidad de su lectura.

[10] La Orden N.º 2022-1292, de 5 de octubre de 2022 (*Ordonnace N.º 2022-1292, du 5 octobre 2022*), adoptada en aplicación del artículo 18 de la Ley N.º 2022-219, de 21 de febrero de 2022 (*Loi N.º 2022-219, du 21 février 2022*), destinada a reformar la adopción, modificó algunos de los artículos del Código civil francés relativos a la adopción simple. Artículo 360 del Código civil francés: "La adopción simple confiere al adoptado una filiación que se añade a su filiación de origen según las modalidades previstas en el presente capítulo. La persona adoptada sigue perteneciendo a su familia de origen y conserva todos sus derechos en ella. Las prohibiciones de matrimonio previstas en los artículos 161 a 164 se aplican entre la persona adoptada y su familia de origen" (https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf).

[11] Artículo 358 del Código civil de Luxemburgo: "La persona adoptada permanece en su familia de origen y conserva todos sus derechos y obligaciones en ella, en particular sus derechos hereditarios. Las prohibiciones de matrimonio previstas en los artículos 161 a 164 se aplican entre la persona adoptada y su familia de origen" (https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20220701).

[12] https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/1804/03/21/1804032150_F.pdf

[13] Ley N.º 143/2015, de 8 de septiembre de 2015 (Lei N.º 143/2015, de 8 de setembro) https://files.dre.pt/1s/2015/09/17500/0723207251.pdf.

[14] "El arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales, con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de la adopción plena es, sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva".

[15] Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 135 de 19 de noviembre de 2002. Artículo 9.

[16] BOPF nº122 de 26 de junio de 2008. Capítulo II relativo a los derechos de las personas menores de edad.

[17] BOE núm. 182, de 30/07/2011. Artículo74.1.

[18] Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE núm. 203, de 21/08/2010. Artículo 235.47.4.

[19] JUR\2015\255457.

[20] "El hecho de que se establezca un convenio post-adopción que incluye determinadas visitas con la madre biológica de los menores adoptados, no entra en contradicción con lo establecido en la ley española relativo a la necesidad de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, puesto que el establecimiento de dicho convenio entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos".

[21] BOCG Senado. 17 de noviembre de 2010, núm. 545.

[22] Actas de la Comisión disponibles en https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/documentos/index.html;jsessionid=9L2pkJLLcJWcD183yXPcfHGTw51NxPWvDBYWq1kyN0LFL4hL3KLh!-105224991?legis=9&id1=650&id2=000001.

[23] "Se podrá favorecer, excepcionalmente, en la gestión de la adopción, la posibilidad de contemplar el contacto con la familia biológica cuando sea en interés superior del menor, si así lo aconseja el caso concreto y es propuesto por los técnicos de protección de la infancia".

[24] https://transparencia.gob.es/serviciosbuscador/contenido/normavigente.htm?id=NormaEV03L0-20141701&lang=en&fcAct=Tue%20Jun%2014%2015:57:50%20CEST%202022

[25] Informe de la Fiscalía General del Estado. N/ REF. STC 6/2014-A 14 de julio de 2014.

[26] Informe del 15 de julio de 2014.

[27] Informe del 19 de abril de 2014.

[28] Informe de 3 de octubre de 2014. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia

[29] Informe de 28 de noviembre del 2014.

[30] Se ha propuesto, a imagen del sistema británico, la utilización de la *letter box* o del *life story work,* sabater bayle, e. (2016-2:311).

[31] BOE nº 89 de 13 de abril de 2019.

[32] DOCM nº 51 de 14 de marzo de 2023. Únicamente se señala en el artículo 83, tal y como hacían las normas autonómicas citadas como antecedentes en relación a los hermanos.

[33] Artículo 150.

[34] BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2022. Artículo 153.

[35] BOE nº 189 de 9 de agosto de 2021. Art. 119: Artículo 119.

[36] BOCM núm. 73 del lunes 27 de marzo de 2023. Artículo 119.

[37] Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm 170/2016 de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016\1132). Se trataba de un caso en el que se proponía la adopción de un menor que se encontraba en acogimiento residencial con un hermano. El Ministerio Fiscal en aplicación del vigente artículo 178.4 CC en relación con el artículo 176 bis del CC entiende conveniente que se favorezca la relación entre ambos hermanos con la supervisión y vigilancia de la Entidad Pública. El TS afirma: "consecuencias del mandato del artículo 39 de la Constitución, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio […] Qué duda cabe que sería aún más beneficioso para su interés por aproximación a su familia biológica, que

el acogimiento fuese conjunto con su hermano, y así lo pretendió la Entidad Pública, aunque con resultado infructuoso. La petición que hace el Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de la relación entre ambos hermanos resulta, en principio, razonable, pero al no haber sido objeto de debate con la singularidad necesaria, esta Sala no debe decidir sobre tal extremo, sino que habrá de plantearse por quienes se encuentran legitimados para ello *ex novo*".

[38] Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) núm. 552/2016 de 22 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APNA:2016:1161).

[39] Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 467/2019 de 22 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:484ª). La adoptante de los menores reconoce los lazos de los adoptados con sus tíos y primos maternos, reconociendo que nunca ha pretendido privar a los menores de dichos lazos y favoreciendo encuentros en ocasiones especiales entre los menores y sus tíos y primos por considerarlo beneficioso para los menores. La Audiencia Provincial establece que, teniendo en cuenta que los tíos maternos son personas allegadas de los menores, en virtud de lo establecido en el artículo 178.4 CC, procede declarar el mantenimiento de alguna forma de contacto o relación entre los menores y su familia biológica, pues las mismas serían beneficiosas para los menores. Sin embargo, añade: "constatada la voluntad por ambas partes de seguir manteniendo los contactos entre los adoptados y su familia materna de origen, a los efectos de evitar una rigidez y judicialización, que siempre es perjudicial para los menores, dejamos a las partes que, de mutuo acuerdo, procedan a fijar la frecuencia o intensidad de dicha relación de los adoptados con la familia de origen materna".

[40] Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) núm. 14/2022 de 18 de enero de 2022 (ECLI:ES:APMU:2022:191). El Juzgado de Primera Instancia desestima el establecimiento de un régimen de visitas en favor de una abuela biológica (paterna) con respecto a sus dos nietos que habían sido adoptados por el nuevo marido de su nuera tras morir su hijo. La Audiencia Provincial determina que la adopción "produjo la extinción de los vínculos jurídicos entre los niños y su familia (paterna) anterior, conservándolos únicamente con la de su madre, según el art. 178 del Código Civil. Y esta norma, estima el Tribunal, hace imposible la prosperabilidad de la demanda, debiendo indicarse que la excepción prevista en el art. 178.4 del Código Civil es sólo aplicable a las adopciones en las que intervenga la entidad pública, lo que no es el caso […]".

[41] Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) núm. 71/2018 de 30 mayo de 2018 (ECLI:ES:APBA:2018:253ª), en el que dos hermanos son adoptados por una familia y la Junta de Extremadura propone un plan de contactos con los otros dos hermanos; del Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) núm. 146/2018 de 5 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APBA:2018:547ª) en la que también se trataba de una adopción abierta de un niño en relación a su hermana. Es también el caso de Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª) núm. 17/2021 de 18 de enero de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:101) en la que dos hermanas se entregan en adopción a dos familias distintas pero se determina que dichas adopciones deben ser abiertas. También se dispone la relación abierta a los hermanos en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 355/2022 de 15 de junio de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:607A), y llega el tema a la Audiencia porque el Juzgado de Primera Instancia acuerda la adopción de una niña pero no abierta, a pesar de que la propuesta de adopción realizada por la entidad pública había sido de adopción abierta con visitas quincenales supervisadas con su hermana. La Audiencia Provincial determina que "en la propuesta de adopción […] consta, con toda claridad, que era de una adopción abierta […] Es decir, la declaración de adoptabilidad de la menor, la declaración de idoneidad y la propuesta fue siempre con relación a una adopción abierta con mantenimiento de contactos con la hermana Verónica,

lo que fue aceptado por la adoptante, por lo que se entienden cumplidas las exigencias formales que establece el art. 178.4 CC para disponerla". Además, se reconoció el evidente beneficio para la menor de mantener la relación con su hermana, por compartir tanto experiencia vitales como orígenes.

[42] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) núm. 889/2019 de 31 de octubre de 2019 (ECLI: ES APVI:2019:1139), en la que el niño había tenido visitas con sus abuelos durante el acogimiento y se concluye que: "el menor quiere a sus abuelos, y éstos le quieren a él, existe un arraigo fuerte, la relación con su familia biológica es importante y beneficiosa, contribuye a su arraigo y a la formación de su personalidad, además de fomentar sus vínculos sociales y familiares. Resulta necesario mantener el vínculo y continuar con el régimen de visitas, aunque restringido por la nueva situación que se va a producir".

[43] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 1832/2019 de 7 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:3474), los abuelos maternos solicitan visitas a su nieto que se encuentra en una situación de acogimiento y todavía no de adopción, visitas que se deniegan por la nula relación del niño con ellos (que solo le vieron en el hospital el día de su nacimiento), y por la situación y patologías de la madre biológica al entender que "los recurrentes […] dada la situación de su hija, no pueden asegurar un entorno de crianza estable para el menor, lo que resulta imprescindible para asegurar su desarrollo en todos los ámbitos de la vida". En la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª) núm. 437/2019 de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APO:2019:4413), el abuelo es acogedor familiar de dos nietos, pero no puede hacerse cargo por razones económicas y laborales de la tercera a la que se entrega en acogimiento familiar en familia ajena. El abuelo pide la adopción abierta, pero la entidad pública no la considera adecuada y la Audiencia Provincial determina que a pesar de que la menor se mostraba contenta cuando veía a su abuelo, toda una seria de circunstancias (el abuelo nunca se ha hecho cargo de ella, ni la ha tenido consigo en su domicilio, la niña no tiene ninguna relación con sus hermanos…) no facultan la adopción de una medida con carácter excepcional como la adopción abierta. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) núm. 366/2021 de 4 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APCO:2021:368), es la madre la que pide la visita de los abuelos con sus nietos. La Audiencia Provincial determina que "no consta que los abuelos maternos se hubieran interesado en ningún momento por el derecho a relacionarse con los nietos de conformidad con el artículo 178.4 del Código Civil […] A todo ello hay que añadir que la propia madre en la vista reconoció la ausencia de relación y contacto de los abuelos con los niños "desde hace tres años". A pesar de ello, no ha existido ninguna solicitud judicial o administrativa en orden a interesar la visita con los menores que pudiera justificar el invocado interés de estos abuelos, los cuales ni siquiera han asistido al acto de la vista. Por lo tanto, difícilmente puede ser atendible la solicitud efectuada en favor de los abuelos maternos por otra persona que no consta que ostente representación de los mismos".

[44] En el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 180/2018 de 31 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APIB:2018:220ª) en el que se había constituido una adopción abierta de una niña para el mantenimiento de las relaciones con su hermana, la madre biológica solicita que se abra también a ella y la Audiencia Provincial no considera conveniente establecer visitas entre la menor y su madre biológica, "dados los antecedentes existentes y sin que se haya demostrado, como hemos dicho, un cambio sustancial en las circunstancias vitales de la apelante". En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) núm. 48/12019 de 11 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APZ:2019:605), se considera que la madre está incursa en causa de privación de la patria potestad por lo que no es necesario su asentimiento en la adopción de su hija, ni tampoco son aconsejables las visitas en virtud del artículo 178.4

CC. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 398/2019 de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:993) en la que una madre solicita que se reconozca la necesidad de prestar su asentimiento en la adopción y, subsidiariamente, si se continua con el procedimiento de adopción, que esta sea una adopción abierta. La Audiencia Provincial deniega ambas peticiones toda vez que concurren en la madre toda una serie de limitaciones (como consecuencia de padecer una enfermedad mental grave; diagnóstico de psicosis y de esquizofrenia paranoide e indiferente) que implican la imposibilidad de la madre para el cuidado y las relaciones con su hijo. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 318/2021 de 26 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APGR:2021:1616) en la que la madre en un procedimiento de oposición a la exclusión del asentimiento a la adopción solicita, adicionalmente, que si ésta se constituye, que sea abierta. La Audiencia Provincial, "en lo referente a la petición subsidiaria de aprobación de un sistema de adopción abierta, con reconocimiento de visitas que propicien la relación entre madre e hija, precisamos que, conforme establece el art. 178.4, párrafo segundo del CC, tal medida deberá ser acordada por el Juez "... al constituir la adopción". Y, por tanto, no es procedente emitir pronunciamiento alguno al respecto en el presente procedimiento […]. Más aún, cuando, según el mismo precepto, todo acuerdo al respecto, deberá ir precedido de la correspondiente "...propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez".

[45] En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª) núm. 482/2020 de 9 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APZA:2020:603) unos padres se oponen a la propuesta de adopción de su hijo, y solicitan, subsidiariamente, un régimen de visitas. La Audiencia Provincial considera que la situación familiar de los progenitores no aconseja deshacer su actual entorno para regresar con ellos y rechaza establecer un régimen de visitas considerando que el contacto por el artículo 178 CC debe acordarse exclusivamente en interés del menor pues "se trata de una medida que el Juez podrá adoptar si lo considera conveniente para el menor, valorando al efecto todas las circunstancias del mismo. Y en el caso presente, dado que no han desaparecido de manera absoluta las que se han tenido en consideración a lo largo de todo el proceso de protección de Hermenegildo, no hay razón para revocar esta decisión del Juzgador de instancia". Es también el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 47/2020 de 9 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APSA:2020:289) en el que un niño es entregado en adopción y sus progenitores solicitan la adopción abierta. La Entidad Publica no la considera adecuada y así lo ratifica la Audiencia Provincial dado que "resulta acreditado que la relación entre los padres biológicos y el adoptado esta interrumpida desde hace mucho tiempo […] y no resulta probado el beneficio del menor pase por reanudar la relación con la familia de origen". Es también el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 412/2022 de 27 de junio de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:2229) en la que los padres solicitan que se declare la necesidad de su asentimiento para la adopción de sus hijos, y "subsidiariamente, se acuerde alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre los menores, los abuelos maternos y la madre biológica y la adoptiva". La Audiencia Provincial determina que "no procede en este momento, fijar un régimen de comunicación de los menores con la apelante, y la familia paterna, porque de acuerdo con el artículo 178.4 CC, esos contactos podrían fijarse en el momento de constituir la adopción, si se dan los requisitos legales previstos en el precepto citado".

[46] https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6161&dtid=57

[47] https://www.adoptmatch.com/open-adoption-rules-post-adoption-agreement-by-state

[48] Así por ejemplo en el estado de Washington el Código revisado regula en diversas secciones esta figura bajo la denominación "acuerdos abiertos de adopción", y se refiere de forma particular a los contactos post-adoptivos entre hermanos (https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.33.295).

[49] https://www.adoptmatch.com/open-adoption-rules-post-adoption-agreement-by-state

[50] https://assets.hcch.net/docs/9c8420a3-abe5-4c18-b5ae-d5f60925f14e.pdf

[51] Artículo 579 del Código civil de Quebec: "En el caso de una adopción de un niño domiciliado en Quebec por una persona también domiciliada en Quebec, podrán establecerse intercambios de información sobre el adoptado y los miembros de su familia de origen, o mantenerse o desarrollarse relaciones personales entre dichas personas, en la medida en que el establecimiento de dichos intercambios o el mantenimiento o desarrollo de dichas relaciones redunde en interés del adoptado. Si el adoptado tiene 10 años o más, debe obtenerse su consentimiento, salvo que no pueda expresar su voluntad. Estos intercambios pueden tener lugar y estas relaciones pueden mantenerse o desarrollarse por cualquier medio adecuado a la situación y no es necesario que las personas estén en presencia física la una de la otra. Las condiciones de los intercambios o relaciones se acordarán por escrito entre el adoptante, como tutor del adoptado, o el adoptado de 14 años o más y los miembros interesados de la familia de origen. Cuando el adoptado mayor de 10 años y menor de 14 no consienta en el intercambio de información o en el mantenimiento o desarrollo de las relaciones con alguno de los progenitores o abuelos de origen, o exista desacuerdo entre las partes al respecto, los intercambios o el mantenimiento o desarrollo de las relaciones serán determinados judicialmente, en la medida en que redunden en interés del adoptado y se refieran a personas importantes para él. En todos los casos, se requiere el consentimiento del adoptado mayor de 14 años para disponer tales intercambios o el mantenimiento o desarrollo de tales relaciones y el adoptado puede, a partir de esa edad, poner fin a tales intercambios o relaciones sin formalidad alguna, haya o no una orden judicial" (https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/CCQ-1991?langCont=en#ga:l_two-gb:l_two-h1).

[52] Así, en Nueva Gales del Sur el artículo 45 del Reglamento de Adopción de 2015 (*Adoption Regulation 2015*), entre los criterios de idoneidad recoge el siguiente: "(g) la apreciación por parte de la persona de la importancia y la capacidad de facilitar: (i) el contacto con los padres biológicos y la familia del niño, y (ii) el intercambio de información sobre el niño con sus padres biológicos y su familia" (https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/sl-2015-0490#sec.45).

[53] Artículo 234 de la Ley de la Infancia de 2005 (*Children's Act 2005*): "(1) El padre o tutor de un niño puede, antes de que se presente una solicitud de adopción de un niño en los términos del artículo 239, celebrar un acuerdo de postadopción con un futuro padre adoptivo de ese niño para prever (a) la comunicación, incluidas las visitas entre el niño y el progenitor o tutor en cuestión y cualquier otra persona que pueda estipularse en el acuerdo; y (b) el suministro de información, incluida la información médica, sobre el niño, una vez concedida la solicitud de adopción. (2) Un acuerdo contemplado en la subsección (1) no puede ser celebrado sin el consentimiento del niño si éste tiene la edad, madurez y etapa de desarrollo para comprender las implicaciones de dicho acuerdo. (3) El trabajador social que facilita la adopción del niño debe ayudar a las partes a preparar un acuerdo post-adopción y aconsejarlas sobre las implicaciones de dicho acuerdo. (4) Un tribunal puede, al aceptar una solicitud de adopción de acuerdo con el artículo 239 del niño, confirmar un acuerdo post-adopción si ello redunda en el interés superior del niño. (5) El convenio post-adoptivo debe tener el formato prescrito. (6) Un convenio post-adopción (a) sólo surtirá efecto si se ha dictado una resolución judicial; (b)

sólo puede ser modificado o rescindido por resolución judicial a instancia de (i) por una de las partes del acuerdo; (ii) por el niño adoptado" (https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a38-053.pdf).

[54] Artículo 51A de la Ley Adopción e Infancia de 2002 (*Adoption and Children Act 2002*), modificado por el artículo 9 de la Ley de Infancia y Familias de 2014 (*Children and Families Act 2014*): "(2) Al dictar la resolución de adopción o en cualquier momento posterior, el tribunal puede dictar una resolución en virtud de este artículo, (a) requerir a la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de adopción que permita al niño visitar o permanecer con la persona nombrada en la orden bajo esta sección, o que la persona nombrada en dicha orden y el niño tengan contacto entre sí, o(b) prohibir a la persona mencionada en la orden en virtud de este artículo que tenga contacto con el menor. (3) Las siguientes personas pueden ser nombradas en una orden en virtud de esta sección: (a) cualquier persona que (de no ser por la adopción del menor) estaría emparentada con el menor por sangre (incluida la media sangre), matrimonio o pareja de hecho; (b) cualquier antiguo tutor del niño;(c) cualquier persona que tuviera la responsabilidad parental sobre el niño inmediatamente antes de dictarse la resolución de adopción (d) cualquier persona que tenga derecho a solicitar una orden en virtud del artículo 26 (contacto con los niños entregados o que van a ser entregados en adopción) en virtud del apartado (3)(c), (d) o (e) de dicho artículo;(e) cualquier persona con la que el menor haya vivido durante un periodo de al menos un año" (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/section/51A?view=extent).

[55] https://www.legislation.gov.uk/nia/2022/18/section/49?view=extent

[56] Artículo 49 de la Ley de Adopción e Infancia de 2022 (*Adoption and Children Act 2022*): "(2) Al dictar la resolución de adopción o en cualquier momento posterior, el tribunal puede dictar una resolución en virtud de este artículo (a) exigir a la persona a favor de la cual se ha dictado o se está dictando la resolución de adopción que permita al menor visitar o permanecer con la persona designada en la resolución en virtud de este artículo, o que la persona designada en dicha resolución y el menor tengan contacto entre sí" (https://www.legislation.gov.uk/nia/2022/18/section/49?view=extent).

[57] Artículo 119.4 del Código civil de Malta: "En el caso de un niño que haya cumplido los once años y si es en su interés superior, el tribunal puede, al dictar el decreto de adopción, autorizar un acuerdo de adopción abierta que haya sido aprobado por la Junta de Adopción, por el cual los padres y, o la familia natural, mantendrán contacto con el niño; Siempre que el tribunal se asegure de que el acuerdo de adopción abierta haya sido suscrito después de que el niño y las partes hayan dado su consentimiento al mismo. Siempre que, además, cualquier modificación del acuerdo de adopción abierta no tenga efecto antes de que sea autorizada por el tribunal" (https://legislation.mt/eli/cap/16/eng/pdf). Artículo 1 de la Ley de Administración de Adopciones de 2008 *(Adoption Administration Act 2008):* "Adopción abierta: una adopción realizada de acuerdo con el artículo 22 de esta Ley y el artículo 119 del Código Civil, por la que el niño mantiene el contacto con sus padres y, o familia natural" (https://legislation.mt/eli/cap/495/eng/pdf). Artículo 22 de la Ley de Administración de Adopciones de 2008 (*Adoption Administration Act 2008*): "(4) En el caso de un niño que haya cumplido once años, y si es en su interés superior, el organismo acreditado redactará un acuerdo de adopción abierta, directamente o a través de un mediador familiar, después de escuchar al niño y obtener el consentimiento de los padres y de los futuros padres adoptivos. Una vez redactado y firmado el acuerdo, el organismo acreditado deberá solicitar la aprobación del Consejo de Adopción. Dicho acuerdo no será ejecutable sin la autorización del tribunal de conformidad con el artículo 119 del Código Civil. (5) El organismo acreditado también será responsable de elaborar cualquier revisión del

acuerdo de adopción abierta y de solicitar la aprobación de la Junta de Adopción para dichas revisiones" (https://legislation.mt/eli/cap/495/eng/pdf).

[58] Artículo 229.5 del Código civil de los Países Bajos: "Si en el momento de la adopción el menor tiene contacto con un progenitor con respecto al cual deja de existir la relación de parentesco, el órgano jurisdiccional podrá determinar que sigan teniendo derecho a mantener contacto entre sí". Artículo 377A del Código civil de los Países Bajos: "1. El menor tendrá derecho a visitar a sus padres y a la persona con la que tenga una relación personal estrecha. El progenitor no custodio tendrá el derecho y la obligación de visitar a su hijo. 2. A petición de los padres o de uno de ellos o de la persona que tenga una relación personal estrecha con el hijo, el tribunal determinará o denegará, por un período de tiempo fijo o de otro modo, el derecho de visita" (https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2023-01-01#Boek1_Titeldeel15_Artikel377a*)*.

[59] Artículo 1986.3 del Código civil de Portugal: "Excepcionalmente, atendiendo a la edad del adoptado, a su situación familiar o a cualquier otra circunstancia relevante, podrá establecerse el mantenimiento de alguna forma de contacto personal entre el adoptado y un elemento de la familia biológica o, en su caso, entre el adoptado y la respectiva familia adoptiva y un elemento de la familia biológica, favoreciendo especialmente la relación entre hermanos, siempre que, en todo caso, los padres adoptivos consientan dicho mantenimiento y ello redunde en beneficio del adoptado" (https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075).

[60] Artículo 268E del Código civil de Suiza "1. Los padres adoptivos y los padres biológicos pueden acordar que los padres biológicos tengan derecho a un contacto razonable con el menor. Este acuerdo y sus posibles modificaciones se presentarán a la autoridad de protección de menores del lugar de residencia del menor para su aprobación. La autoridad de protección de menores o un tercero designado por ella oirán al menor en persona de forma adecuada antes de adoptar la decisión, salvo que ello no sea aconsejable por la edad del menor o por otra causa justificada. Si el niño tiene capacidad de juicio, se requiere su consentimiento para el acuerdo. 2. Si el interés superior del menor está en peligro o si hay desacuerdo sobre la aplicación del acuerdo, la autoridad de protección del menor decidirá. 3. El niño puede rechazar el contacto con sus padres biológicos en cualquier momento. Los padres adoptivos no pueden transmitir información a los padres biológicos contra la voluntad del niño" *(https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2017/425/fr)*.

[61] En la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Apoyo a la Adopción (*Adoptionshilfe-Gesetz*) se señala: "Se sabe por la investigación que el conocimiento de los propios orígenes y una aproximación abierta al hecho de la adopción contribuyen significativamente al éxito de las adopciones (Paul Bränzel, Offenheit von Adoptionen, 2018 m. w. (Expertise Bränzel); Ina Bovenschen, Fabienne Hornfeck, Janin Zimmermann, Annabel Zwönitzer, Heinz Kindler, Gelingende und nicht gelingende Adoptionen, 2018 m. w. N. (Expertise Bovenschen). Además, un enfoque abierto de la adopción promueve el desarrollo saludable de la identidad de los niños, adolescentes y adultos adoptados, porque les ayuda a integrar su condición de adoptados en la imagen que tienen de sí mismos […] El apoyo a las familias en la búsqueda del origen del niño también ha aumentado considerablemente en los últimos años. La tendencia hacia una mayor apertura que ha surgido en los últimos años debe ser apoyada, ya que puede tener efectos positivos en el desarrollo de los niños. Esto requiere profesionales bien formados que acompañen con sensibilidad y profesionalidad el intercambio de información o el contacto entre la familia de origen y la familia adoptiva. Estos cambios y nuevos descubrimientos deben tenerse en cuenta en una reforma […]" *(https://perma.cc/BY65-7EHQ)*.

[62] https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_advermig/index.html

[63] Artículo 8A de la Ley de Colocación y Apoyo a la Adopción y de Prohibición de la Gestación Subrogada (*Adoptionsvermittlungsgesetz-AdVermiG*). Intercambio de información o contacto antes y después de la adopción: "1. Antes de que se inicie el acogimiento, la agencia de colocación de niños en adopción (art. 2 (1) y (3)) debe discutir con los solicitantes de la adopción y con los padres biológicos del niño si, en el futuro, los solicitantes de la adopción y el niño, por un lado, y los padres biológicos del niño, por otro, pueden compartir información o tener contacto en interés del niño, y qué forma puede adoptar ese intercambio de información y ese contacto. La agencia de colocación de la adopción archiva los resultados de estas conversaciones. 2. Con el consentimiento de los padres biológicos y de los adoptantes, la agencia de colocación de niños en adopción (artículo 2 (1) y (3)) debe, por regla general, repetir las conversaciones mencionadas en el apartado (1), frase 1, a intervalos apropiados después de la adopción. Esto se aplica hasta que el niño alcance la edad de 16 años. El resultado de cada una de estas conversaciones debe ser archivado. El consentimiento debe obtenerse, por regla general, antes de que el tribunal de familia emita la decisión de conceder la adopción, y debe otorgarse a más tardar después de dicha decisión. El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. 3. El niño debe participar en las discusiones mencionadas en los apartados (1) y (2) de forma adecuada a su desarrollo, y se deben tener en cuenta los intereses del niño. 4. Si el resultado de la discusión sobre el intercambio de información o el contacto no se lleva a cabo o no se puede alcanzar la unanimidad sobre la aplicación del resultado, la agencia de colocación de niños en adopción (sección 2 (1) y (3)) debe trabajar para encontrar una solución dentro de las posibilidades existente" (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_advermig/index.html).

[64] Artículo 27 de la la Ley N.º 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el derecho del niño a una familia (Legge N.º 184, 4 maggio 1983, diritto del minore ad una famiglia): "Con la adopción, cesará la relación del adoptado con su familia de origen, sin perjuicio de las prohibiciones matrimoniales" (https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1983-05-04;184~art4).

[65] Artículo 1 de la Ley N.º 173, de 19 de octubre de 2015, sobre el derecho a la continuidad afectiva de los niños en acogimiento familiar (*Legge N.º 173, 19 ottobre 2015, sul diritto alla continuita' affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*): "Cuando, tras un periodo de acogida, el niño regresa a su familia de origen o es colocado con otra familia o es adoptado por otra familia, será en todo caso protegido, si es en el interés superior del niño, la continuación de las relaciones sociales y afectivas positivas establecidas durante el acogimiento familiar" (https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2015;173).

[66] El artículo 42 de la Ley de la Adopción de 2017 (*Adoption Amendment Act 2017*) establecía: "10 meses después de la aprobación de esta Ley, el Ministro iniciará una revisión y consulta con respecto a la posible introducción de la adopción abierta o semiabierta en Irlanda. Dicha revisión incluirá una consulta pública y un análisis jurídico y político. Un informe sobre los resultados de esta revisión y consulta se presentará a las Cámaras del Oireachtas a más tardar 18 meses después de su inicio" (https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2017/19/eng/enacted/a1917.pdf).

[67] https://assets.gov.ie/38717/3defc42d3e84425ea00e621d1610f800.pdf

[68] https://aai.gov.ie/en/who-we-are/corporate-service/legislation.html "An Act to make further and better provision in respect of access by certain persons to information concerning their origins and, for that purpose, to provide for the access by adopted persons and persons who have been the subject of incorrect birth registrations or certain care arrangements to their birth certificates and other information and items relating to them"

[69] I+D "La apertura de la comunicación sobre la adopción en España: en camino hacia la adopción abierta" (PSI2013-47197-C3-1-R). Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad. (IP Blanca Gómez Bengoechea).

[70] En total 24 Directores Generales o equivalentes, que coincidían con las Comunidades Autónomas salvo en el caso de Baleares, donde se contactó con los 5 consejos insulares; País Vasco, en donde se contactó con las 3 diputaciones forales, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

[71] Las EP que han remitido datos numéricos sobre adopciones abiertas ya constituidas o en trámite son las siguientes: en Andalucía han sido más de 80; en las Islas Baleares 12 (11 en Mallorca y 1 en Ibiza), en Canarias 6, en Cantabria 15, en Castilla la Mancha 2, en Castilla León 15, en la Comunidad Valenciana 16, en Extremadura 18, en Madrid 69, en Murcia 1, en Navarra 6, en el País Vasco 72 (12 en Álava, 16 en Guipúzcoa, y 47 en Vizcaya). Es posible que en las CCAA que no han comunicado estos datos se haya constituido alguna. Cataluña y Aragón, como ya hemos adelantado, han comunicado que no han propuesto ninguna.

[72] Estos resultados coinciden con lo expuesto sobre la legislación autonómica, que sólo en los casos de Navarra y Comunidad Valenciana contempla la adopción abierta como medida por defecto.

[73] Nos referimos a adopciones que no se plantean tras renuncias o procesos de acogimiento previo.

Trabajo recibido el 29 de junio de 2023 y aceptado para su publicación el 16 de octubre de 2023

ESTUDIO LEGISLATIVO

Incidencia de la ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad en el ámbito de la sucesión testamentaria

Impact of law 8/2021 on persons with disabilities in the field of testamentary succession

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad San Jorge
Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J
Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge (USJ)
Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano
Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: La Ley 8/2021 sobre el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica reforma la legislación civil y procesal en muchos aspectos, entre ellos el Derecho de sucesiones, en materias tales como la sucesión testamentaria, donde se reforman en profundidad algunos preceptos del Código civil relacionados con la capacidad para testar, el juicio de capacidad que realiza el notario, la capacidad testamentaria pasiva, la indignidad para suceder y las sustituciones hereditarias; en otros preceptos, la modificación afecta a las solemnidades testamentarias con la finalidad de facilitar su otorgamiento a las personas con discapacidad; por fin, otras modificaciones resultan adaptaciones terminológicas conforme al espíritu y tenor de la Convención de Nueva York de 2006, que se reflejan en la ley 8/2021.

ABSTRACT. Law 8/2021 on support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity reforms civil and procedural legislation in many aspects, including inheritance law, in matters such as testamentary succession, where they are reformed in depth some precepts of the Civil Code related to the capacity to test, the judgment of capacity carried out by the notary, the passive testamentary capacity, the unworthiness to succeed and hereditary substitutions; in other precepts, the modification affects testamentary solemnities in order to facilitate their granting to people with disabilities; finally, other modifications result in terminological adaptations in accordance with the spirit and tenor of the 2006 New York Convention, which are reflected in Law 8/2021.

PALABRAS CLAVE: Convención de Nueva York 2006, Personas con discapacidad, Reforma legal, Ley 8/2021, Herencia, Derecho de sucesiones, Sucesión testamentaria.

KEY WORDS: New York Convention 2006, Disabled people, Legal reform, Law 8/2021, Inheritance, Inheritance law, Testamentary succession.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: II.1. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA; II.2. EL JUICIO DE CAPACIDAD A CARGO DEL NOTARIO TRAS LA NUEVA LEY; III.3. FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO CERRADO; II.4. CAPACIDAD TESTAMENTARIA PASIVA E INDIGNIDAD PARA SUCEDER.—III. UNA REFERENCIA A LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS.—CONCLUSIÓN.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas representa un cambio de paradigma sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad[1], toda vez que se desliga del estigma de la minusvalía que padecen estas personas y el consiguiente recorte de derechos que acarreaba. En su virtud, se invoca y propone el principio de igualdad de derechos y libertades respecto de las demás personas, sin perjuicio de la conveniencia, elevada a necesidad, de precisar a su favor las medidas que permitan asegurarles el ejercicio de su capacidad jurídica, a los fines de salvaguardar y preservar sus derechos e intereses legítimos.

Así pues y, fruto del cambio legal operado, podemos señalar, como regla general, que las personas con discapacidad toman sus propias decisiones, en clara expresión del debido respeto a su voluntad y preferencias, de manera que

queda desplazado y sustituido el criterio anterior de la omisión de la voluntad del discapacitado en la toma de decisiones sobre los asuntos en los que se hallara involucrado[2]. De ahí que la Convención neoyorkina de 2006 emerge como un verdadero punto de inflexión en el progresivo y paulatino proceso de humanización del Derecho.

Más concretamente, las personas adquieren la cualidad de sujetos de derechos en todo caso, al margen de la enfermedad, anomalía o deficiencia que padecieren (discapacidad física, psíquica o sensorial), lo que permite afirmar que toda persona cuenta con capacidad jurídica, en el sentido tradicional considerado como sinónimo de personalidad jurídica, hasta el punto de hacer desaparecer la noción de capacidad de obrar, en la medida que el ejercicio de la capacidad corresponde exclusivamente a la persona que actúa y, en el supuesto de precisar ayuda, a esta misma persona, si bien con las medidas de apoyo suficientes que aseguren su actuación personal.

En un recorrido que arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), de forma paralela al proceso de desarrollo y aplicación de los derechos humanos, se detecta una tendencia signada por la atenuación del carácter patrimonial del Derecho civil, lo que se traduce en una minoración del ingrediente economicista en sus distintas ramas: bienes, sucesiones, obligaciones y contratos, con una incidencia más notoria en el derecho de familia y en la parte general del Derecho civil.

Una vez que la ONU aprueba en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[3], el texto se somete a la ratificación de los Estados miembros (en España mediante el Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008). A partir de aquí, se inicia un período de adaptación de la normativa interna al Convenio con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se actualizan algunas leyes relacionadas con las personas discapacitadas[4], seguida de otras normas posteriores[5]: el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social; la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación surgida en sede de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio); la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; e, incluso, la LO 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Por lo demás, en el seno de la Convención de la ONU se crea un Comité ad hoc encargado de analizar la regulación sobre discapacidad de los diferentes ordenamientos civiles de los Estados miembros que ratificaron el instrumento internacional[6].

Por lo que a España se refiere, estaba pendiente la reforma del Código civil, amén de otras leyes complementarias, al objeto de cumplir con el deber contraído como Estado firmante. Así, el Gobierno asume el compromiso de remitir a las Cortes Generales en un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011 "*un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12*[7] *de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vi*da", en el que se establecerían "*las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*"[8].

La demora acumulada en la aprobación de la reforma llegó a suscitar inquietud en el Comité revisor de la ONU[9] y propiciará una importante labor interpretativa del Convenio de 2006 por el Tribunal Supremo[10], a los fines de flexibilizar la normativa del Código civil en materia de tutela e incapacidad y hacerla compatible con el espíritu de la Convención, si bien acotando, a título de admonición, que no constituye una competencia del poder judicial, sino del legislativo, establecer la modalidad de asistencia y prestación de apoyo a las personas con discapacidad.

El Ministerio de Justicia español encarga en 2017 a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación elaborar un anteproyecto de reforma del Código civil, con la finalidad de adaptar su normativa a la Convención de Nueva York y al espíritu que la informa[11]. Durante 2017 y 2018, la Sección elabora un borrador del anteproyecto que, una vez concluido, fue remitido al Ministerio de Justicia. Este, cumpliendo con la normativa preceptiva, lo remite al Consejo de Estado (15/01/2019) para su preceptivo informe, (concluido el 11/04/2019), con pronunciamiento ampliamente favorable respecto del anteproyecto elaborado.

Finalmente, como colofón a este periplo legislativo, se publica 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, cuya entrada en vigor se pospone tres meses desde su publicación (2/09/2021)[12].

Desde una óptica sustancial[13], la Ley recoge como columna vertebral el respeto al derecho de igualdad que corresponde a todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, eje que inspira la Convención de 2006, así como también subraya el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y la consideración de la libre voluntad de la persona con discapacidad. Estas premisas se conectan con los criterios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo para ejercer la capacidad jurídica, junto al de igualdad de condiciones respecto de las demás personas[14], puesto que

la capacidad jurídica es revestida no solo como la titularidad de derechos, sino también con el plus de una correlativa legitimación para ejercerlos[15].

Surge, pues, el binomio entre la discapacidad y las medidas de apoyo, de tal suerte que el destinatario de las mismas es quien no puede ejercitar su capacidad jurídica sin dichos apoyos, es decir, quien no puede desarrollar su propio proceso para tomar decisiones, por contar con dificultades para conocer, comprender y actuar con trascendencia jurídica[16]. Ello permite superar la visión estrecha de la discapacidad —física o sensorial— para extenderla al ámbito psicosocial o intelectual como una cualidad dinámica y práctica presente en la persona discapacitada, incluso temporal, distinta de la cualificación estática que tradicionalmente se le atribuía en la persona discapacitada.

Formalmente, la Ley 8/2021 cuenta con 8 artículos[17], 2 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 3 disposiciones finales.

Por contar con nuestro interés, abordaremos la reforma del Código civil (Cc, en adelante) operada por la Ley 8/2021, si bien acotada a las sucesiones mortis causa: en efecto, de todos los artículos del Cc relativos al Derecho sucesorio afectados por la reforma, algunos son modificados con profundidad (así, los artículos 663, 665, 753, 776, 782, 808, 813); otros se destinan a cambiar las formalidades testamentarias para facilitar el acceso de las personas con discapacidad (artículos 695, 697,2, 708, 709), y un tercer bloque serían aquellos en los que se sustituyen y corrigen expresiones por quedar obsoletas y sin sentido tras la reforma legislativa, de tal manera que se adecúan terminológicamente, sin entrar, por lo general, a dilucidar sobre los problemas interpretativos en torno a su contenido (artículos 706, 742, 756, 2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

Más concretamente, nos centraremos en las novedades que la nueva legislación establece en algunos aspectos relativos a la sucesión testamentaria.

II. LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Tal como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, "*la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva*", lo que se traduce sustancialmente en el cambio del sistema anterior, sustentado en la capacidad limitada para testar de la persona discapacitada y la sustitución de su voluntad, por uno nuevo[18] que, no sólo le atribuye capacidad para testar, aunque lo sea con los correspondientes

medios de apoyo, sino que también erradica cualquier atisbo de posible sustitución de su voluntad.

El cambio de paradigma afecta al otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad, toda vez que hasta la Ley 8/2021 se trataba de una cuestión que gravitaba sobre la decisión judicial conclusiva de un proceso de incapacitación o de modificación de la capacidad; sin embargo, con la nueva legislación, el proceso judicial destinado a proveer de los apoyos necesarios al discapacitado ya no radica en la declaración judicial de incapacitación, ni siquiera en la de modificación de la capacidad, sino en dotar para el ejercicio de su capacidad jurídica de los apoyos precisos[19] a quien lo amerite.

Si bien la Ley 8/2021 se dirige fundamentalmente a las personas con discapacidad cognitiva o intelectual, también alcanza a las personas con discapacidades sensoriales, a las que, en la legislación anterior, se imponían restricciones en sede testamentaria, de tal manera que resultaban impedidas para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de testadores (artículos 708 y 709 del Cc), lo que suponía una discriminación contraria al espíritu y finalidad de la Convención de 2006.

Así las cosas, la Ley 8/2021 reforma cuestiones de la sucesión testamentaria: la capacidad testamentaria activa —*testamenti factio activa*— (artículos 663, 695,1 y 697,2 del Cc), con una referencia especial al juicio de capacidad encomendado al notario (artículos 665 y 695,2 del Cc); algunas formalidades del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc); la capacidad testamentaria pasiva —*testamenti factio passiva*— e incapacidad para suceder por indignidad (artículos 753 y 756 del Cc, respectivamente); y, por fin, algunos aspectos de las sustituciones hereditarias (artículos 776, 782 del Cc).

II.1. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA

La modificación en este apartado se refiere a dos preceptos relacionados con la capacidad testamentaria activa, concretamente los artículos 663 y 695,1 del Cc, amén de la supresión del párrafo segundo del artículo 697 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el artículo 663, una excepción a la regla general de la presunción *iuris tantum* sobre capacidad testamentaria activa[20] (STS de 15 de marzo de 2018, RJ 2018, 1090), niega la capacidad de testar, además de a las personas menores de 14 años, a "*la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*". Se suprime, por tanto, la anterior expresión "*están incapacitados para testar*", en consonancia con el sentir de la reforma que prescinde de la incapacitación,

y se establece la prohibición de testar a ciertas personas, ya por razón de edad (menores de catorce años), ya por imposibilidad de conformar o expresar la voluntad, amén de algunas especificidades en los testamentos ológrafo y cerrado (688 y 708 del Cc).

Ya no se utiliza la expresión que impedía testar a quien "*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*", término jurídico impreciso que generaba controversia a la hora de delimitar la capacidad testamentaria activa. Sin embargo, la nueva terminología elegida conduce a la confusión, pues, por un lado, no aclara qué se entiende por conformación de la voluntad; y, por otro, relaciona dos vocablos —conformar, expresar— a través de una conjunción disyuntiva —o—, sin concretar al dejar abierta[21] su interpretación sobre si, en verdad, nos hallamos ante dos términos distintos, similares o complementarios.

En efecto, el vocablo "*expresar*" podría considerarse en el sentido del momento final de todo un proceso cognoscitivo en el que, en una de sus fases previas, concurre la necesaria conformación de voluntad. Esta sería la interpretación apropiada, a nuestro juicio. Sin embargo, el recurso a la conjunción disyuntiva "*o*" en lugar de emplear la copulativa "*y*" podría dar lugar a interpretar ambos vocablos de manera independiente y no como si tratara de dos etapas subsecuentes dentro del mismo proceso.

Así pues, la nueva redacción, no sólo omite la regla general de presunción *iuris tantum* sobre la capacidad para testar, sin distinguir su vertiente física, sensorial o ambas al mismo tiempo, sino que, además, introduce la expresión "*apoyos*", de tal manera que por su través trae a colación indirectamente la noción de discapacidad, a pesar de que el espíritu y el tenor de la Convención de 2006 distan claramente de esta visión restrictiva y limitativa con sesgo estigmatizador[22]. Entendemos que, por lo general, la coexistencia y engranaje de expresiones jurídicas con otras tecno-científicas propias de la sociología inclusiva no resulta del todo fácil, sino más bien lo contrario, con la circunstancia agravante de que, en ocasiones, lejos de lograr el objetivo pretendido de aclarar su contenido, se propicia lo contrario, la confusión aunada con el error.

Detectamos en la redacción del precepto una evidente incursión del lenguaje científico en el mundo jurídico: lejos de aportar claridad y rigor, siguiendo el modelo de fórmulas y criterios anteriores[23] —cabal juicio, capacidad de entender y querer, afección en las facultades necesarias para otorgar testamento—, considera situaciones más físicas o sensoriales que jurídicas. A nuestro entender, no resulta acertado recurrir al argot propio de la discapacidad para precisar el contenido del Cc, al conducir a lecturas erróneas derivadas de la carencia de conocimientos previos sobre discapacidad e inclusión; a mayor abundamiento, desde la perspectiva de la plena igualdad y, en la medida que esta constituye una aspiración fundamental y eje transversal de la reforma analizada, resulta inadecuado

realizar constantes referencias, aunque estas sean indirectas y con fines tuitivos, a la discapacidad, puesto que con ello se logra llevar, cuando menos formalmente, al grado de excepción lo que en verdad se pretende equiparar.

Así las cosas, y desde una visión de conjunto que concilie el precepto referido con aquellos no modificados por la Ley 8/2021, podemos afirmar que, ante la ausencia de una especificación de las enfermedades o situaciones concretas que impiden otorgar testamento a una persona por carecer de la suficiente capacidad de discernimiento, estamos en presencia de una regla aplicable no solo a las personas que necesitan apoyo, sino también a las que no lo precisan. En su virtud, se reafirma la necesidad de practicar el correspondiente juicio de capacidad por parte del notario, tal como se colige de los artículos 685, 696 y 707, 4º del Cc, en aquellos supuestos en los que no sea posible apreciar la aptitud adecuada para testar, ya sea por hallarse bajo los efectos de una determinada medicación, someterse a un tratamiento médico, padecer una adicción o enfermedad mental, contar con una edad avanzada, o, evidentemente, sufrir una discapacidad psíquica o mental. En todo caso y, tal como ha señalado la jurisprudencia[24], en supuestos de dificultad probatoria sobre la ausencia de capacidad para testar no se requiere una certeza absoluta[25], sino que bastaría inferir una probabilidad cualificada.

La referencia de este precepto al momento de testar para dilucidar la capacidad testamentaria activa no solo comprende el supuesto puntual de anomalía o trastorno psíquico transitorio grave en una situación en la que la persona no hubiera sido provista de medidas legales de apoyo, sino que también comprendería el caso de quien, de manera permanente, no puede conformar o expresar su voluntad, ni siquiera, por resultar insuficientes, a través del auxilio de los medios o apoyos de distinta intensidad habilitados para ello (compañía amistosa, asesoramiento, ayuda técnica). Por supuesto, entre los medios de apoyo con los que cuenta el testador para conformar o expresar su voluntad, hay que destacar al notario[26]. Todo ello, sin obviar el carácter *intuitu personae* del testamento, razón que imposibilita que el medio o apoyo habilitado sustituya la voluntad del testador, sino que se limitará a asistirlo y asesorarlo para decidir por sí mismo y comprender las consecuencias derivadas del tenor de su testamento.

Desde un punto de vista práctico, será imposible que una decisión judicial impida o restrinja apriorísticamente la capacidad para testar, fundamentalmente por dos razones: el artículo 269 del Cc prohíbe que una resolución judicial incluya la mera privación de derechos, incluido el de testar, prohibición aplicable retroactivamente a tenor de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 8/2021; y, además, porque el juicio de capacidad compete realizarlo al notario según el estado en que se halle el testador al tiempo de testar, a tenor del artículo 666 del Cc.

Por otro lado, la mayor o menor complejidad del contenido del testamento puede resultar proporcional con una mayor o menor capacidad testamentaria,

toda vez que, conforme a la jurisprudencia[27], a mayor complejidad del testamento, mayor capacidad de entender y querer exigible al testador en su otorgamiento. Aun así, la complejidad del testamento no puede erigirse en prueba única y exclusiva sobre la que determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad natural del otorgante[28], sino que más bien resultaría un mero indicio con una probabilidad cualificada. A tal efecto, sería un testamento complejo el que rebasa el mero reparto equitativo de los bienes entre herederos y legatarios (STS de 22 de enero de 2015, RJA 2015/465, ya referida).

En consecuencia, la nueva redacción del precepto prohíbe otorgar testamento a quien, al tiempo de testar, cuenta con dificultades físicas, cognitivas o sensoriales para tomar decisiones o expresarlas, ni siquiera con la ayuda de medios o apoyos para ello; ergo, por argumento en contrario, podrá testar la persona que cuente con aptitud física, sensorial y cognitiva para comprender su voluntad testamentaria y poder expresarla, aun cuando sea con apoyo (personas, o medios técnicos, materiales o humanos).

Una enmienda en tramitación parlamentaria rehusó, por imprecisa, el empleo de la expresión "*facultad de discernimiento*", al considerar que, con ello, se replicaba la indefinición de la que participaba la expresión anterior "*falta de cabal juicio*".

Con relación a la nueva versión del artículo 695,1 del Cc, fruto de la ley 8/2021, su tenor literal establece que "*El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario ...*". La redacción anterior del precepto limitaba expresar la última voluntad del testador ante el notario de forma oral o escrita; sin embargo, la nueva redacción amplía la posible expresión de la última voluntad por el testador al notario mediante una tercera modalidad, "*cualquier medio técnico, material o humano*", lo que faculta a las personas discapacitadas[29] a utilizar los sistemas de comunicación utilizados habitualmente por ellas, incluso alternativos o amplificativos del lenguaje oral, en función del grado de afección que padezcan.

Cuando el precepto se refiere a "*cualquier médico técnico o material*", sin distinguir ni precisar cuáles son, cabe entender que comprende todos los medios precisos para que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad; respecto de los medios humanos, tal expresión acoge la posible intervención en el otorgamiento de un tercero distinto al testador y al fedatario público, que preste su asistencia al testador y facilite su entendimiento con el notario[30].

Se amplían, pues, las formas de manifestar la voluntad del testador, extendiendo así las personas capaces de testar, incluso aquellas con discapacidad, conforme al espíritu de la Convención de 2006, presente en los reformados artículos 665 y 249 del Cc.

Atendiendo al espíritu de la reforma legal, cónsono con la Convención de Nueva York de 2006 y con la redacción del artículo 695 del Cc, se suprime el apartado 2 del artículo 697 del Cc, en el que se exigía para el testamento abierto la concurrencia de dos testigos idóneos cuando el testador, pudiendo firmarlo, fuese ciego o declarase no saber o no poder leerlo por sí mismo. Incluso, en este último supuesto, de ser el testador enteramente sordo, los testigos debían leerlo ante el notario y declarar que su contenido coincidía con la voluntad manifestada por el testador.

Se elimina con ello un precepto superado en su contenido merced a los avances tecnológicos operados, de tal manera que el testador puede tener la certeza suficiente e indubitada acerca del tenor del testamento sin necesidad de requerir inexcusablemente la presencia de dos testigos. Una concurrencia testifical que resultará necesaria cuando el testador declare no saber o no poder firmar el testamento (versión actual del artículo 697 del Cc), en cuyo caso lo hará por él y a su ruego uno de los testigos[31], una redacción alineada con la legislación notarial, que declara la nulidad de los instrumentos públicos en los que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo (artículo 27, 3º de la Ley del Notariado). Una intervención de testigos que, incluso, podría resultar cuestionable, toda vez que, dado su carácter instrumental, ni califican el acto imprimiéndole legalidad, ni evalúan la capacidad o discernimiento del testador, funciones reservadas al notario. Su intervención podría conculcar la privacidad de un acto jurídico tan íntimo y relevante como el otorgamiento de testamento.

Estas modificaciones previstas para las formalidades del testamento abierto sintonizan con el espíritu de la Convención de 2006 y la reforma de la Ley 8/2021, puesto que las personas con discapacidad gozan en el ejercicio de su capacidad jurídica de las mismas condiciones que el resto de personas, incluido el plano sucesorio y, más concretamente, la sucesión testada. A tal fin, se debe suministrar al testador que se halle en tales condiciones los medios de apoyo por los cuales pueda manifestar su voluntad de testar ante el notario, sin que dependa la validez del acto de la concurrencia de otras personas, al margen de los medios que hubieran sido empleados[32].

Por efecto rebote de lo señalado anteriormente y, aunque no se ha reformado expresamente el artículo 698, 2º del Cc, en cuya virtud deben concurrir al otorgamiento del testamento abierto, amén de los testigos de conocimiento y el intérprete en caso de haberlos (artículo 698, 1º y 3º del Cc), "*los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado*", lo cierto es que este artículo 698, 2º ha de entenderse implícitamente suprimido, puesto que ya no se requiere la presencia de los dos facultativos y no existe la incapacitación como medida judicial, criterio ratificado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021 cuando deroga las disposiciones de igual o inferior rango que contradigan, se

opongan o resulten incompatibles con la mencionada Ley (*lex posterior derogat lex anterior, lex specialis derogat lex generalis*).

II.2. El juicio de capacidad a cargo del notario tras la nueva ley

En cuanto a la nueva redacción del artículo 665 del Cc, podemos constatar que, excluida toda referencia a la sentencia de incapacitación y a la intervención de los facultativos en el reconocimiento médico del incapacitado[33], hoy discapacitado, incumbe al notario determinar la capacidad del discapacitado para testar, sin perjuicio de que solicite el dictamen médico correspondiente antes de emitir su opinión.

Aun cuando este precepto se encuadra en la Sección 1ª (De la capacidad para disponer por testamento), del Capítulo Primero (De los testamentos) del Título III (De las sucesiones) del Libro IV del Cc y, por su ubicación formal, pudiera extender su ámbito de aplicación a todo tipo de testamento[34], todo indica que su engranaje más idóneo lo es con el testamento notarial abierto, toda vez que, en el testamento cerrado, el notario vería restringido su enjuiciamiento sobre la capacidad de testar al momento del otorgamiento del testamento, y no al tiempo de su redacción[35], a lo que habría que añadir que en esta última modalidad testamentaria el notario carece de la debida certeza para dilucidar si la redacción del instrumento correspondió al testador o a un tercero.

Esta reticencia esgrimida en cuanto a la aplicación extensiva del nuevo precepto al testamento cerrado, según nuestro parecer, no resultaría extensible al testamento ológrafo otorgado por una persona con discapacidad, puesto que es en el trámite de la adveración notarial cuando tiene lugar la constatación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles de validez, mas no la apreciación de la capacidad del testador sobre el conocimiento del alcance y consecuencias de lo manifestado[36]. Así sucede en el testamento ológrafo otorgado por una persona no discapacitada, lo que aplicaría también a una persona discapacitada, sin perjuicio en ambos casos de la posible impugnación judicial del testamento mediante la prueba de los vicios en el consentimiento prestado.

El primer inciso del precepto aludido reafirma la posibilidad de que toda persona con discapacidad pueda otorgar testamento, siempre que entienda el acto realizado y sus consecuencias jurídicas, a los fines de conformar su voluntad, en línea con lo establecido en el artículo 663 del Cc, con lo cual se arrastra hasta el artículo 665, 1 del Cc una inadecuada expresión que asocia directamente la aptitud para testar con la discapacidad; además, se asigna en este caso al notario la valoración de la capacidad del testador[37].

Con ello tratamos a continuación, precisamente, lo atinente al juicio de capacidad efectuado por el notario, una valoración que, en virtud de la reforma

legislativa operada, se ha visto modificada[38]: a diferencia de lo establecido en la legislación anterior, en la que el notario se veía compelido a comprobar la capacidad del testador mediante un juicio de capacidad que constituía un verdadero juicio de aptitud o discernimiento[39], la nueva regulación le asigna la función de constatar, según su criterio, que el testador puede conformar o expresar su voluntad. Tal valoración[40] constituye un mero juicio personal del notario, susceptible de prueba en contrario, que habrá de efectuarse caso por caso[41] atendiendo al momento de testar y que, en modo alguno, constituye un juicio médico[42].

Si bien se ha suprimido la presencia de los dos facultativos para determinar la capacidad del otorgante, ello no obsta para que el notario pueda recabar su opinión[43] en caso de albergar dudas al respecto, circunstancia que puede resultar de interés constatarla en el propio testamento para apuntalar el juicio notarial de capacidad. Del mismo modo y, en función de las circunstancias del caso, el notario puede recabar información, sin ser vinculante, relacionada con[44] las condiciones personales del testador, su ámbito familiar o de convivencia, graduación administrativa del grado de discapacidad, atenciones individuales que recibe e, incluso, informes y dictámenes de asistentes sociales[45].

El segundo inciso de este precepto establece que el notario deberá, en todo caso, favorecer la toma de una decisión autónoma, respetando la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad al otorgar testamento. La función del fedatario público es amplia[46], pues comprende el establecimiento voluntario de medidas de apoyo (autocuratela, mandatos y poderes preventivos, regulación de discapacidad), el apoyo al discapacitado —psíquico o físico— en el otorgamiento de actos jurídicos que ante él se realicen, así como el control de los actos jurídicos que el otorgante discapacitado efectúe conforme a su capacidad.

Se trata de una función que ya tenía de por sí el notario en virtud de su *officium*, si bien el ordenamiento jurídico no sólo la subraya explícitamente en el artículo 249, 2º del Cc (ayuda al discapacitado en la toma de decisiones, apoyo previo en lo que a la comprensión y razonamiento del acto jurídico celebrado se refiere, ajustes necesarios en la expresión de su voluntad, deseos y preferencias[47],), sino que la complica y magnifica[48].

Cuando el legislador utiliza la expresión ajustes necesarios recurre a un término propio del argot terapéutico de la discapacidad, ajeno por completo al ámbito jurídico, a pesar de que en la nueva regulación la discapacidad ya no representa un asunto médico, sino más bien de inclusión social[49]. Ello da pie, a nuestro juicio, en el abanico de todos los medios posibles para otorgar un documento público por un discapacitado (ex artículo 25, 4 de la Ley del Notariado), a recabar, entre otros medios, el auxilio de facultativos o expertos que faciliten al notario la emisión de un juicio sensato, razonable y certero sobre la capacidad del testador.

En todo caso, la prestación de apoyo al testador se refiere a toda actuación dirigida a facilitar el entendimiento del acto jurídico en ciernes y sus consecuencias, lo cual no implica en modo alguno dirigir, sugerir, incidir, inducir, influir indebidamente o captar la voluntad del testador, puesto que, de ser así, el testamento adolecería de nulidad, a tenor del artículo 670 del Cc[50]. En esa misma línea argumentativa, no cabrá otorgar testamento por medio de apoyos previos de carácter representativo[51], toda vez que el testamento debe otorgarse por el propio testador con discapacidad, aunque cuente con los apoyos que el notario considere oportunos en el momento del otorgamiento.

Así pues, teniendo en cuenta que la finalidad de la reforma reside en que los sujetos con discapacidad adopten las decisiones que ellos mismos desean en el ámbito patrimonial y personal, incluyendo el reconocimiento de un pretendido derecho a tomar decisiones equivocadas, conforme a sus preferencias, la intervención notarial adquiere una verdadera connotación activa, extremadamente útil a fin de que el testador entienda y comprenda el acto jurídico efectuado (STS de 19 de septiembre de 1998, RJA 1998, 6399; STS de 22 de enero de 2015, RJA 2015, 465)[52], de tal manera que, por su través, se pueda asegurar que, en la mayoría de las ocasiones[53], las personas con discapacidad puedan otorgar testamento, tratando de proteger su última voluntad, cuestión tan importante incluso como la de proteger su patrimonio actual y futuro[54]. En tal sentido procede traer a colación la Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, que afirma que el notario, a la luz de la nueva redacción del artículo 665 del Cc, constituye un verdadero apoyo institucional.

Si bien el artículo 695 del Cc se refiere a las formalidades requeridas en el testamento abierto y, más concretamente, a la manifestación de voluntad del testador en su otorgamiento, la Ley 8/2021 detalla el párrafo primero sobre los medios por los que el testador puede expresar su voluntad, añadiendo a la manifestación oral o escrita de la voluntad del testador la realizable a través de cualquier medio, en una clara manifestación de la tendencia gradual a flexibilizar los medios a través de los cuales el testador puede exteriorizar su voluntad al notario[55]; además, incorpora un párrafo tercero para facilitar tal manifestación a las personas con dificultades para ello, reafirmando con ello la función de apoyo notarial[56].

Aun cuando en este precepto no se hace referencia a personas con discapacidad, todo parece indicar que se ha de entender implícita en el párrafo tercero cuando alude a personas con dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, en la medida que, por su través[57], se pretende equiparar en el otorgamiento del testamento a las personas con dificultades auditivas y visuales[58] respecto de las que no poseen tales limitaciones. Constatamos

que el protagonismo de los guías-intérpretes como canal de conexión entre las personas con discapacidad sensorial —visual y/o auditiva— y el notario se repotencia en gran medida[59], fruto de los múltiples sistemas de comunicación que estas personas pueden emplear para expresar su voluntad.

En suma, observamos la ampliación de modalidades para manifestar la voluntad del testador, extendiendo con ello el espectro de personas que pueden testar, incluidas las discapacitadas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 665 y 249 del Cc.

II.3. Formalidades del testamento cerrado

En cuanto al testamento cerrado, la Ley 8/2021 modifica los artículos 706, 3; 708; 709; y 742, 3 del Cc: mientras que los tres primeros se ubican en la Sección Sexta (Del testamento cerrado), Capítulo I (De los Testamentos), Título III del Libro III, el último de ellos lo hace en la Sección Décima (De la revocación e ineficacia de los testamentos).

La propia esencia del testamento cerrado, en cuya virtud el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto (artículo 680 del Cc), justifica que el legislador enfatice tanto sobre las solemnidades de dicho otorgamiento (artículos 706-707 del Cc), como respecto de las personas que lo pueden otorgar (artículos 708-709 del Cc), aspecto este último en el que se han realizado modificaciones significativas.

Precisamente y, en relación con las formalidades del testamento cerrado, la Ley 8/2021 modifica también el artículo 57 de la Ley del Notariado, referido a la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, cuya única novedad estriba en la inserción de un párrafo 2º al nº 3 de dicho precepto[60], en el sentido de 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 un defensor judicial*", en clara sintonía con lo dispuesto en el artículo 295, 5º del Cc.

Tras la modificación operada por la Ley 8/2021 y, acorde con su espíritu, los cambios realizados en estos preceptos relativos al testamento cerrado tienden a favorecer la capacidad testamentaria activa de las personas que cuentan con dificultades visuales, para lo cual se implementan algunas formalidades adicionales que garanticen que el testamento se corresponda fielmente con la voluntad real del testador.

Por lo que se refiere a las formalidades del testamento cerrado, el artículo 706 del Cc exige que sea escrito, distinguiéndose en los párrafos 2º y 3º, respectivamente, que se haya escrito todo él de puño y letra por el testador o por cualquier medio técnico o bien por otra persona a ruego del testador, de tal manera que en el primer supuesto se requiere la firma del testador al final del documento, mientras que en el segundo supuesto se requiere la firma del testador en todas sus hojas y al pie del testamento. Los párrafos 4º y 5º del precepto contemplan, por un lado, la situación en la que el testador no sepa o no pueda firmar, en cuyo caso lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad, y por otro, aplicable en todo testamento cerrado, el requisito por el cual antes de la firma del mismo se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

Así pues, la Ley 8/2021 conserva la versión anterior del artículo 706 del Cc, salvo la modificación en el párrafo 3º del vocablo "*mecánico*" por "*técnico*", amén de la referencia al soporte electrónico, sin duda alguna la novedad más relevante en este apartado, al establecer que "*Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida*".

Por su través, no sólo se produce una mayor conexión con la realidad social (por ejemplo, con la Inteligencia Artificial y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), al reconocer el derecho de la persona discapacitada a testar, sino que además se repotencia la figura del testamento cerrado mediante una intervención notarial integral[61], más próxima, humana e inmediata con el propio testador.

En efecto, el fortalecimiento de la capacidad jurídica del testador con discapacidad se evidencia, principalmente, en la fase previa a la formalización del testamento, preventivamente, en aras de contar con una voluntad informada mediante aquellos apoyos (orales, escrito, telemáticos, visuales, auditivos, otros distintos y no convencionales[62]), que permitan, sin influencias e injerencias indebidas, desarrollar y robustecer el ámbito de la autonomía de la voluntad de los discapacitados. En este sentido, la intervención notarial, basada en la interacción con el testador y asesoramiento se erige en un apoyo cualificado y necesario, garante de la legalidad, en pro de la seguridad jurídica.

De la literalidad del precepto se extrae que la redacción del testamento cerrado puede efectuarse, a ruego del testador, por otra persona, ya sea a mano, o por otros medios técnicos, eso sí, bajo un riguroso sistema de firma por parte del testador, que permita, no sólo acreditar al autor de lo plasmado en el testamento, sino también haberse practicado la lectura y prestado la conformidad del mismo en función de las instrucciones recibidas y la manifestación proferida a cargo del

testador; en el caso de no saber o no poder firmar este su testamento, la plasmación de la firma por un tercero, a su ruego, implica haberlo leído y estar conforme con su tenor el testador, aun cuando y, en atención a las circunstancias señaladas, recabe de un tercero su firma denotando con ello su aprobación.

Se introduce la novedad en este precepto de la redacción del testamento cerrado en un documento electrónico, en cuyo supuesto se deba emplear una firma electrónica reconocida. Sin dejar de reconocer la decidida apuesta del legislador por conectar con los nuevos formatos de representación documental, lo cierto es que las dudas que esta nueva propuesta genera en torno al programa, sistema o modelo que asegure plenamente la conservación intacta y exacta del documento electrónico elaborado[63] aporta grandes dosis de escepticismo, cuando no de desconcierto, en su uso como práctica habitual.

Por su parte, así como el artículo 708 del Cc en su redacción anterior vetaba el otorgamiento de testamento cerrado "*a los ciegos y a los que no sepan o no puedan leer*", la actual redacción del precepto, fruto de la reforma de la Ley 8/2021, mantiene la prohibición para las personas que no sepan o no puedan leer, sin perjuicio de establecer que las personas con discapacidad visual puedan otorgarlo con medios mecánicos o tecnológicos que permitan escribirlo y leerlo, observados los restantes requisitos de validez establecidos en el Cc.

La modificación, por tanto, no afecta a la prohibición respecto de las personas que no saben o no pueden leer, que se mantiene[64], pero sí y, en gran medida, por lo sustancial de la reforma, a la viabilidad del otorgamiento de testamento cerrado respecto de las personas con discapacidad visual, quienes, antes de esta modificación, no eran considerados aptos para otorgarlo. Y es que las personas con discapacidad visual pueden, merced a los avances tecnológicos[65], escribir y leer su testamento a través de medios que proporcionen sistemas alternativos de comunicación.

Respecto de la posibilidad de otorgar testamento por las personas con discapacidad visual, también resulta modificado el artículo 709 del Cc, referido a las personas que no pueden expresarse verbalmente, pero sí pueden escribir.

En primer lugar, se reforma el párrafo primero del precepto, una modificación que, en principio, aparenta ser meramente terminológica, al sustituir la expresión "*los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, ...*" por "*las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, ...*", si bien, en verdad, responde al espíritu de humanización del derecho actual[66], que coloca a la persona en primer lugar, en detrimento de una visión tradicional más genérica, inexpresiva e impersonal sobre el ser humano.

A continuación, se reseñan las solemnidades necesarias para otorgar testamento cerrado por las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, que no se han modificado[67] respecto de la redacción anterior a la refor-

ma, permitiendo para ello vías alternativas de comunicación, sin mengua de las garantías sobre su autenticidad y eficacia ulterior. En la medida que el precepto no discrimina, la deficiencia o discapacidad referida podría ser tanto permanente, como temporal o transitoria, sin que resultara afectada la validez del testamento por la recuperación posterior del habla.

Sin embargo y, fruto de la reforma, se añade un párrafo segundo, por el cual "*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*". Observamos que, novedosamente, se permite a estas personas con discapacidad visual otorgar testamento cerrado[68], habilitando el recurso a medios técnicos accesibles para exteriorizar su declaración de voluntad y, por ende, poder verificar en la cubierta del testamento lo declarado sobre su tenor, el medio de redacción empleado y la identidad de su firma.

En conclusión, volvemos a detectar en este precepto un exponente más del reconocimiento de la capacidad de otorgar testamento cerrado a personas con discapacidades sensoriales, a diferencia de lo que sucedía antes de la Ley 8/2021, período en el que carecían de capacidad testamentaria activa.

Para concluir con las modificaciones de la Ley 8/2021 relativas al testamento cerrado, el numeral 2º del artículo 742 del Cc, atinente a su revocación, dulcifica la terminología para adaptarla a la nueva legislación[69]. Para ello se parte de una idea más que alentadora: las enfermedades, fruto de la ciencia, evolucionan y ciertas expresiones tradicionalmente estigmatizantes —demencia— tienden a modularse.

En efecto, se sustituye la expresión "*hallándose éste en estado de demencia*" por una nueva redacción que señala "*hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental*", todo ello relacionado con el primer párrafo del precepto cuando afirma que "*se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen*", disponiendo actualmente el párrafo segundo que "*el testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez*", con lo cual mantiene la redacción anterior, a salvo de la expresión mencionada, sin alterar la redacción del párrafo tercero en cuanto al supuesto de hallarse el testamento en poder de otra persona.

Aun así, se observa, por un lado, la reafirmación del principio *favor testamenti*, al tratar de conservar la validez del testamento cerrado no obstante la existencia de desperfectos materiales, de probarse su realización por el testador con alteración mental grave; y, por otra parte, se colige un tinte proteccionista a favor de quien estuviera afectado por alteraciones graves en su salud mental, al conferir validez al testamento cerrado cuando se probare haber ocurrido el desperfecto en tal circunstancia, lo cual, aunque pudiera reputarse una solución loable desde un punto de vista sociológico, podría generar una contradicción[70] jurídica, al colisionar con la regla general de presunción de la capacidad de testar, idea inspiradora, entre otras, de la Convención de Nueva York.

Aparentemente, pues, estamos ante una modificación más terminológica que efectiva; sin embargo, en un análisis más profundo, podríamos entender que la nueva expresión (alteraciones graves en la salud mental) resulta más genérica y amplia que la anterior (estado de demencia), toda vez que bajo su espectro no sólo tendrían acogida patologías permanentes o de duración más prolongada, sino también situaciones puntuales de arrebatos compulsivos transitorios de gravedad considerable, antes de devenir en enfermedades estacionarias, crónicas o habituales.

II.4. Capacidad testamentaria pasiva e indignidad para suceder

El Derecho romano entendió por *testamenti factio passiva* la idoneidad o capacidad para ser instituido heredero, adquirir legados o ser nombrado tutor en un testamento, a diferencia de la incapacidad que se producía cuando la persona llamada a la herencia testada y, contando con *testamenti factio passiva*, no podía adquirir total o parcialmente la herencia o el legado, de tal manera que la institución de heredero era válida, mas no la adquisición de la herencia[71]. Por su parte, el ordenamiento jurídico romano entendía por indignidad[72] la sanción aplicada al llamado a la herencia *ex testamento* que, contando con *testamenti factio passiva* y capacidad para heredar, observaba un comportamiento desleal o inmoral respecto del causante de la sucesión, o, en general, una conducta reprobable, de tal suerte que era calificado indigno para suceder y se le despojaba por la *Republica* de lo adquirido por herencia, cuyo destino era el Fisco.

En nuestro Derecho actual, la incapacidad para suceder constituye una excepción a la regla general que atribuye capacidad para suceder por testamento o *abintestato* a quienes no estén incapacitados por la ley, conforme al artículo 744 del Cc.

Dentro de las incapacidades para suceder se distinguen[73] las absolutas, que establecen *ex lege* la exclusión categórica del sujeto implicado para suceder mor-

tis causa a cualquier persona, ante la inexistencia del llamado a la herencia, razón por la cual el llamamiento efectuado es nulo de pleno derecho (artículo 745 del Cc); y las relativas, que incluyen prohibiciones de suceder en la sucesión testada de una persona determinada a algunas personas que, por su especial relación con el testador, podrían incidir en la decisión de lo expresado en su testamento y, por tanto, habrían podido captar su voluntad testamentaria, hasta el punto de adolecer de ineficacia algunas disposiciones del testamento (artículos 752-754, 900 del Cc: sacerdote y sus parientes, tutor o curador, notario y sus parientes, albacea).

Por su parte, la indignidad[74] comprende la situación en que personas capaces de suceder, *ex testamento* o *ex lege*, son privados de este derecho en una sucesión determinada por observar una conducta socialmente reprochable así entendida por el legislador respecto del *de cuius* y su círculo más estrecho, sea anterior o posterior a su fallecimiento, y solamente por las causas que la ley señala (principalmente en el artículo 756 del Cc, amén de los artículos 674, 713 y 111 del Cc).

En relación con la incidencia de la Ley 8/2021 sobre esta materia, se han visto afectados los artículos 753 (incapacidades relativas cuando el testador es vulnerable) y 756, 2 y 7 del Cc (causales de indignidad relacionadas con personas con discapacidad).

Ya el artículo 251, 1º del Cc, tras su reforma[75] a través de la Ley 8/2021, prohíbe a quien desempeñe alguna institución jurídica de apoyo recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Una redacción que reproduce, a grandes rasgos, el tenor del anterior artículo 221 del Cc, con la sustitución de la expresión "*cargo tutelar*" por la de "*medidas de apoyo*", lo que conduce a mantener una línea continuista al vincular a priori conductas indebidas provechosas, prioritariamente patrimoniales, por parte de quien apoya eventualmente a personas discapacitadas, más vulnerables que las que no padecen ninguna discapacidad.

Si bien la Convención de 2006 insta en el tratamiento de la discapacidad a los Estados Partes[76] a proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos, de manera tal, que se asegure la inexistencia de influencias indebidas y conflictos de intereses en el ejercicio de las medidas de apoyo tuitivas de las personas con discapacidad al ejercer su capacidad jurídica, al mismo tiempo, podrían aquellas irrespetar los deseos de las personas con discapacidad y sus posibles preferencias o voluntad de decisión.

Con relación al artículo 753 del Cc, procede señalar que las incapacidades relativas tratan de evitar la captación de la voluntad del testador al otorgar su testamento, especialmente respecto de las personas que por su parentesco, relación o confianza con el testador pudieran incidir en su decisión testamentaria. La Ley

8/2021 modifica únicamente este precepto en sede de incapacidades relativas, no sólo para asumir los nuevos paradigmas relacionados con la discapacidad, incluida la supresión del tutor como representante legal del discapacitado, sino también para extender la prohibición existente de efectuar disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador representativo a otra serie de personas que entablan una relación estrecha con las personas con discapacidad y que, por ende, pueden influir indebidamente en la conformación y expresión de su voluntad testamentaria[77]. Ello no obsta para que se cuestione[78], incluso, el fundamento mismo de esta prohibición, al poner en entredicho algunos de los nuevos ejes sobre los que gravita hoy la concepción socio-jurídica de la discapacidad[79], tales como, por ejemplo, la igual capacidad jurídica que se reconoce a los discapacitados, incluida la capacidad para testar, así como el principio de libertad testamentaria.

En esta discusión jurídica se plantean dos posiciones contradictorias: por un lado, la que considera que la prohibición constituye una intromisión no legítima en la vida del discapacitado, a la vez que discriminatoria para él; y, por otro, a la que nos adscribimos, la que sostiene que la prohibición resulta proporcional si se toma en cuenta la envergadura e importancia del fin perseguido. La postura adoptada por el legislador en la Ley 8/2021, con base en una función preventiva, trata de buscar un equilibrio ante estas dos visiones, si bien, sobre la base de lo que se entiende más útil para la protección del testador vulnerable, opta por restringir en algo la libertad de disposición mortis causa del testador en aras de asegurar que el testador disponga libremente, sin recibir influencias indebidas.

Respecto del contenido de las disposiciones testamentarias y, en consonancia con el propio contenido del testamento, pueden ser de índole patrimonial o no patrimonial, toda vez que el legislador quiere evitar no solo la sucesión respecto de aquel de quien se sospecha la posible manipulación del testador vulnerable, sino también cualquier provecho, beneficio o ventaja que una disposición testamentaria le pueda dispensar, aunque su contenido no sea patrimonial. Sin embargo, sea patrimonial o no el contenido de esta, el veto establecido por el legislador se circunscribe a las disposiciones testamentarias enmarcadas en el ámbito sucesorio propiamente dicho[80]. Así, por ejemplo, no aplicaría al mero reconocimiento de derechos patrimoniales consagrados por ley, como ocurriría con el reconocimiento en testamento del derecho de autor.

En cuanto a la consecuencia del otorgamiento de las disposiciones testamentarias en favor de las personas afectadas por la prohibición, el legislador señala inicialmente que "*no surtirán efectos*", en tanto que en el siguiente párrafo se establece su nulidad. A pesar de la disparidad terminológica, la nulidad de la disposición testamentaria deberá ser declarada judicialmente, una vez probados los presupuestos establecidos en la norma, de tal manera que no operará auto-

máticamente —*ope legis*— y, por tanto, la misma consecuencia jurídica será de aplicación en el primero y segundo párrafo del precepto.

Pasemos a analizar cada uno de los supuestos contemplados:

1. Disposición testamentaria a favor del tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. La consecuencia jurídica de una disposición contraria a esta prohibición, de conformidad a los artículos 752, 753 y 755 del Cc, es su ineficacia, más concretamente, es nula.

De la lectura del precepto podemos detectar que esta prohibición de suceder aplica mientras esté vigente la curatela[81], y sólo afecta al curador representativo, pero no al curador asistencial[82], a pesar de que la función asistencial y de cuidado del curador es la preferente y la habitual, ante el carácter excepcional de la curatela representativa (ex artículos 249, 3º; 269, 3º; 282 y 285 del Cc), y de que el curador asistencial, dada su ascendencia con el testador, también podría captar su voluntad e influir notoriamente en su voluntad testamentaria.

Se trata de una norma preventiva que busca garantizar la libertad dispositiva por causa de muerte respecto de personas cuya voluntad pueda ser captada sibilinamente y en relación con las cuales el curador asistencial, dada su ascendencia sobre el testador, podría manipular subrepticiamente al ejercer notoria influencia sobre su ánimo y voluntad.

Tal como se ha señalado, el fundamento de esta incapacidad relativa para suceder radica en evitar la captación de la voluntad del testador por personas muy cercanas al mismo, que pueden influir, con mayor probabilidad que otros sujetos, en su voluntad.

A su vez, hay que traer a colación el artículo 250, 7º del Cc cuando señala que "*al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida*", norma en principio aplicable a toda persona que deba prestar el apoyo, incluidos los curadores, asistenciales o representativos, toda vez que ambos pueden influir en la voluntad del testador. Difícil resulta justificar la restricción de esta incapacidad relativa exclusivamente al curador representativo y no a otras personas que puedan prestar apoyo a la persona discapacitada[83], incluidos los parientes del curador, tal como sí establecen los artículos 752 y 754 del Cc, cuya potencialidad de influir indebidamente en la determinación de su voluntad testamentaria también existe, sobre todo si tenemos en cuenta una de las motivaciones de la reforma en esta materia, esto es, ampliar el ámbito de la prohibición.

Precisamente, el excesivo celo imprimido por el legislador en este apartado, al establecer, con carácter previo, defensas disuasorias tendentes a diluir los posibles conflictos de intereses susceptibles de generar influencias indebidas, podría propiciar que personas aptas para el desempeño de funciones de apoyo resultaran

excluidas de tal cometido. Probablemente, este rigor desmedido, a nuestro juicio, pudiera deberse al arrastre ejercido por la versión del Código anterior a la Ley 8/2021, que habría desencadenado la equiparación de la caduca tutela representativa con las nuevas medidas de apoyo, cuya regla general aboga por un carácter asistencial.

Si bien el mencionado precepto habla de "*liberalidades*", sin distingos entre las que provienen de actos inter vivos o mortis causa, que podría entenderse como una supuesta unificación de ambos tipos de liberalidades, sin embargo, procede acotar que, dado que el nuevo artículo 753 del Cc alude específicamente a la ineficacia de las disposiciones testamentarias —liberalidad mortis causa por antonomasia— en favor del tutor o curador representativo del testador, salvo que sean posteriores a la extinción de la tutela o curatela, si optamos por una interpretación conjunta de los artículos 251, 1º y 753 del Cc, sumado a la invocación del principio de especialidad, deberá prevalecer, a nuestro entender, la aplicación de este último cuando de disposiciones testamentarias se trate.

En la medida que estamos en presencia de una excepción al principio de libertad de testar, este supuesto debe ser interpretado restrictivamente[84] y, en tal sentido, la prohibición no podrá extenderse a otras instituciones jurídicas distintas de la tutela y la curatela (guarda de hecho, defensor judicial).

2. Disposición a favor de cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que el testador estuviera internado por razones de salud o asistencia.

Se introduce como novedad que la imposibilidad de suceder se extienda también a los cuidadores de personas internadas (titulares, administradores o empleados), lo que conecta con la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 250 del Cc, en el que se veta para ejercer cualquier medida de apoyo "*a quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*", una prohibición que, entendemos, podría resultar más que desproporcionada[85] ante al intento de evitar al máximo posibles abusos de confianza con influencias indebidas por quien presta el apoyo respecto del asistido o ayudado. En tal caso, no serán válidas atribuciones patrimoniales de ningún tipo, con independencia de su valor, sanción excesivamente radical, al neutralizar cualquier atribución patrimonial, incluido un legado de módico valor del que el cuidador fuera merecedor con creces.

Aun cuando no se repite en este segundo párrafo del artículo 753 del Cc la expresión "*disposición testamentaria*", pensamos que se refiere a este tipo de disposiciones, más aún si lo enmarcamos en el conjunto de los artículos 747-755 del Cc del que forma parte.

Así pues, se declara nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. La mención del administrador parece referirse a los que ocupan el cargo de dirección de los centros asistenciales, públicos o privados, en los que el testador se halle internado a causa de su salud o por necesidades de cuido.

En el choque que se produce entre el riesgo de las influencias indebidas y la voluntad de recompensar la abnegación prestada en el cuidado personal, se opta por neutralizar las posibles influencias indebidas a la hora de otorgar testamento por parte del testador vulnerable cuando el testamento no sea abierto, quedando al margen de la prohibición disposiciones favorables a cuidadores que, por su vinculación parental o conyugal, estuvieran llamados por ley a su sucesión.

La prohibición absoluta se basa en el riesgo confirmado por algunos casos que han generado gran conmoción y alarma social respecto de testadores vulnerables internados en residencias geriátricas o establecimientos asistenciales durante su internamiento, pues el legislador considera, sin motivos irrefutables a nuestro juicio, que tal internamiento incrementa en el testador vulnerable el riesgo de captación de su voluntad, razón que le lleva a aplicar la misma prohibición absoluta[86] que rige para los curadores representativos, prohibición extendida por igual a los cuidadores de la persona testadora que no se hallen en dichos establecimientos ni dependan de los mismos, como veremos más adelante.

En ambos casos se trata de impedir la captación de la voluntad de la persona cuyo cuidado ostentan, a pesar de que, en muchas ocasiones, el testador es partidario de beneficiar en su testamento a la persona que le ha cuidado en los últimos años de su vida; sin embargo, entre ambos grupos de sujetos involucrados, las consecuencias de la prohibición se matizan[87]: para las personas vinculadas con el establecimiento donde el testador está internado, la prohibición es absoluta, siendo nula cualquier disposición mortis causa a su favor[88]; de no mediar tal relación o internamiento, la disposición se reputaría válida, si se ordena en testamento notarial abierto.

Las dos incapacidades relativas anteriores previstas en este artículo 753 del Cc, a diferencia de las incapacidades relativas contempladas en los artículos 752 y 754 del Cc (sacerdote confesor durante la última enfermedad del testador y notario autorizante del testamento del causante), en principio, no se irradian ni al cónyuge ni a los parientes próximos del tutor, curador representativo, o cuidadores titulares, administradores o empleados del establecimiento donde estuviera internado el testador. Sin embargo, en caso de que estos (parientes o cónyuge) actúen como persona interpuesta de aquellas sobre las que recaen tales incapa-

cidades, la disposición testamentaria sería nula, conforme a lo establecido en el artículo 755 del Cc.

3. Disposición a favor de los citados establecimientos públicos o privados en el que aquellas estuvieran internadas.

También se declara la nulidad de esta disposición cuando se efectúa a favor de los propios establecimientos (públicos o privados) donde el testador estuviere internado, conectando con la prohibición establecida en el artículo 250 *in fine* del Cc cuando afirma que no podrán 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, una solución de carácter preventivo que trata de poner coto de manera un tanto drástica a algunas situaciones reales detectadas, con gran repercusión y alarma social, en las que personas internadas en residencias otorgaban poderes a favor del personal de las mismas.

La nulidad de las disposiciones testamentarias afecta a todos los establecimientos geriátricos o asistenciales (públicos o privados), sea la persona jurídica en sí misma considerada, o bien la persona física considerada como titular, administrador o empleado de dichos establecimientos, siempre que se trate de personas que por razón de su estado de salud o asistencia estuvieren internados allí, al margen de necesitar o no medidas de apoyo. Con tal solución, el legislador pretende eliminar toda sospecha en torno a la voluntad del testador, incluso expresada en testamento abierto, con el mismo carácter absoluto de la prohibición previsto para el caso de tutores y curadores representativos.

Aun cuando pudiéramos entender la contundencia de la norma por el impacto de algunos casos, aislados pero sangrantes, en los que se ha producido una deleznable captación de la voluntad de personas vulnerables, lo cierto es que el excesivo celo y rigor aplicados, sin excepción[89], puede generar unos efectos colaterales más que indeseados, al perjudicar gravemente a la persona precisada de atención y cuidados, sobre todo cuando los padres de los hijos con discapacidad confían el cuidado de su hijo a organizaciones, fundaciones, asociaciones o personas de extrema confianza, que resultan vetados por esta norma para recibir cualquier tipo de compensación o remuneración voluntaria. Indirectamente, se están limitando las posibilidades de atención y cuidado de las personas discapacitadas, puesto que estos establecimientos ven reducidas sus potenciales fuentes de ingresos que aseguren su sostenimiento y, como efecto rebote, las personas discapacitadas ven disminuida la posibilidad de ser atendidas en centros de tal naturaleza.

La posibilidad que se ofrece en el artículo 251 del Cc *in fine* respecto de quienes prestan medidas de apoyo podría ser una referencia digna de consideración en este supuesto, pues se establece que "*en las medidas de apoyo voluntarias*

estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas". A lo que habría que añadir el recurso a la prueba de los vicios del consentimiento para invocar la nulidad del acto jurídico celebrado. Todo ello en aras de encontrar algún resquicio jurídico que permita superar la solución prohibitiva extrema impuesta por el legislador en el supuesto analizado.

4. A favor de las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga, a menos que sea en un testamento notarial abierto, en cuyo caso tales disposiciones son válidas.

En este supuesto, el testador no se halla internado en un centro o establecimiento público o privado, mas sin embargo, recibe cuidados y asistencia de otras personas físicas, incluido el caso de empleadas o empleados domésticos que, eventualmente y, de ser preciso, prestan apoyo y cuidado al testador, supuesto en el que solo podrían ser favorecidos en su sucesión si la ordenara en testamento notarial abierto, fungiendo aquí el notario como contralor de que el testamento otorgado se corresponde fielmente con la expresión consciente, libre y voluntaria del testador para después de sus días con el fin de recompensar la abnegación, ayuda y atención prestadas por sus cuidadores, lo cual no obsta, sin embargo, para que, aun tratándose de un testamento notarial abierto este pueda ser nulo por haber mediado violencia, dolo o fraude en su otorgamiento, una vez probada la concurrencia de estos vicios de la voluntad testamentaria.

Dado el carácter excepcional del precepto y que toda excepción debe entenderse en sentido estricto, deberemos entender limitada su aplicación al testamento abierto[90], no extensible, por tanto, ni al testamento cerrado, ni tampoco al testamento ológrafo.

Este inciso del precepto se presenta como una excepción con un ámbito de aplicación bastante estrecho, es decir, una reducida válvula de escape a la regla general que prohíbe testar a favor de determinadas personas en función de la asistencia y cuidado prestados al testador, una regla general que, por restringir la voluntad testamentaria, podría colisionar con el espíritu de la Convención de 2006 y la letra de la Ley 8/2021[91], más aun si se pone en evidencia que la misma persona que ve recortada su voluntad testamentaria puede celebrar válidamente actos jurídicos inter vivos, no obstante ser anulables por vicios del consentimiento.

Así pues, el rango de prohibición en este supuesto es menor, puesto que se habilita el testamento abierto o notarial para que estas personas resulten favorecidas en algunas de las disposiciones testamentarias.

Relacionando el párrafo segundo y tercero del artículo 753 del Cc, se constata, a nuestro juicio, un prejuicio difícilmente sostenible: a los efectos de propiciar posibles influencias indebidas en la manifestación de la voluntad testamentaria, sin razón sólida para ello, se duda más de los cuidadores institucionales o forma-

les, y de los centros geriátricos en los que aquellos están empleados, que de los cuidadores domésticos.

Por tal motivo, habilitar el testamento abierto en el caso de los cuidadores familiares informales y no hacerlo para los cuidadores institucionales, no nos parece racional, lógico ni acorde con la Convención de 2006. Por su través, se menosprecia la labor del notario[92], contralor de la legalidad del testamento de la persona discapacitada, dado que su cualificada formación profesional[93] le permitirá comprobar, además de las formalidades legales de un acto jurídico solemne, su autonomía personal y la utilización de los apoyos que sean menester.

Al igual que el supuesto contemplado en el párrafo primero de este precepto, evidentemente, una disposición testamentaria de esta naturaleza adolece de nulidad.

5. A modo de excepción, se establece la validez de las disposiciones en favor del tutor, curador o cuidador en el caso que estos sean parientes con derecho a suceder *ab intestato*, con lo cual la prevención legal cede ante el llamamiento legal a suceder en la herencia del testador vulnerable.

El último párrafo del precepto analizado incluye una excepción a la incapacidad relativa contemplada cuando se trate de disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente del testador con derecho a sucederle *ab intestato*, lo cual, como no podía ser de otra manera reafirma la *testamenti factio passiva* de todo curador o cuidador del testador con discapacidad, pariente y heredero *ab intestato* del mismo, con lo cual se excepciona la prohibición de los párrafos anteriores.

En efecto, el vínculo familiar existente en este caso entre la persona con discapacidad y sus cuidadores soslaya los recelos ante una supuesta captación de voluntad en la toma de decisiones mortis causa, con base en el argumento, discutible a nuestro juicio, de que si el tutor o el curador representativo, o el cuidador del testador vulnerable, fueran llamados en su sucesión *ab intestato*, las sospechas de captación de la voluntad testamentaria se aminoran, puesto que, de no testar dicha persona, resultarían también favorecidos en su sucesión legal. Sin embargo, podría darse el caso en el que el testamento favoreciera en más de lo que la sucesión legal asigna a estos parientes y, por ende, la tentación de captar la voluntad del testador vulnerable pudiera resultar, incluso, mucho más irresistible para estos parientes[94], sucesores *abintestato*, más aun a sabiendas de que sobre ellos no aplica la prohibición.

A diferencia de lo establecido en el precepto en su versión anterior a la reforma de la Ley 8/2021, cuya prohibición recaía sobre el ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador, con la nueva redacción se amplía el espectro de aplicación de la excepción a la prohibición, toda vez que con la expresión "*pariente con derecho a suceder abintestato*" extiende el trato de favor

otorgado por la excepción también a los tíos y sobrinos (parientes colaterales de tercer grado), así como a los tíos abuelos y primos hermanos (parientes colaterales de cuarto grado), por ser estos, junto a descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, quienes integran el elenco de parientes con derecho a suceder *ab intestato*, según los artículos 913 y ss. del Cc. No comprende al Estado o la Comunidad Autónoma, pues siendo estos sucesores legales, no son parientes.

La no inclusión en esta nómina de la pareja de hecho o persona conviviente con el discapacitado resulta coherente, en principio, si partimos de que aquella carece de derechos sucesorios en la sucesión legal, si bien la realidad se encargará de demostrar en muchas ocasiones que será la persona conviviente con el discapacitado quien funja de curador o cuidador, un argumento práctico que podría verse reforzado con su toma en consideración, en defecto de propuesta al efecto, a la hora de nombrar como curador por el juez a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable al cónyuge, siempre que conviva con quien precise el apoyo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 276,1º del Cc.

En todo caso, son dos situaciones diferentes relacionadas con las parejas de hecho, que, a nuestro juicio, deben ser discriminadas y no asimiladas: por un lado, la referida a la delación legal ante el eventual nombramiento de curador; y por otro, su llamamiento a la herencia en la sucesión legal. Mientras el legislador no incorpore al miembro de la pareja de hecho como heredero *ab intestato*, entendemos que no podrá verse afectado por el efecto de la excepción a la prohibición de suceder del curador o cuidador pariente que ostente un derecho a suceder *ab intestato* del artículo 753 *in fine* del Cc.

No obstante, la nueva redacción del precepto genera alguna que otra matización, principalmente en lo atinente a su aplicación, pues se plantea si afecta exclusivamente al primer párrafo del precepto (curador representativo), o también se extiende a los párrafos segundo y tercero[95], cuando en realidad se trata de situaciones diferentes: por lo general, los nombrados curadores suelen ser parientes del discapacitado, razón de más para entenderlos comprendidos en la excepción del artículo 753 *in fine* del Cc; no resulta habitual que el discapacitado internado en un establecimiento sea pariente de alguno de sus cuidadores, motivo suficiente para no incluirlos en la excepción señalada; en cuanto al párrafo tercero, la excepción será de aplicación a las personas en él mencionadas, si la persona física que cuida y presta atención al testador fuera su pariente.

Respecto de las causales de indignidad afectadas por la Ley 8/2021, nos referimos a los números 2º y 7º del artículo 756 del Cc, en los que se produce una adaptación terminológica.

Se da nueva redacción en el artículo 756 del Cc al párrafo 3º del ordinal 2º y, en su virtud, se introduce como causa de indignidad sucesoria el supuesto del

curador que haya sido removido de la curatela de una persona con discapacidad por una causa que le fuera imputable a aquel.

En la redacción anterior del precepto se reputaba indigno para suceder a quien hubiera sido privado de la patria potestad, o removido de la tutela o acogimiento familiar de un menor o de una persona con la capacidad modificada judicialmente, expresión esta última incompatible con la Convención de 2006 y la Ley 8/2021, en la medida que toda persona con discapacidad cuenta con capacidad jurídica[96], inherente a toda persona humana, motivo por el cual la capacidad no puede modificarse.

El hecho de que la nueva redacción del precepto aluda a la tutela, evidentemente, queda circunscrito a su ámbito tras la Ley 8/2021, esto es, a los menores no emancipados no sujetos a patria potestad y/o los menores no emancipados en situación de desamparo, conforme al artículo 199 del Cc.

Ante la gravedad que representa la remoción del cargo de curador por una causa que le sea imputable, cuando a tenor del artículo 278 del Cc "*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 ...*", y dado que el legislador no discrimina[97], entendemos que esta causal aplicará tanto al curador asistencial como al representativo, en la sucesión testada o la intestada.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que la remoción del cargo de curador precisa una sentencia judicial firme basada en algunas de las causas establecidas en el artículo 278 del Cc, sin perjuicio de que, a tenor del artículo 757 del Cc, "*las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público*".

Además, se da una nueva redacción al ordinal 7º de este artículo 756 del Cc, en la cual se establece que, respecto de la herencia de una persona con discapacidad, son incapaces de suceder por indignidad las personas con derecho en su herencia que no les hubieran prestado las atenciones debidas a las personas con discapacidad, reputándose como tales las referidas en los artículos 142 y 146 del Cc, esto es, la obligación de alimentos o deuda alimenticia[98] que tienen los parientes (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos) en los auxilios necesarios para la vida, según concreta el artículo 143 del Cc.

En puridad, la actual redacción no ha variado nada respecto de la versión anterior[99], con lo que mantiene la emanada del artículo 10, Uno, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta réplica exacta del tenor literal de la

versión anterior plantea, al menos, una reflexión, toda vez que, a pesar de haber permanecido sin modificaciones, lo cierto es que, en verdad, sí se ha producido un cambio importante en su ámbito de aplicación, puesto que el concepto de persona con discapacidad del precepto deberá quedar circunscrito al que le otorga la Disposición Adicional Cuarta[100] del Cc. Sin embargo, al no modificarse el contenido de este precepto, afloran las mismas dudas existentes antes de la reforma[101]: en primer lugar, el contenido de la asistencia, estrictamente reducida al ámbito patrimonial, dejando por fuera de la sanción por indignidad la causal del maltrato psicológico o la desatención de la persona en términos generales; y, además, lo atinente a los sujetos afectados en función de su derecho a la herencia del discapacitado, al quedar su ámbito de aplicación excesivamente reducido.

III. UNA REFERENCIA A LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Por lo que se refiere a las sustituciones hereditarias, la Ley 8/2021 incide concretamente en dos preceptos del Cc: suprime la sustitución ejemplar (artículo 776); y modifica la sustitución fideicomisaria (artículo 782) cuando grava la legítima.

La Ley 8/2021 suprime la sustitución ejemplar[102] del artículo 776 del Cc, cuya redacción provenía de la redacción original de 1889 y establecía la facultad del ascendiente de nombrar sustituto al mayor de catorce años declarado incapaz por enajenación mental, una sustitución invalidada si dicha persona otorgaba testamento posteriormente durante un intervalo lúcido o después de haber recuperado la razón.

La interpretación del precepto suscitó posturas contradictorias en la doctrina y en la propia jurisprudencia del TS[103], pues se debatía si el testador podía establecer dicha sustitución sobre todos los bienes del sustituido o sólo sobre los bienes que había dejado al mismo, prevaleciendo la primera de las opiniones señaladas.

Se invoca a favor de la supresión contravenir el principio fundamental de la toma autónoma de decisiones por la persona con discapacidad. Aun así, no resulta cuestión pacífica y ha provocado viva polémica entre la doctrina: la mayoría se pronuncia por la supresión[104], con base en la confirmación que realiza la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 8/2021 en tal sentido[105]; sin embargo, también los hay que defienden la conservación de la figura[106].

Se presentan los siguientes argumentos en favor de la supresión de la sustitución ejemplar del artículo 776 del Cc: a) Las personas con discapacidad tienen capacidad para ejercer por sí mismas sus derechos, según su voluntad, deseos y preferencias (ex artículo 249 del Cc), de manera que la sustitución ejemplar

excluiría la posibilidad de que el descendiente con discapacidad pudiera por sí mismo establecer su propia sucesión; b) La Convención de 2006 elimina los mecanismos sustitutorios de la voluntad de la persona con discapacidad; c) El sustituyente decide el destino de los bienes del sustituido sin tener en cuenta su voluntad; d) La Ley 8/2021 suprime la incapacitación y la sustitución ejemplar se sustenta en la declaración de incapacidad; e) El testamento es personalísimo y, por tanto, nadie puede testar por otra persona.

Por otro lado y, en defensa de la sustitución ejemplar, se esgrimen los siguientes argumentos: a) El precepto no resultaba absoluto, pues se invalida la sustitución si el sustituido con discapacidad otorgaba testamento, bien en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón; b) La Convención de 2006 no la suprimió expresamente y por ello, con la supresión, no se ha tenido en cuenta que hay personas que, por sus circunstancias, ni siquiera con las medidas de apoyo, pueden expresar su voluntad, ni nunca han podido, ni podrán hacerlo en un futuro, lo que conduce inexorablemente a la apertura de la sucesión legal al margen de la atención prestada a la persona discapacitada; c) Si se entiende que el testador sólo puede establecer una sustitución sobre sus propios bienes y no sobre el patrimonio del sustituido, no se puede hablar de sustitución de la voluntad absolutamente, puesto que el sustituyente sólo decide el destino de sus propios bienes y no de los bienes del sustituido, de tal suerte que, en puridad, no se estaría limitando la autonomía del sustituido; d) Otros preceptos del Cc contemplaban la incapacitación de las personas y no se han suprimido, sino que han adaptado su contenido a la nueva regulación; e) Aun reconociendo el carácter personalísimo del testamento, si se permite la sustitución fideicomisaria, también cabría admitir la sustitución ejemplar.

Compartiendo, en general, los argumentos de la primera postura, por ser acordes con la Convención de 2006, reconocemos que los aportados por los defensores de la segunda tesis son también dignos de consideración, sobre todo por su coherencia y uniformidad.

Respecto a las modificaciones habidas en el ámbito de la sustitución fideicomisaria, únicamente afectan al artículo 782 del Cc, vinculado con los artículos 808 y 813 Cc en sede de porción legítima.

La redacción anterior del precepto establecía que las sustituciones fideicomisarias nunca podían gravar la legítima, salvo que gravaran la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808, y de recaer sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrían constituirse en favor de los descendientes.

Aunque pareciera una mera variación terminológica, lo cierto es que la Ley 8/2021 introduce alguna modificación relevante en cuanto a la intangibilidad cualitativa de la legítima[107]: en efecto, modifica en el párrafo primero del precep-

to mencionado la salvedad de la prohibición de la sustitución fideicomisaria que grave la legítima, pues al concretar los posibles beneficiarios de tal excepción o salvedad se elimina la expresión "*un hijo o descendiente judicialmente incapacitado*" y se sustituye por la siguiente: "*uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad*", dado que, por un lado, la incapacitación ha sido suprimida y, además, se limita el gravamen sólo a los hijos con supresión de la referencia a los descendientes; por su parte, el segundo párrafo permanece intacto en su contenido y esencia, mas no en su redacción literal, pues se sustituye la expresión "*si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes*" por esta otra "*si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrá establecerse a favor de los descendientes*".

A su vez, por mención expresa de la Disposición Adicional Cuarta del Cc, la referencia a la discapacidad realizada en este artículo del Cc, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre[108], así como a las personas en situación de dependencia de grado II o III[109] según la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, todo ello en aras de la seguridad jurídica[110] ante la presencia de conceptos jurídicos indeterminados que debían ser probados por el hijo perjudicado en la legítima.

Ya no se hace referencia a los descendientes del testador. Sólo se establece el gravamen de la legítima a favor de hijos con discapacidad, no de ulteriores descendientes (nietos, por ejemplo), quienes[111], sin embargo, podrían verse favorecidos en la herencia de sus abuelos a cargo del tercio destinado a mejora, y/o del tercio de libre disposición.

Así pues, aun cuando aparentemente podría entenderse que la modificación del precepto es meramente terminológica, sin embargo, se ha reformado también su contenido, al limitar las personas beneficiadas por el gravamen, lo cual altera el contenido de los artículos 808 y 813 del Cc[112], vinculados con aquel, y plantea problemas de coordinación[113].

En su virtud[114], taxativamente, sólo pueden ser fiduciarios uno o varios hijos del testador en situación de discapacidad, de manera que el testador[115] podría disponer de toda la legítima en favor del hijo o hijos con discapacidad, de manifestarlo así expresamente; en caso contrario, habrá que entender la constitución sobre las legítimas del resto de legitimarios de una sustitución fideicomisaria de residuo por la que el fiduciario —hijo con discapacidad— podría usar, consumir y disponer de los bienes solamente por actos inter vivos a título oneroso. A su vez, la cualidad de fideicomitente quedaría reducida a los padres, en tanto que la de fideicomisario, a los hermanos del fiduciario.

IV. CONCLUSIÓN

I. La amplia reforma legislativa derivada de la Ley 8/2021 afecta también al Derecho sucesorio, de tal manera que algunos artículos del Cc son modificados en profundidad (663, 665, 753, 776, 782, 808, 813); otros cambian las formalidades testamentarias para facilitar su acceso a personas con discapacidad (695, 697,2, 708, 709); un tercer bloque sustituye y corrige expresiones obsoletas e incongruentes a través de una adaptación terminológica, omitiendo, en general, los problemas interpretativos de su contenido (706, 742, 756, 2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

II. La mencionada Ley reforma algunas cuestiones relacionadas con la sucesión testamentaria cuando intervienen personas con discapacidad, entre las que destacamos la capacidad testamentaria activa (artículos 663, 695,1, 697,2 del Cc), con una referencia especial al juicio de capacidad efectuado por el notario (artículos 665, 695,2 del Cc); las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc); la capacidad testamentaria pasiva e incapacidad para suceder por causa de indignidad (artículos 753, 756 del Cc, respectivamente); y las sustituciones hereditarias (artículos 776, 782 del Cc).

III. En cuanto a la capacidad testamentaria activa, se detecta en la redacción del artículo 663 del Cc una incursión del lenguaje científico en el mundo jurídico que, lejos de aclarar, puede confundir, pues, a nuestro entender, el lenguaje utilizado en el campo de la discapacidad no siempre debería ser elegido para precisar el contenido de los preceptos del Cc; además, la nueva redacción del artículo 695,1 del Cc amplía la posible expresión de la última voluntad por el testador ante el notario mediante una tercera modalidad ("*cualquier medio técnico, material o humano*"), lo que faculta a las personas discapacitadas cuando deseen otorgar testamento a utilizar los sistemas de comunicación utilizados habitualmente por ellas, incluso alternativos o amplificativos del lenguaje oral, en función del grado de afección que padezcan; por fin, se elimina un precepto superado en cuanto a su contenido (artículo 697,2 del Cc), merced a los avances tecnológicos operados, dado que el testador puede tener la certeza suficiente e indubitada sobre el tenor de su testamento sin requerir la presencia de dos testigos.

IV. Respecto al juicio de capacidad del testador efectuado por el notario (artículos 665, 695,2 del Cc) y, a diferencia de la legislación anterior en la que el notario debía comprobar la capacidad del testador mediante un juicio de aptitud o discernimiento, la nueva regulación le asigna la función de constatar que el testador puede conformar o expresar su voluntad, una valoración que constituye un mero juicio personal, susceptible de prueba en contrario, que habrá de efectuarse

caso por caso atendiendo al momento en que la persona otorga testamento y que, en modo alguno, constituye un dictamen médico.

V. A propósito de las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Cc), la Ley 8/2021 tiende a favorecer la capacidad testamentaria activa de las personas que cuentan con dificultades visuales y, a tal fin, se implementan algunas formalidades adicionales para garantizar que el testamento se corresponda fielmente con la voluntad real del testador.

VI. En sede de incapacidades relativas para suceder, la Ley 8/2021 modifica el artículo 753 del Cc, no sólo para asumir los nuevos paradigmas de la discapacidad, sino también para extender la prohibición de efectuar disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador representativo a otra serie de personas que entablan una relación estrecha con las personas con discapacidad y que, por ende, pueden influir indebidamente en la conformación y expresión de su voluntad testamentaria. Ello no obsta que se llegue a cuestionar el fundamento mismo de la prohibición, al poner en entredicho los ejes sobre los que gravita actualmente la concepción socio-jurídica de la discapacidad: la igual capacidad jurídica de los discapacitados, la capacidad para testar y el principio de libertad de testar.

VII. La Ley 8/2021 incide en la incapacidad para suceder por causa de indignidad en dos de sus causales (párrafo 3º del ordinal 2º y ordinal 7º del artículo 756 del Cc): la primera incorpora como causal de indignidad en la sucesión de una persona con discapacidad la remoción de la curatela de un discapacitado, imputable al curador, en virtud de una sentencia judicial por una de las causas del artículo 278 del Cc; en la segunda, mantiene la redacción emanada del artículo 10, Uno, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, por la que se declara incapaces de suceder como indignos a quienes, ostentando un derecho en la herencia de una persona con discapacidad, no le hubieran prestado las atenciones debidas, si bien efectúa un cambio importante en su ámbito de aplicación al asumir el nuevo concepto de persona con discapacidad de la Disposición Adicional 4ª del Cc.

VIII. En sede de sustituciones hereditarias, la supresión de la sustitución ejemplar llevada a cabo (artículo 776 del Cc) conecta con una polémica jurisprudencial tradicional sobre la interpretación de la figura, discusión que se mantiene canalizada tras la reforma en torno a la supresión o no de esta modalidad de sustitución hereditaria. En cuanto a la sustitución fideicomisaria que grava la legítima (artículo 782 del Cc), aunque en una primera aproximación la modificación del precepto parece meramente terminológica, sin embargo, se proyecta a su contenido, toda vez que se limitan los beneficiarios del gravamen y, con ello, se altera por derivación el contenido de los artículos 808 y 813 del Cc, lo que arroja problemas significativos de coordinación sobre la materia.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo español

  STS de 11 de diciembre de 1962.
  STS de 22 de junio de 1992.
  STS de 19 de septiembre de 1998.
  STS 19 de junio de 2000.
  STS de 31 de marzo de 2004.
  STS de 29 de abril de 2009.
  STS de 1 de julio de 2014.
  STS de 22 de enero de 2015.
  STS de 8 de abril de 2016.
  STS de 11 de octubre de 2017.
  STS de 6 de marzo de 2018.
  STS de 7 de marzo de 2018.
  STS de 15 de marzo de 2018.
  STS de 18 de julio de 2018.
  STS de 6 mayo de 2021.

- Audiencias Provinciales

  SAP Islas Baleares, 15 de marzo de 2013.
  SAP Pontevedra, 31 de mayo de 2016.
  SAP Zaragoza, 3 de octubre de 2016.

- Dirección General de los Registros y del Notariado

  Resolución de 31 de agosto de 1987.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (1992). Los cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos. *Revista de Derecho Privado*, pp. 721 y ss.

ALFARO GUILLÉN, Y. (2019). El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba. *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*. Madrid: Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, pp. 1397-1431.

ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Reformas en Derecho de Sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 451 y ss.

APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Comentario a la supresión del artículo 776 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 549 y ss.

(2022). Comentario a los artículos 782, 808 y 813.II del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 559 y ss.

AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AA.VV. (2022). (dir. Estellés Peralta, P.M.). *Dolencias del Derecho de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AA.VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AA.VV. (2022). (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters.

AA.VV. (2013). (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.). *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AA.VV. (2018). *Estudio sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por los órganos jurisdiccionales españoles*. (coord. J.M. Fernández Martínez, N. Díaz Abad, I. Sancho Gargallo, A. Muñoz Calvo, J. García Lorente). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

BARBA, V. (2021). Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad. *La Ley Derecho de familia* nº 31, pp. 34 y ss.

BUEYO DÍEZ-JALÓN, M. (2012). *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad* [En línea], disponible en https://www.discapnet.es/derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional-de-derechos-para-personas-con-discapacidad/impacto (consultado con fecha 17/07/2023).

CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Comentario al artículo 706, III del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 523 y ss.

CAROL ROSÉS, F. (2017). Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con capacidad judicialmente modificada y con discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 764, pp. 3262 y ss.

CASTRO GIRONA, A. (2021). Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *El Notario del Siglo XXI*, nº 97, mayo-junio, pp. 30 y ss.

CAVALLÉ CRUZ, A. (2012). *El notario como garante de los derechos de las personas*. Lima: Jurista editores.

CERVILLA GARZÓN, M.D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En: *Un nuevo Orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Wolters Kluwer, pp. 691 y ss.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario a los arts. 663 y 665 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 879 y ss.
(2018). Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tiene su capacidad modificada judicialmente. *Revista de Derecho Privado*, Núm. 8, julio-agosto, pp. 3 y ss.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2020). Personas con discapacidad y libertad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 12, pp. 450 y ss.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: AA.VV. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada). Vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555-590.

DE SALAS MURILLO, S. (2019). Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador. *Derecho Privado y Constitución*, nº 35, julio-diciembre, pp. 57-85.

DÍAZ ALABART, S. (2022). El otorgamiento del testamento abierto notarial y las personas con discapacidad. En: AA.VV. (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*. Madrid: Reus, pp. 15-40.
(2018). *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*. Foro de Debate Jurídico. Madrid: Reus.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio. En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. Llamas Pombo, E.; Martínez Rodríguez, N.; Toral Lara, E.). Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, pp. 369-420.

DUPLÁ MARÍA, M.T. (2021). Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *RCDI* 788, pp. 3768-3794.

ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 521-554.

ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 511-519.

(2018). Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos (Nuevo artículo 695 CC), [En línea], disponible en *Web Notarios y Registradores* (9 de octubre de 2018).

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

GALINSKY, K. (1981). Augustus Legislation on Morals and Marriage, *Philologus*, nº 125, pp. 126-144.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, julio-septiembre, pp. 173-197.

(2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico* nº 136, pp. 45-62.

(2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Sepín*, pp. 1-17.

(2022). Comentario al artículo 250 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 221 y ss.

(2022). Comentario al artículo 251 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 239-244.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C.; DÍAZ ALABART, S. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum* (coord. T.F. Torres García). Madrid: La Ley, 418/2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Matrimonio y discapacidad. *Derecho Privado y Constitución* nº 32, enero-junio, pp. 55-94.

(2018) Capacidad para testar de la persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018. En: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil* (coord. Yzquierdo Tolsada, M.). Madrid: Dykinson, pp. 454-465.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M. (2018). Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados. En: AA.VV. *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. Pereña Vicente, M.). Madrid: Dykinson, pp. 213-245.

JATO DÍAZ, P. (2021). *El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 línea] https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/29499 (consultado con fecha 15/07/2023).

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*. Madrid: F. Lefebvre.

(2021). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica, en *El Notario del siglo XXI*, nº 97, mayo-junio 2021, [En línea] disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica (consultado con fecha 8/05/2023).

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 709 del Código Civil. En: *Comentarios al Código Civil* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.) Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 5404-5406.

(2019). *Derecho de Sucesiones* (dir. Carrasco Perera, A.). Madrid: Tecnos.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad. En: *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego, pp. 33-56.

MESA MARRERO, C. (2022). Comentario a los artículos 663 y 665 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 501-510.

(2022). Comentario al artículo 753 del Código Civil. En: AA.V.V. Op. Cit., pp. 539-544.

MUÑOZ CALVO, A. (2021). Breve Informe sobre la Ley 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. *Revista Notarios y Registradores*, 10/07/2021.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2018). La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento del testamento notarial. En: AA.VV. *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. Pereña Vicente, M.). Madrid: Dykinson, pp. 511-527.

ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.). Madrid: Reus, pp. 97-102.

PANERO GUTIÉRREZ, R. (2021). *Derecho Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PEREÑA VICENTE, M. (2018). La transformación de la guarda en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*. Vol. V, nº3 (julio-septiembre), pp. 61-83.

PÉREZ GALLARDO, L. (2020). El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad. ¿Una quimera? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 782, pp. 3625-3671.

(2022). El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antídotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español). En: AA.VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 555-586.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº10 bis, pp. 346-373.

REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los artículos 695 y 697 del Código Civil. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 893-899.

(2021). Comentario a los artículos 753 y 756 del Código Civil, *Op. Cit*., pp. 906-927.

(2022). La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). Madrid: Reus, pp. 41-85.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2009). *Derecho de Sucesiones*. Común y Foral, Tomo I, 4ª ed. Madrid: Dykinson.

ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al art. 665 CC. En: AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord. Bercovitz, R.). Madrid: Tecnos, pp. 945-953.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1980). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*. Colegios Notariales de España, XVII, nº CVII, enero-marzo, pp. 255-409.

RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado. *El Notario del Siglo XXI* Nº 80, julio-agosto.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56. 2º del Código civil. *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, pp. 21-57.

SOLÉ RESINA, J. (2021). Apoyos no formalizados en el ejercicio de la capacidad jurídica. En: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Bosch, pp. 383-396

TENA, R. (2021). El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre.

TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado.

VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 85-154.

VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI* nº 99, Septiembre-Octubre.

WALLACE-HADRILL, A. (2009). Family and Inheritance in the Augustan marriage laws, en *Augustus.* Edinburgh: J. Edmonsohn (ed.), pp. 250-274.

NOTAS

[1] El artículo 1 de la Convención destaca su finalidad: "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*". Sobre la Convención y su adaptación en Derecho español, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 25 y ss.

[2] Sobre el artículo 12 de la Convención, TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado.

[3] AA.VV. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

[4] Por ejemplo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[5] Apartado II del Preámbulo de la Ley 8/2021, al que nos remitimos.

[6] Por ejemplo, ha efectuado rectificaciones al ordenamiento civil de Austria en 2013; en 2014 a Suecia; en 2015 a Alemania. También ensalzó en 2015 la incorporación en Italia de la figura del curador, al igual que en 2017 ponderó la regulación francesa, plenamente consecuente con el texto y el espíritu de la Convención. El modelo francés inspira, cuando menos parcialmente, la reforma practicada en el Código civil español.

[7] "*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 Partes "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*".

[8] Disposición Adicional 7ª. Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

[9] Sesiones del mencionado Comité celebradas entre los días 19-23 de septiembre de 2011.

[10] La sentencia del TS 282/2009, de 29 de abril, se pronuncia favorable a un sistema de protección flexible. Respecto de la labor interpretativa del TS, AA.VV. (2018). *Estudio sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por los órganos jurisdiccionales españoles*. (coords. J.M. Fernández Martínez, N. Díaz Abad, I. Sancho Gargallo, A. Muñoz Calvo, J. García Lorente). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

[11] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad. En: *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Villanueva de Gállego: Ediciones USJ, pp. 33-56.

[12] Una valoración inicial de la reforma legislativa en MUÑOZ CALVO, A. (2021). Breve Informe sobre la Ley 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. *Revista Notarios y Registradores*, 10/07/2021.

[13] La *mens legislatoris* parte de la consideración de cuatro tipos de discapacidad (intelectual, cerebral, física y sensorial), de la misma manera que, con base en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, supera la dualidad tradicional que deslinda capacidad jurídica/capacidad de obrar. Este cambio de paradigma se traduce también en la terminología, puesto que ya no se habla de incapacitado, sino de discapacitado; las nociones de tutela y curatela no se identifican con sus campos y escenarios anteriores; la idea de representación, salvo en los casos más severos, cede paso al concepto de ayuda o apoyo.

[14] PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre de 2018, pp. 5-28.

[15] PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

[16] PEREÑA VICENTE, M. (2018). La transformación de la guarda en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*. Vol. V, nº3 (julio-septiembre), p. 64.

[17] El artículo 1º modifica la Ley del Notariado; el artículo 2º modifica el Cc; el artículo 3º reforma la Ley Hipotecaria; el artículo 4º reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 5º modifica 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; el artículo 6º reforma la Ley del Registro Civil; el artículo 7º reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria; por fin, el artículo 8º reforma el Código de comercio.

[18] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio. En: *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. Llamas Pombo, E.; Martínez Rodríguez, N.; Toral Lara, E.). Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, p. 371.

[19] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Madrid: F. Lefebvre, p. 23.

[20] La jurisprudencia habla en relación a este precepto de una fuerte presunción: SSTS de 22 de junio de 1992 (RJA 1992/5460) y de 31 de marzo de 2004 (RJA 2004/1717).

[21] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2016). Comentario de los artículos 662 a 666 del Cc. En: AA.VV. Código Civil comentado. Vol. II (dir. Cañizares, Laso, A.; de Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J.; Valpuesta Fernández, R). Cizur Menor: Aranzadi, p. 266.

[22] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario a los arts. 663 y 665 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 886.

[23] SSTS 22 de enero de 2015 (RJA 2015/465); 11 de diciembre de 1962 (RJA 1962/5063).

[24] STS 19 de junio de 2000 (RJA 2000/5291); SAP Islas Baleares, 15 de marzo de 2013 (AC 2013/1199); SAP Zaragoza, 3 de octubre de 2016 (JUR 2016/268580).

[25] Con relación a la enfermedad del Alzheimer, su desarrollo progresivo muestra distintas etapas que pueden relacionarse con la respectiva capacidad de testar: en su inicio se puede afirmar la existencia de tal capacidad; en su fase avanzada, con demencia manifiesta, la incapacidad es más que constatable, a diferencia de lo que sucede en una fase intermedia en la que, a falta de certidumbre, el notario podría otorgar el testamento o no. Al respecto, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2016). Op. Cit., p. 269.

[26] El artículo 25 de la Ley del Notariado faculta en caso de personas con discapacidad "… *utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos (…), entre los que tendrían acogida, por supuesto, los sistemas braille, aumentativos y alternativos, de lectura fácil, dispositivos multimedia, intérpretes, y otros más*".

[27] STS 19 de septiembre de 1998 (RJA 1998/6399).

[28] SAP Pontevedra 31 de mayo de 2016 (Roj SAP PO 1121/2016).

[29] A pesar de no mencionarse expresamente, debería entenderse implícita la mención a partir de la referencia efectuada en el mismo párrafo tercero a personas con dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido. En este sentido, ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 511, 512.

[30] DÍAZ ALABART, S. (2022). El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad. EN: AA.VV. (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*. Madrid: Reus, pp. 28-29.

[31] La razón que se esgrime para ello radica en que la presencia de testigos en casos de dificultades visuales o auditivas puede incrementar la certeza de la voluntad del testador. En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 695 y 697 CC. En: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 898-899.

[32] BARBA, V. (2021). Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad. En: AA.VV. (coord. García Rubio, M.P.). *La Ley Derecho de familia*, nº 31, p. 45.

[33] MESA MARRERO, C. (2022). Comentario al artículo 695 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 506, 507.

[34] BARBA, V. (2021). Op. Cit, p. 41.

[35] VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 114.

[36] VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). Op. Cit., p. 114.

[37] El inciso 2º del artículo 685 del Cc señala que el notario debe asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene capacidad legal para testar, una disposición de carácter general que se replica específicamente en los testamentos abierto y cerrado (artículos 696, inciso segundo, y 707.4º in fine del Cc, respectivamente).

[38] Procede tener en cuenta la Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ofrece algunas pautas al notario sobre el particular: recomendación de agregar alguna especialidad en caso de apoyos asistenciales, con énfasis en que es la persona con discapacidad, a la postre, quien toma la decisión, aunque precise la ayuda de personas que la apoyen; de concurrir con apoyos voluntarios o judiciales, la persona con discapacidad habrá de comparecer siempre en su propio nombre y derecho, asistido por quienes deban prestarle su apoyo; en caso de otorgamiento con curador representativo, resulta conveniente incluir una advertencia conforme al artículo 249 del Cc; si faltan los apoyos, corresponde al notario prestarle ayuda para vencer sus dificultades.

[39] ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). Reformas en Derecho de sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 465, nota 28; VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). Op. Cit., p. 100.

[40] El juicio de capacidad es subjetivo y circunstancial, VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). Op. Cit., pp. 101-104.

[41] La Sentencia del TS 269/2021, de 6 mayo, aporta una nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales: "*el sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada (...), debe ser un traje a medida (...), responder a una valoración concreta y particularizada de cada persona (...). En definitiva, a situaciones diversas, medidas individualizadas diferentes*".

Una línea ya apuntada en otra Sentencia del TS (458/2018, de 18 de julio), al señalar que: "*el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas*".

Con ello se consolida la idea del traje a medida (SSTS 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo).

[42] *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública* (2019), pp. 27 y 44.

[43] BARBA, V. (2021). Op. Cit., p. 41; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). Op. Cit., p. 380.

[44] VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). Op. Cit., pp. 106, 112.

[45] Tener en cuenta la última redacción del artículo único de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: "*el notario solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*". En su virtud, el dictamen médico es excepcional y el notario debe solicitarlo en los supuestos legalmente previstos.

[46] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica. *El Notario del siglo XXI*, nº 97, mayo-junio 2021, [En línea] disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica (consultado con fecha 8/05/2023).

[47] Circular Informativa 2/2021, Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, 1 de septiembre.

[48] TENA, R. (2021). El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre.

[49] ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Op. Cit., p. 517.

[50] MESA MARRERO, C. (2022). Comentario al artículo 663 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 504.

[51] VALLS I XUFRÈ, J.M. (2022). Op. Cit., p. 113.

[52] Sobre la doble proyección de la apreciación notarial —formación y expresión de la voluntad—, ECHEVARRÍA DE RADA, M.T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: AA.VV. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.; coord. Núñez Núñez, M.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 540-544.

[53] GARCÍA RUBIO, M.P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico* nº 136, p. 60.

[54] RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado. *El Notario del Siglo XXI* nº 80, julio-agosto.

[55] Muy ilustrativa resulta al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1987, [En línea], disponible en https://ignaciogarciano-blejasnotaria.files.wordpress.com/2020/05/resolucion-dgrn-1987-sordomudos-otorgamiento.pdf (consultado con fecha 9/05/2023).

[56] DÍAZ ALABART, S. (2022). Op. Cit., p. 21.

[57] ESPIÑEIRA SOTO, I. (2018) Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos (Nuevo artículo 695 CC), [En línea], disponible en *Web Notarios y Registradores* (9 de octubre de 2018), p. 7.

[58] La ignorancia de saber leer y escribir se contempla en los párrafos 1º y 2º, razón por la cual las dificultades que alude el precepto deben referirse a la existencia de ciertas discapacidades sensoriales de la persona, visuales o auditivas. Al respecto, RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº10 bis, p. 360.

[59] ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Op. Cit., pp. 516, 517.

[60] Tener en cuenta al respecto el artículo 57 de la Ley del Notariado que trata de la comparecencia ante notario de quien tenga en su poder un testamento cerrado cumpliendo el deber del artículo 712 del Cc.

[61] CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Comentario al artículo 706, III del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 523.

[62] Tener en cuenta la Observación General nº 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité de derechos de las personas con discapacidad, respecto de quienes utilizan formas de comunicación no verbales.

[63] CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit., pp. 529 y 530.

[64] BARBA, V. (2021). Op. Cit., p. 47.

[65] CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit., pp. 531 y 532.

[66] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). Op. Cit., p. 33.

[67] MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 709 del Código Civil. En; *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5406.

[68] RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2019). Op. Cit., p. 361.

[69] CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Op. Cit, p. 536.

[70] REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 706, 708, 709 y 742 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.). Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 906.

[71] Algunas leyes augusteas de fomento de la natalidad (*Lex Iulia de maritandis ordinibus,* año18 a.C.; *Lex Papia Poppaea*, año 9 d.C.) declararon incapaces para heredar a los varones entre 25-60 años y a las mujeres entre 20-50 años que permanecieran solteros, o bien estuvieran casados, pero sin hijos, así como también al viudo sin hijos, o a los cónyuges sin hijos (en este último supuesto, solo podían adquirir entre sí 1/10 de su herencia). Al respecto, GALINSKY, K. (1981). Augustus Legislation on Morals and Marriage, *Philologus*, nº 125, pp. 126 y ss.; WALLACE-HADRILL, A. (2009). Family and Inheritance in the Augustan marriage laws. En: *Augustus.* Edinburgh: J. Edmonsohn (ed.), pp. 250 y ss.

[72] D. 34, 9, 3. Al respecto, PANERO GUTIÉRREZ, R. (2021). *Derecho Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 695, 696.

[73] MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2019). *Derecho de Sucesiones* (dir. Carrasco Perera, A.). Madrid: Tecnos, pp. 39-47.

[74] En torno a las similitudes y diferencias entre indignidad e incapacidad relativa, MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2019). *Op. Cit*., pp. 47, 54, 55.

[75] GARCÍA RUBIO, M.P. (2022). Comentario al artículo 251 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 239-244.

[76] Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

[77] PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antídotos que dispensa el artículo 753 del Código Civil (a propósito de la reforma sobre la capacidad jurídica en el Derecho español). En: AA.VV. (2022). (dir. Pereña Vicente, M.; Heras Hernández, M.M.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 558-560.

[78] A favor del establecimiento de estas salvaguardas para las personas con discapacidad, a pesar del principio de libertad de testar, GARCÍA RUBIO, M.P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Sepín*, p. 3.

[79] DE SALAS MURILLO, S. (2019). Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador. *Derecho Privado y Constitución*, nº 35, julio-diciembre 2019, pp. 59, 60.

[80] PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 566.

[81] Respecto del testamento otorgado *ex post* a la extinción de la tutela o curatela representativa como excepción a la regla del artículo 753, 1 del Cc, PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., pp. 567-570.

[82] Con anterioridad a la Ley 8/2021 se llegaba a cuestionar que la inhabilidad sucesoria afectara a todo curador, cuando en muchos casos su actuación apenas podía entrañar riesgo de captación de voluntad respecto del disponente. Esta posición doctrinal habría sido tomada en cuenta en la nueva redacción del artículo 753,1 del Cc, según MESA MARRERO, C. (2022). Op. Cit. p. 541. Un cuestionamiento sobre la posición adoptada por el legislador, PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 565.

[83] Principalmente el curador asistencial y, con dudas, en el defensor judicial, por su carácter no permanente, y del guardador de hecho, ya que su actuación se aproxima más a un cuidador habitual. En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2021): Comentario a los arts. 753 y 756 CC. En: *Op. Cit*., pp. 912-913.

[84] Tener en cuenta la STS de 8 de abril de 2016 (RJA 2016, 3659).

[85] GARCÍA RUBIO, M.P. (2022). Comentario al artículo 250 del Código Civil. En: AA. VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, p. 224.

[86] DE SALAS MURILLO, S. (2019). Op. Cit., p. 66.

[87] REPRESA POLO, M.P. (2021). Comentario a los arts. 753 y 756 CC. En: *Op. Cit*., pp. 913-914.

[88] El distinto tratamiento jurídico del legislador en uno y otro caso parte, al menos, de dos premisas que no compartimos: el hecho de estar internado en un establecimiento aumenta el riesgo de captación de la voluntad testamentaria para el testador vulnerable; la intervención notarial no sería suficiente garantía para disipar los riesgos sobre las influencias indebidas al otorgar testamento, por cuestionar la intervención notarial como garantía. En este sentido, CAVALLÉ CRUZ, A. (2012). *El notario como garante de los derechos de las personas*. Lima: Jurista editores, p. 416.

[89] SOLÉ RESINA, J. (2021). Apoyos no formalizados en el ejercicio de la capacidad jurídica. En: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Bosch, p. 385.

[90] DÍAZ ALABART, S. (2018). *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*. Foro de Debate Jurídico. Madrid: Reus, p. 53.

En sentido contrario, REPRESA POLO, M.P. (2022). La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.; Álvarez Moreno, M.T.). Madrid: Reus, pp. 69-70.

[91] Disposición Transitoria 1ª de la Ley 8/2021: "*a partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto*".

[92] Planea en la solución del legislador español la teoría anglosajona "undue influences" y la consideración del notario anglosajón, carente de la fe pública notarial. Al respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1980). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*. Colegios Notariales de España, XVII, nº CVII, enero-marzo, pp. 255-409.

[93] ALFARO GUILLÉN, Y. (2019). El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba. En: *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*. Madrid: Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, pp. 1419, 1420.

[94] PÉREZ GALLARDO, L.B. (2022). Op. Cit., p. 580.

[95] En este sentido, REPRESA POLO, M.P. (2022). Op. Cit., p. 57.

[96] Tener en cuenta el apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021: *"... las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (...). El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad ...*".

[97] En el ámbito de la sucesión testamentaria, si la curatela es representativa, por el principio de especialidad, aplicará la incapacidad para suceder del artículo 753,1 del Cc antes que la indignidad sucesoria del artículo 756, 2º, III del Cc. Si la curatela es asistencial, la incapacidad para suceder del curador asistencial removido de su cargo derivará de la causal de indignidad y no de la prohibición establecida en el artículo 753,1 del Cc al curador representativo. Al respecto, MESA MARRERO, C. (2022). Op. Cit., p. 546.

[98] Los artículos 142 y 146 del Cc delimitan el contenido de la obligación: lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, así como los gastos de embarazo y parto, si no están cubiertos de otro modo, en una cuantía proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

[99] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2022). Op. Cit., p. 389.

[100] "*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 finali-*

dad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

[101] REPRESA POLO, M.P. (2021). Op. Cit., p. 922.

[102] *Codex* 6, 26, 9; Siete Partidas VI, V, 1 y 11.

[103] Al respecto, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Comentario a la supresión del artículo 776 del Código Civil. En: AA.VV. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). Cizur Menor (Navarra): Civitas. Thomson Reuters, pp. 550-553.

[104] Al respecto, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 550, 551, 554; ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Reformas en Derecho de Sucesiones. En: AA.VV. (2022). (coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.; dir. De Verda Beamonte, J.R.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 478 y ss.

[105] ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Op. Cit., pp. 482-485.

[106] Sobre el particular, APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 554, 555; ALVENTOSA DEL RÍO (2022). Op. Cit., pp. 478 y ss.

[107] APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., pp. 559, 560.

[108] Artículo 2 (Beneficiarios), 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

[109] Artículo 26 (Grados de dependencia). 1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal; b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

[110] APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 570.

[111] ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio. En: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. Represa Polo, M.P.). Madrid: Reus, pp. 109-110.

[112] CERVILLA GARZÓN, M.D. (2021). La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad. En: *Un nuevo Orden jurídico para las personas con discapaci-*

dad (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G.; García Mayo, M.; coord. Gil Membrado, C.; Pretel Serrano, J.J.). Madrid: Wolters Kluwer, p. 696.

[113] APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 568.

[114] ORTEGA DOMÉNECH, J. (2022). Op. Cit., p. 111.

[115] APARICIO VAQUERO, J.P. (2022). Op. Cit., p. 571.6

Trabajo recibido el 2 de junio de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023

DICTÁMENES Y NOTAS

Servicios de intermediación contractual prestados por plataformas digitales: la financiación participativa a través de préstamos

Contractual intermediation services provided by digital platforms: participating loans or crowdlending

por

MARÍA DE GOÑI BARBARIN

Estudiante del Máster en Acceso a las Profesiones de Abogacía y Procura en la Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: En los últimos años, la búsqueda de alternativas de financiación, unida al auge de las nuevas tecnologías, han desembocado en una enorme popularización de las plataformas de financiación en línea o *FinTech*. En el marco de la economía colaborativa, una de las herramientas que más protagonismo está ganando es la disciplina del *crowdlending*. El presente trabajo ofrece un recorrido a través las principales formas de financiación participativa mediante plataformas en línea, centrándose en realizar un estudio pormenorizado de los préstamos participativos (*crowdlending*). En concreto, se presentarán las diferentes modalidades de *crowdlending* que se observan en la práctica, y se analizará el régimen jurídico aplicable a esta disciplina, con especial atención a las últimas novedades introducidas por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

ABSTRACT: In recent years, the search for alternative methods for financing, together with the boom in technology, has led to a huge increase in the popularity of online financing platforms, also known as FinTech. Within the framework of sharing economy, one of the disciplines that is gaining the most prominence is crowdlending. This paper walks the reader through the main forms of crowd

financing through online platforms, studying crowdlending in detail. Specifically, the different modalities of crowdlending observed in practice will be presented, and the legal regime applicable to this discipline will be thoroughly analyzed, paying close attention to the latest updates introduced by Law 18/2022, of September 28, on the creation and development of companies.

PALABRAS CLAVE: Financiación participativa, servicios de intermediación contractual, *FinTech*, *crowdfunding*, *crowdlending*.

KEYWORDS: Contractual intermediation services, FinTech, crowdfunding, crowdlending.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS: UN FENÓMENO EN AUGE.—II. LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN Y LAS RELACIONES TRIANGULARES QUE ARTICULAN. TIPOLOGÍA DEL CROWDFUNDING.—III. EN QUÉ CONSISTEN LOS PRÉSTAMOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA O CROWDLENDING EN PARTICULAR.1. Régimen jurídico aplicable al crowdlending: novedades de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. 2. Tipología del crowdlending según la cualidad de los sujetos intervinientes.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. LISTA ANEXOS.

ABREVIATURAS

B2B	*Business to business.*
B2C	*Business to consumer.*
C2B	*Consumer to business.*
C2C	*Consumer to consumer.*
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
LCCE	Ley de creación y crecimiento de empresas.
LFFE	Ley de fomento de la financiación empresarial.
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
P2P	*Peer-to-peer finance.*

I. INTRODUCCIÓN: LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS: UN FENÓMENO EN AUGE.

El escenario económico actual, en el que la financiación bancaria tradicional resulta cada vez más inaccesible debido, entre otras razones, a las recientes subidas

de tipos de interés llevadas a cabo por el Banco Central Europeo (véase *Anexo 1)*, ha empujado a consumidores y empresas a la búsqueda de fuentes alternativas de financiación. Este factor, que incide directamente aumentando la contracción de la oferta de préstamos bancarios, todo lo cual va acompañado de un endurecimiento de los criterios de aprobación y condiciones generales de nuevos préstamos[1], unido al auge que vienen experimentando las plataformas digitales desde la cuarentena del COVID-19 (véase *Anexo 2*), han provocado un incremento en la popularidad de los métodos de financiación colaborativa ofrecidos por plataformas digitales. El uso de estos métodos de financiación comienza en España durante la crisis financiera de 2008[2], que obligó a empresas y particulares demandantes de financiación a buscar métodos alternativos para obtenerla debido a que las entidades bancarias carecían de capacidad suficiente para ello. Entre estas alternativas de financiación colaborativa, destaca el *crowdfunding* en todas sus modalidades.

El *crowdfunding* se constituye, por tanto, como un método de financiación alternativa al mercado de capitales, al que suelen acudir principalmente pequeñas empresas titulares de un proyecto concreto, o bien consumidores demandantes de financiación, y que está dirigido, en el extremo opuesto, a una pluralidad de inversores minoristas (de ahí el prefijo «*crowd*»)[3]. Es por esto que también se le conoce como «*peer-to-peer finance*» (P2P), ya que la plataforma actúa solamente como un escaparate, un punto de encuentro digital o *marketplace* cuya función se limita a poner en contacto al inversor o prestamista con el promotor de la financiación, asumiendo el primero directamente con el promotor de la financiación (y no con la plataforma) el riesgo de pérdida financiera en caso de impago[4].

A lo largo del presente trabajo se ofrecerá, en primer lugar, una perspectiva general de las plataformas digitales de intermediación, estudiando las relaciones que en estas se establecen, así como los distintos tipos de *crowdfunding* que existen en la práctica. A continuación, pasaremos a la parte central de este proyecto, que consistirá en un estudio pormenorizado de la figura *crowdlending* en particular. Estudiaremos su definición, las características concretas de esta modalidad de microfinanciación, y su marco legal, para concluir con un examen de su tipología en función de quiénes sean las partes demandantes y los oferentes de financiación. Finalizaremos el trabajo extrayendo unas conclusiones generales de todo lo estudiado.

II. LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN Y LAS RELACIONES TRIANGULARES QUE ARTICULAN. TIPOLOGÍA DEL *CROWDFUNDING*.

La nota característica del *crowdfunding* es la intervención preceptiva de una plataforma en línea[5] para prestar los servicios propios de esta modalidad de mi-

crofinanciación. Una plataforma intermediaria de la contratación se define como un proveedor de un servicio de intermediación en línea[6], esto es, proporciona a los usuarios un mercado en línea en el que operar, poniendo en contacto oferentes y demandantes de financiación. Debido a la existencia, en el marco del *crowdfunding*, de varios contratos que se perfeccionan a través de una sola plataforma en línea, encontramos necesariamente una estructura contractual triangular con tres partes intervinientes: el promotor demandante de financiación, el inversor o prestamista oferente de financiación, y la plataforma digital que pone en contacto ambas partes. Así, existirían, para cada una de las relaciones de financiación, tres contratos: por un lado, un contrato de cada parte usuaria con la plataforma (en el marco de la mediación), y, por otro, el contrato que se negocia entre el prestamista o inversor y el prestatario a través de la plataforma.

Centrándonos más concretamente en el rol de la plataforma *FinTech* dentro del nudo obligacional que entre ella y cada una de las partes se establece, su primera tarea, en el marco de las labores de mediación que desempeña, consiste en seleccionar los proyectos que va a ofertar, tratando de reducir lo máximo posible la asimetría de la información existente entre ambas partes. Las necesidades de información para los inversores variarán según la modalidad de *crowdfunding* de que se trate. En el *equity crowdfunding*, por ejemplo, el inversor, como adquirente de una parte del capital de la empresa, precisará conocer tanto la situación actual como las expectativas de crecimiento y beneficios de la empresa, mientras que, para otras modalidades como el *crowdlending*, donde el prestamista adquiere solamente la condición de acreedor de la compañía, la información más relevante será sobre el riesgo de quiebra de la empresa, como explicaremos más adelante.

En lo que respecta a la información ofrecida por la plataforma, cabe destacar que la responsabilidad de esta como prestadora de servicios intermediarios es de «mera transmisión»[7], no siendo responsable de comprobar la veracidad de la misma[8]. El único incentivo para la plataforma en este sentido es el de proporcionar un espacio seguro que invite a más usuarios a elegir su plataforma, aumentando así su actividad, ya que, como expondremos más adelante, la plataforma cobra una comisión por transacción. Además, la plataforma en su posición de intermediador neutral —relativamente, pues cobra una comisión por transacción—, deberá tratar de reducir la asimetría de la información entre ambos usuarios[9], en aplicación del denominado principio de neutralidad del crowdfunding[10].

La plataforma, por lo general, también está facultada para fijar los precios, evaluar el riesgo de los proyectos, y actualizarlos periódicamente[11], y, como se estudiará más adelante, predispone las condiciones del contrato al que oferente y demandante de financiación se adhieren para establecer su relación contractual.

Pese al relevante papel que juega la plataforma, no se debe perder la perspectiva de que el mercado creado por esta es bifronte o bipolar (*a two side market*)[12], esto es, el contrato de financiación o préstamo se formaliza entre el demandante y el oferente de financiación, y solamente adopta su característica estructura triangular por la intervención de la plataforma como mediadora, ya que existe una relación contractual de mediación entre esta y cada uno de los usuarios con intereses contrapuestos.

Una vez analizadas las funciones de la plataforma *FinTech* en el marco de las operaciones de *crowdfunding*, pasamos a estudiar las diferentes clasificaciones que existen dentro de este método de microfinanciación. En primer lugar, atendiendo a la forma en que se pone en contacto a oferentes y demandantes de financiación, así como el modo en que la plataforma se implica en esta operación encontramos tres maneras de llevar a cabo el *crowdfunding*: intermediación o corretaje puro, agencia o comisión (mandato), y una forma mixta[13].

Una segunda clasificación de los tipos de *crowdfunding*, más relevante en la práctica, es la tipología negocial de esta disciplina atendiendo al tipo de retribución que obtienen los inversores o prestamistas por la financiación de un proyecto concreto. Así, encontraríamos cuatro categorías[14]:

1. *Donation-based* o *crowdfunding* de donación
2. *Reward-based* o *crowdfunding* de recompensa
3. *Investment-based* o *crowdfunding* de inversiones *(debt-based* y *equity based crowdfunding)*
4. *Loan-based* o *crowdfunding* de préstamo (*crowdlending*)

Procedemos a continuación a definir cada una de estas categorías. En primer lugar, el *crowdfunding* de donación, que ALONSO PÉREZ[15] define como el «*conjunto de relaciones jurídicas mediante las cuales una cantidad indeterminada de personas aporta dinero a través de una plataforma participativa on-line con el objetivo de contribuir a la ejecución de un proyecto propuesto por el promotor (…) Las aportaciones se hacen sin esperar nada a cambio, es decir, sin contraprestación*». Señala también que es legítimo que el destinatario de la financiación sea una empresa lucrativa. Esta tipología comprendería todo lo que se entiende como una donación pura, es decir, que no conlleve ningún tipo de retribución o recompensa por la contraparte.

La segunda categoría es el denominado *crowdfunding* de recompensa, el cual implica una recompensa real futura a cambio de un pago[16]. Las aportaciones económicas al proyecto que lleva a cabo el inversor implican que este espere una recompensa, a diferencia de la categoría anterior, en la que el financiador actuaba sin ánimo de lucrarse por el negocio. No obstante, esta recompensa no es financiera, aunque es tangible y puede o no tener contenido económico[17]. Entrarían dentro de esta segunda categoría las denominadas donaciones remuneradas, que

conllevan algún tipo de remuneración no tangible como distinciones o reconocimientos.

Esto en cuanto a los tipos de crowdfunding que no conllevan ningún tipo de retribución financiera. Respecto a los tipos que sí se basan en un sistema de retribución financiera, encontramos, en primer lugar, el *crowdfunding* de inversiones, dentro del cual encontramos dos subcategorías: el *debt crowdfunding*, en el cual la financiación se articula mediante la suscripción de valores representativos de deuda[18], y el *equity crowdfunding*, modalidad en la que la financiación del inversor es invertida en el capital de la empresa promotora (bien constituye el capital de una sociedad de nueva creación, o bien amplía el capital de una compañía preexistente), adquiriendo el inversor en sentido estricto[19] la condición de socio o accionista de dicha empresa, y pasando, por tanto, a ser el propietario de una parte de la misma. Así, la buena marcha de esta sociedad de la que el inversor ahora forma parte pasa a ser uno de sus intereses, pues el rendimiento en este tipo de inversiones no es fijo, sino que sus ingresos, por tener el inversor la cualidad de accionista, dependen de las ganancias de la compañía. En esto reside el riesgo de su inversión.

Como última categoría de crowdfunding encontramos el *crowdfunding* de préstamo o *crowdlending*, sobre el que versará el grueso de este trabajo. En esta modalidad, el dinero de la financiación se entrega en forma de un préstamo que el promotor de la financiación deberá devolver al término del contrato, junto con los correspondientes intereses. Observamos que el prestamista adquiere la condición de acreedor del promotor del proyecto, no asumiendo riesgos por la actividad que el prestatario pueda desarrollar con la financiación prestada[20], más allá de la eventual posibilidad de insolvencia del promotor, a la que sí que está expuesto.

Extraemos, de todas estas modalidades de *crowdfunding*, que las implicaciones para el oferente y el demandante de financiación varían de una a otra tipología. Por ello, en la práctica, cobrará mucha relevancia llevar a cabo una correcta delimitación de la modalidad negocial en cada caso concreto.

III. EN QUÉ CONSISTEN LOS PRÉSTAMOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA O *CROWDLENDING* EN PARTICULAR

Una vez definida la categoría del *crowdfunding*, que comprende, como hemos anticipado, la modalidad de microfinanciacón del *crowdlending*, procede ahora delimitar este último concepto. El *crowdlending*, también conocido como *loan-based crowdfunding*, *crowdfunding* de préstamo, o *peer-to-peer (P2P) lending,* se define como la financiación a empresas, proyectos o a personas por parte

de numerosos inversores, en lugar de por un único o un número limitado de inversores, que prestan su capital privado o ahorros a cambio de un rédito (tipo de interés)[21]. En esta modalidad de *crowdfunding*, la aportación realizada por el oferente de fondos se materializa en forma de préstamo, y es reembolsada por el promotor del proyecto en los plazos previamente fijados, y a un tipo de interés pactado, que es la retribución que recibe el prestamista a cambio de su financiación. En esta disciplina de microfinanciación, el oferente de financiación es un verdadero prestamista[22], y, como acreedor de la sociedad promotora, solamente está expuesto al riesgo de cambios en el tipo de interés (si así lo pactaron las partes en las condiciones del préstamo) debido a las perspectivas económicas de la empresa o de la economía en general, y, en última instancia, al riesgo de impago por quiebra de la empresa.

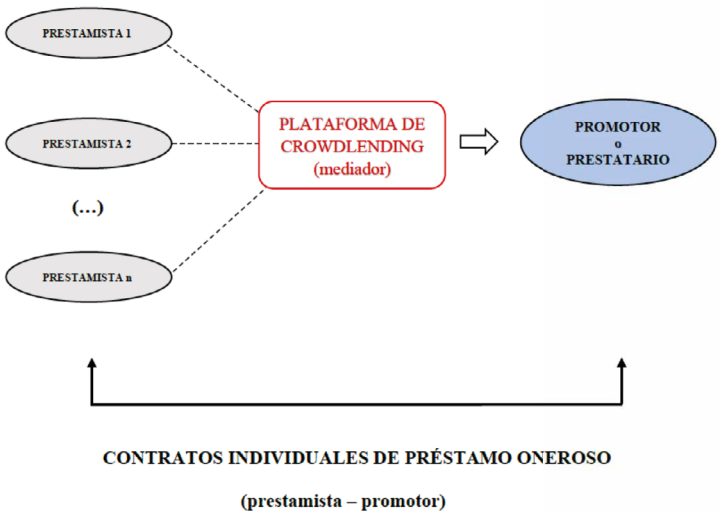
Respecto al tipo de préstamo, no cualquier modalidad encaja dentro de la financiación otorgada a través de una plataforma de *crowdlending*: solamente el préstamo remunerado[23] (con interés) tiene cabida en esta disciplina[24].

Analizando ahora las relaciones contractuales existentes en el marco del *crowdlending*, encontramos las siguientes: por un lado, se da una relación de mediación con la plataforma de financiación participativa en el centro, como mediadora[25], que busca poner en contacto a las dos partes con intereses contrapuestos (demandante y oferente de financiación), para lograr perfeccionar un contrato de préstamo individual entre cada uno de los usuarios y el promotor del proyecto. Cabe destacar que, como señala CUENA CASAS, el contrato de préstamo oneroso no se celebra hasta que el importe solicitado por el promotor haya sido completamente cubierto por los inversores. Lo que se persigue con esto es que la puesta a disposición de los fondos se lleve a cabo solamente cuando puedan tener un impacto real[26], evitando su desperdicio por el promotor. En lo que respecta a la intervención de la plataforma en esta operación, el capital nunca entrará en su balance, sino que será transferido directamente al prestatario. Adicionalmente, las plataformas elaboran las cláusulas contractuales que vinculan al prestamista con el promotor, y, por tanto, ambas partes se adhieren a un contrato preestablecido por la misma[27]. A modo ilustrativo, se ha esquematizado en la *Figura 3.1* el funcionamiento básico de las plataformas de *crowdlending.*

Con respecto a las remuneraciones obtenidas por cada una de las partes intervinientes en esta relación triangular, en primer lugar, el prestatario promotor de la financiación recibe los fondos que precisa como demandante de la misma. En segundo lugar y como ya hemos señalado anteriormente, el prestamista recibirá el tipo de interés, cuya cuantía responderá a parámetros como la urgencia del promotor, la cuantía de la cantidad prestada o el riesgo de impago por insolvencia del deudor. Finalmente, en lo que se refiere a la remuneración percibida por la plataforma, esta cobra una comisión por cada transacción que se lleva a

cabo por los usuarios dentro de la misma. Esta comisión remunera sus labores de mediación, las cuales permiten a demandantes y oferentes de financiación, «descubrirse y conectar a un bajo coste de transacción»[28], pues, en esta suerte de «submercado» (por su carácter cerrado cuyo acceso debe autorizar la plataforma), se elimina la práctica totalidad de los costes de búsqueda, y se permite al usuario prestamista ajustar la búsqueda para encontrar el préstamo que mejor se adapte a sus condiciones[29]. Este acceso al mercado creado por la plataforma constituye el servicio principal prestado por la misma, y debe considerarse una obligación de resultado y no solamente de medios[30]. El estudio de este régimen de remuneración de la plataforma es de especial interés, pues la ya referida comisión por transacción está totalmente desvinculada del éxito o fracaso de la operación[31], lo que implica que la plataforma de *crowdlending* no tiene un incentivo económico directo para comprobar la calidad del crédito. Esto permite concluir que el único incentivo del intermediario a comprobar la calidad del crédito es tratar de escoger bien (mediante la evaluación de parámetros como la capacidad de devolución de préstamos, tasa de impago, o *rating* financiero) los proyectos y promotores a los que permite acceder a la plataforma, para aumentar así la confianza de los usuarios, y que la escojan a ella para entablar sus proyectos de financiación, aumentando de esta manera el volumen de transacciones y, con ello, los ingresos de la plataforma.

Figura 3.1. Esquema de funcionamiento de las plataformas de *crowdlending*



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, en lo referido al tratamiento de los fondos otorgados por los prestamistas a los promotores de los proyectos a través de la plataforma, existe (generalmente) una captación material de fondos por parte de las plataformas, pero a través de la intervención de una sociedad gestora de fondos de inversión[32]. Así, a diferencia de lo que sucede con los depósitos bancarios, el capital nunca entra en el balance de la plataforma, lo que les permite eludir la estricta regulación que aplica a las entidades de crédito llevando a cabo una actividad similar, lo cual ha sido criticado por la evidente falta de seguridad que esto supone.

1. Régimen jurídico aplicable al crowdlending: novedades de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas

En lo que respecta al régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa, aunque no resulta sencillo de concretar la normativa aplicable, pues se trata de figuras complejas y novedosas, encontramos varias normas relevantes en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

En primer lugar, resulta de aplicación a esta forma de financiación, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, la cual transponía la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Es necesario señalar que esta directiva ha sido recientemente modificada por el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales). Esta norma responde a los esfuerzos del legislador europeo, que, en los últimos años, viene tratando de regular de manera mucho más estricta la actividad de las plataformas digitales, en especial, en materia de *due diligence* y responsabilidad de usuarios[33]. Así, el nuevo reglamento pretende (artículo 1) reclamar a los gestores de las plataformas digitales que intervengan con más diligencia en el control de las actuaciones de los usuarios, a la vez que trata de dilucidar, a la hora de imputar la responsabilidad, si la plataforma ha actuado de manera pasiva, o, por el contrario, ha tenido un comportamiento activo en la relación entre usuarios. Para ello, en primer lugar, dedica su Capítulo II a fijar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (aplicable a las plataformas de *crowdlending*), estableciendo la exención de responsabilidad de las plataformas siempre que, en el marco de su actividad de «mera transmisión»[34], cumplan con las siguientes condiciones (artículo 4): que la plataforma no haya originado la transmisión de información, que no sea ella quien

seleccione al receptor de dicha transmisión, y, por último, que no seleccione o modifique la información transmitida. De la redacción de este artículo cuarto se desprende que estas condiciones son cumulativas. En lo referido a las labores de supervisión de la plataforma (artículo 8), el Reglamento 2022/2065 pone de manifiesto la inexistencia de una obligación general de monitorización de los datos transmitidos o almacenados para los prestadores de servicios, así como tampoco impone a las plataformas el deber de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas.

El Capítulo III del Reglamento 2022/2065 está dedicado a las obligaciones de diligencia debida de los prestadores de servicios intermediarios para lograr un entorno en línea transparente y seguro. Destaca, dentro de su Sección 3, específicamente dirigida a los prestadores de plataformas en línea, la obligación legal para la plataforma de poner a disposición de sus usuarios un sistema interno de tramitación de reclamaciones (artículo 20) durante un periodo mínimo de seis meses desde la decisión de acceso a la plataforma. Las reclamaciones deberán poder presentarse por vía electrónica y serán gratuitas. Este sistema pretende servir como una suerte de control del contenido publicado en las plataformas en línea, pues estas reclamaciones de los usuarios podrán versar, entre otros, sobre la información visible en la plataforma, la suspensión o supresión de cuentas, servicios, o sobre la capacidad de monetización de la información proporcionada por los usuarios. Adicionalmente, el Reglamento dedica la Sección 5 de este Capítulo III (artículos 33 y siguientes) a regular las denominadas 'plataformas en línea de muy gran tamaño'[35].

Como novedad final, este Reglamento 2022/2065 crea la Junta Europea de Servicios Digitales, regulada en sus artículos 61 y siguientes. Este organismo consiste en un grupo consultivo independiente a escala de la Unión cuyo objetivo será velar por la coherente aplicación del Reglamento prestando apoyo a la Comisión y ayudando a organizar las acciones de los coordinadores de servicios digitales[36].

En materia de exigencias de transparencia y reglas de contratación de las plataformas con lo usuarios, cobra relevancia el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Respecto a la cuestión de la posibilidad de considerar a las PFP como entidades de crédito, estas no encajan en dicho concepto[37], por lo que no resultaría de aplicación la estricta regulación que existe a nivel europeo y nacional para estas entidades.

Otro aspecto normativo que merece atención en el marco de la financiación participativa a través de plataformas, es si resulta de aplicación la Ley 7/1998,

de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. A este respecto, CUENA CASAS[38] entiende que sí que resulta de aplicación al *crowdlending* el régimen de las condiciones generales de la contratación, ya que existe una imposición de condiciones como requisito para participar en el mercado formado por la plataforma. Es decir, los usuarios estarían 'obligados' a aceptar las reglas del juego de la plataforma si quieren participar en ella. En este sentido, el artículo 2.1 LCGC establece que esta se aplica a los «*contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional-predisponente y cualquier persona física o jurídica-adherente»*. Adicionalmente, el apartado 2 de este mismo artículo define como «profesional a «*cualquier persona física y jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial»*, lo cual encajaría con la labor desempeñada por la plataforma en el marco de la relación jurídica del crowdlending, y su apartado 3 aclara que «*el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*». La contratación propia de esta disciplina encaja también en el ámbito objetivo previsto en el artículo 1 LCGC (incorporación impuesta por una de las partes y finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, independientemente de la negociación individual de los mismos). Parece claro, por tanto, que resulta de aplicación al *crowdleding* el régimen previsto en la LCGC. Esto cobra más relevancia aún tras la publicación de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (LCCE), que desarrolla un nuevo régimen jurídico para las plataformas de financiación participativa, derogando el anterior Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE), y, con ello, aspectos relevantes al respecto del contrato elaborado por la plataforma para ambas partes como el deber de neutralidad contenido en el ya derogado artículo 60 LFFE.

Centrándonos en el análisis de la nueva LCCE, esta transpone el Reglamento (UE) 2020/1503, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937, sustituyendo, para ello, el antedicho Título V LFFE, con el objetivo de llevar a cabo una adaptación efectiva de la normativa española sobre plataformas de financiación participativa, para que aquellas que estén autorizadas para operar en España, puedan extender su ámbito de actuación a toda la Unión Europea. Esta adaptación normativa va dirigida a proporcionar a empresas y consumidores españoles una mayor accesibilidad a la financiación, lo cual concuerda con el objetivo principal de la LCCE (artículo 1 LCCE), que se encuadra dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, dirigido a «*canalizados destinados por Europa a reparar*

los daños provocados por la crisis del COVID-19 y, a través de reformas e inversiones, construir un futuro más sostenible»[39].

Analizando ahora las actualizaciones que incorpora esta nueva disposición al régimen de las plataformas de financiación participativa, destacaría, en primer lugar, la nueva categoría de gestión de carteras (artículo 52 LCCE), la cual permite a la plataforma invertir en nombre del inversor que decida hacer uso de este servicio.

Adicionalmente, como una suerte de 'medida de protección' al inversor minorista, esta ley fija como límite a la inversión individual el más alto entre 1.000 euros o el 5% de su riqueza, excluyendo propiedades inmobiliarias y fondos de pensiones. No obstante, esta limitación suscita algunas reservas: por un lado, respecto de los riesgos que supone incentivar la inversión de cantidades muy pequeñas, que ya venían siendo señalados por la doctrina[40], y, por otro lado, en lo referido a su efectividad, pues lo que pretende ser una previsión legal destinada a evitar que los pequeños inversores pongan en riesgo en este tipo de operaciones una parte importante de su capital, actúa, de facto, como una mera 'advertencia' de que recibirán en caso de superar el antedicho límite previsto. Tras recibir esta advertencia, será suficiente con que el inversor otorgue su consentimiento expreso al proveedor para que pueda llevar a cabo la operación que implique una inversión o préstamo superior al umbral legal establecido. Desaparece, por tanto, el anterior régimen de limitaciones a los inversores no acreditados del artículo 82 LFFE, lo cual podría ir en contra de la propia naturaleza de las plataformas de financiación participativa, las cuales se definían en el también derogado artículo 46 LFFE como «*empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores*». Esta nota de la pluralidad de personas físicas o jurídicas que proporcionen financiación a un promotor podría verse amenazada ahora que la nueva regulación de la LCCE es más permisiva en cuanto a las limitaciones a la inversión de inversores individuales.

En lo que respecta a la limitación a la inversión total por proyecto, esta se amplía de dos a cinco millones de euros. No obstante, la normativa establece que este límite podrá ser superado según el límite de cada Estado miembro, estableciéndose, una vez superado, dos condiciones: en primer lugar, será necesaria la emisión de un folleto, y, en segundo lugar, la plataforma no contará con pasaporte europeo para actuar dentro de toda la Unión Europea, sino que se limitarán sus posibilidades de actuación a su Estado.

Una novedad que incorpora la LCCE respecto del Reglamento 2020/1503 en su artículo 55 es la figura de las «plataformas no armonizadas» (v. gr. las plataformas que solo intermedian ofertas de financiación participativa de un importe superior a cinco millones de euros), pues estas no se contemplan dentro de la regulación del mencionado Reglamento. La nueva ley nacional, en línea con las previsiones de la anterior LFFE, de la que toma esta figura, evita así que las plataformas de esta naturaleza tengan que operar bajo condiciones de poca seguridad jurídica, dejando a los inversores o prestamistas desprotegidos.

Adicionalmente, la LCCE otorga a las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada la consideración de valores aptos para el desarrollo de las actividades de las plataformas de financiación participativa y de las empresas de servicios de inversión previstas en el Reglamento de la Unión Europea (artículo 46 LCCE). Permite, asimismo, que las plataformas de financiación participativa creen y agrupen inversores mediante tres mecanismos: en primer lugar, posibilita la creación de una sociedad de responsabilidad limitada que tenga como objeto social y única actividad el ser tenedora de las participaciones en que se invierte. En segundo lugar, permite la agrupación de inversores en una entidad sujeta a supervisión de la CNMV, el Banco de España, o la DGSFP, y, por último, también mediante figuras análogas utilizadas en el Derecho Comunitario (artículo 56 LCCE).

Como novedad final relevante, con respecto a los deberes de información de la plataforma, los artículos 51 y 52 LCCE introducen la obligación para la plataforma de proporcionar a los inversores potenciales toda la información prevista en los artículos 23 y 24 del Reglamento 2020/1503, respectivamente, siendo responsable por dicha información la propia plataforma.

Una vez analizadas las novedades que incorpora esta nueva ley 18/2022 respecto del régimen anterior, procedemos a estudiar, en concreto, la cuestión de la denominación que se da a los ahorradores que proporcionan financiación a los demandantes de la misma, cuestión que ya venía siendo criticada por la doctrina[41], en el nuevo Título V de la LFFE. Estos autores señalan que existe una diferenciación clara entre la variedad de contratos que pueden llevarse a cabo a través de las plataformas de financiación participativa, y que deben distinguirse, por tanto, aquellos casos en los que el usuario es verdaderamente un inversor (*equity crowdfunding*), en los que dicha denominación resultaría evidentemente correcta, pues el peso de la inversión reside en que el proyecto del promotor demandante de financiación prospere, del *crowdlending* propiamente dicho, en el cual los usuarios por el lado de la oferta son verdaderos prestamistas. Por ello, parecería poco adecuado referirse a estos últimos también como «inversores», como hacía el legislador en el anterior Título V de la LFFE, cuando lo que estos adquieren son participaciones en dicho préstamo, sin tener que preocuparse,

como acreedores que son, por otra cosa que no sea la solvencia del deudor o la garantía del préstamo (según se pacte en las condiciones de la operación[42]), y no por la gestión o el destino que se le dé a dicho préstamo, a diferencia de lo que sucede a los verdaderos inversores en la modalidad del *equity crowdfunding*.

Respecto a esta cuestión, la LCCE perpetúa la utilización del término «inversor» para referirse, en general, a todos los usuarios de la financiación participativa a través de plataformas electrónicas en el lado de la financiación del *crowdfunding*, sin otorgar una denominación especial que incluya también a los prestamistas dentro de estas operaciones.

La elección de mantener esta acepción generalista de inversores para todos los usuarios en lugar de hacer una distinción de término para cada uno de los casos señalados, o bien optar por una denominación común en la que pueda encuadrarse toda la casuística de ahorradores que optan por financiar este tipo de operaciones (por ejemplo, «usuarios»), podría generar problemas cuando el mal llamado inversor sea un consumidor, ya que debe tenerse en cuanta que la relación jurídica entre este y el promotor de la financiación estará condicionada a las reglas de Derecho del Consumo.

Para concluir este apartado sobre el marco normativo aplicable al *crowdlending*, hay que señalar que se espera la aprobación de un Reglamento de desarrollo de la Ley de Creación y Crecimiento de empresas a finales de 2023, el cual tal vez aclare o concrete un poco más la reciente normativa sobre financiación participativa.

2. Tipología del *crowdlending* según la cualidad de los sujetos intervinientes

Partiendo del régimen general estudiado en el apartado anterior, dentificar la naturaleza de las partes que integran la relación de *crowdlending* resulta crucial para determinar la normativa concreta aplicable en cada caso, pues esta variará en función de la cualidad de los integrantes de la relación jurídica. En este apartado analizaremos los distintos tipos de *crowdlending* que existen atendiendo a quiénes sean el demandante y el oferente de financiación en cada caso. Así, distinguimos las siguientes categorías:

1. *Business to business crowdlending* (B2B)
2. *Consumer to consumer crowdlending* (C2C)
3. *Business to consumer crowdlending* (B2C)
4. *Consumer to business crowdlending* (C2B)

La primera de estas subcategorías de *crowdlending* responde a aquellos contratos de préstamo participativo en que varios empresarios prestan financiación a otro empresario demandante de financiación (B2B). Respecto a la segunda mo-

dalidad, se trata del denominado *peer-to-peer* (P2P) *lending*, disciplina en la que varios consumidores prestan financiación a otro consumidor (C2C). En tercer lugar, encontramos la financiación ofrecida por varios empresarios a un consumidor (B2C). En último lugar está la categoría de contratos de préstamo entre varios consumidores y un empresario promotor (C2B).

Esta clasificación del *crowdlending* en función de la cualidad de los sujetos intervinientes en la relación cobra, como ya hemos señalado, una enorme relevancia a la hora de determinar la naturaleza del contrato de préstamo que se suscribe entre las partes, así como el régimen jurídico aplicable al mismo. Siguiendo la clasificación de CUENA CASAS[43], el contrato de préstamo propio del *crowdlending* se reputará mercantil cuando prestamista y promotor sean ambos empresarios (B2B), teniendo el proyecto financiado una finalidad comercial, a tenor de lo establecido en el artículo 311 del Código de Comercio[44].

Estaremos, en cambio, ante un préstamo civil cuando, o bien se trate de un consumidor prestamista que ofrece financiación a otro consumidor (C2C), promotor de la misma, o bien se trate de un préstamo de un empresario a un consumidor (B2C). En ambos casos será de aplicación la regulación del contrato de préstamo recogida en los artículos 1740 y siguientes del Código civil. Adicionalmente, para el caso del *crowdlending* B2C, será de aplicación, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo[45], y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, así como el régimen de defensa de los consumidores previsto por la LGDCU. La normativa de consumo excluye de su ámbito de aplicación al *crowdlending* C2C, pues esta solamente aplica a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios[46].

Quedaría por analizar, en último lugar, la cuestión relativa a si resulta de aplicación el régimen jurídico de protección a los consumidores en las relaciones contractuales en las que es el consumidor quien presta financiación al empresario a través de una plataforma (C2B). A este respecto, CUENA CASAS sí que entiende, pese a que en este caso los consumidores se encuentren del lado oferente de financiación, aplicable dicho régimen[47], y proporciona para ello dos argumentos. El primero de ellos se desprende de la interpretación literal de los artículos 2 y 3 LGDCU[48], pues la definición que estos artículos proporcionan del concepto de consumidor no atiende al extremo que este ocupa en la relación jurídica (es decir, para el caso del *crowdlending,* es irrelevante si actúa como prestamista o como prestatario), por lo que sí existiría una relación de consumo entre ambos. Pese a que este primer argumento ya proporcionaría la solución a esta cuestión, la autora proporciona un segundo argumento que ella misma tilda de 'valorativo'[49], justificando que, pese a ser el consumidor el oferente de financiación, son el promotor y la plataforma quienes predisponen las condiciones del contrato de

préstamo, por lo que el prestamista consumidor no profesional sigue precisando de protección especial por el desequilibrio que existe en esta relación. En este sentido, destaca el papel de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Esta Directiva introduce requisitos adicionales a estos de la Directiva 2011/83/UE, entre los que destaca el artículo 6 bis, en especial sus apartados 1 b) y c)[50], que establecen, como requisito previo a que el consumidor quede obligado por un contrato a distancia, que la plataforma le informe de si el tercero (en este caso, el prestatario demandante de financiación, aunque también aplicaría, evidentemente, al caso de que este fuera prestamista), es o no un comerciante en el sentido del artículo 2.2) de la Directiva 2011/83/UE[51], y, caso de no serlo, advierta al consumidor de que no resulta de aplicación en dicho contrato la legislación de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores.

Adicionalmente, aplica a todos contratos de *crowdlending* que afecten a consumidores (contratación C2B y B2C), respecto de su relación con el profesional oferente o demandante de financiación, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación para el caso de que este tipo de contratos contengan condiciones generales de la contratación impuestas por el profesional al consumidor.

Todo esto en aras de perseguir el objetivo principal del derecho del consumo: lograr una protección efectiva del consumidor en el marco de una relación jurídica regida por la asimetría de la información.

IV. CONCLUSIONES

1. La financiación participativa, y, más en concreto, el *crowdlending* aquí estudiado, están cobrando cada vez más protagonismo como alternativas a las fuentes de financiación tradicionales.
2. Esta realidad fáctica exige que la normativa nacional, como ya lo viene haciendo la normativa comunitaria, se adapte a las nuevas circunstancias, regulando este fenómeno de manera que los usuarios queden protegidos, en especial cuando estos tienen la condición de consumidores.
3. Persiguiendo este objetivo, la nueva LCCE reúne las últimas actualizaciones europeas en materia de financiación participativa en sustituyendo el anterior régimen contenido en la LFFE. Pese a la ya mencionada necesidad de protección de los usuarios de las plataformas *FinTech,* esta

nueva regulación opta por una normativa algo más flexible, eliminando obligaciones para la plataforma intermediaria como el deber de neutralidad, con el objetivo de que estos modelos de financiación participativa se popularicen aún más.

4. En conjunto, la nueva regulación de las plataformas de financiación participativa merece una valoración positiva y de su aplicación resultará un incremento en las operaciones realizadas a través de ellas.
5. No obstante, no se debe perder de vista que la protección de los usuarios debe ocupar siempre un punto central en la normativa, para evitar que estos se sientan desprotegidos si recurren a este tipo de financiación.
6. Esta desprotección resultaría, además, contraproducente, pues desembocaría en una reticencia a utilizar estas alternativas, por parte de los consumidores, grandes protagonistas de la microfinanciación, contraviniendo así el objetivo perseguido por el legislador de fomentar el uso de estas plataformas. En este sentido, tendremos que esperar al Reglamento de desarrollo de la LCCE, cuya aprobación está prevista para finales de este año 2023, y a posterior normativa, para comprobar si se pretende aportar algún tipo de protección adicional a los usuarios de las plataformas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. Teresa, «La responsabilidad civil de las plataformas de donación participativa por la falta de ejecución del proyecto (crowdfunding-donación)», en *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales,* HERNÁNDEZ SÁINZ, MATE SATUÉ y ALONSO PÉREZ (dirs), Colex, 2023, pp. 264 a 289.

ALONSO PÉREZ, M. Teresa, «Servicios digitales prestados por plataformas on-line de crowdfunding-donación», en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, ALONSO PÉREZ y HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs), Aranzadi, 2020, pp. 21-52.

BELLEFLAME, P. and LAMBERT, T. *An Industrial Organizational Framework to Understand the Strategies of Crowdfunding Platforms,* in *International Perspectives on Crowdfunding: Positive, Normative and Critical Theory*. Emerald Group Publishing Limited, 2016, pp. 5-11.

CARBAJO CASCÓN, F. *Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos.* Wolters Kluwer, 2022.

CUENA CASAS, M. *Crowdlending o préstamo en masa y evaluación de la solvencia del promotor de la financiación.* Civitas, Pamplona, 2019.

CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech.* Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021.

CUENA CASAS, M. *Las FinTech de Préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea.* Reus, Madrid, 2019.

GIANFRATE, G., ADHAMI, S., JOHAN, S. *Risks and returns in crowdlending.. Eurasian Business Review* (Eurasian Business and Economics Society), 2023, pp. 2-6.

GURREA MARTÍNEZ, A., REMOLINA, N. *FinTech, RegTech y LegalTech: fundamentos y desafíos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020..

HERNANDEZ SAINZ, E., «Responsabilidad civil del PSFP en caso de omisiones, inexactitudes o falsedades en la ficha de datos fundamentales de la inversión facilitada al inversor en las operaciones de captación de capital a través de una plataforma de financiación participativa (equity crowdfunding)», en *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales,* HERNÁNDEZ SÁINZ, MATE SATUÉ y ALONSO PÉREZ (dirs), Colex , 2023, pp. 348 a 389.

ISIDORO, F., *¿Qué es el Peer to Peer (P2P) Lending en el mundo de las finanzas?* ESIC Business and Marketing School, 2020.

JIMÉNEZ ALEMÁN, J.A., *Análisis de los conflictos de interés en la financiación participativa: alertas y propuestas en un nuevo escenario de interacción financiera. Revista de Derecho del Sistema Financiero,* Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú, 2021.

LÓPEZ, E. *Cuál es la relación del Crowdlending con el Crowdfunding y por qué ha irrumpido en España con tanta fuerza*. https://www.crowdlending.es/blog/cual-es-la-relacion-del-crowdlending-con-el-crowdfunding-y-por-que-han-irrumpido-en-espana-con-tanta-fuerza

MENÉNDEZ PUJADAS, A. *Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: enero de 2023*. Banco de España, Boletín Económico 2023/T1, 2023.

MORENO MORENO, C., SANCHÍS PEDREGOSA, BERENGUER, E. *Success Factors in Peer-to-Business (P2B) Crowdlending: A Predictive Approach*. Departamento de Economía Financiera y Dirección de Operaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2019.

PARDO PRADO, S. *Derecho digital a fondo. Digitalización y derecho de consumo.* 2022. Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ C., QUINTANERO J. *Las empresas FinTech: panorama, retos e iniciativas.* Banco de España, Documentos Ocasionales nº 2214. Junio 2022.

SANZ BAOS, P. *Nueva regulación del crowdfunding en la "Ley crea y crece".* Madrid, 2022.

Otros recursos

— *Cuál es la relación del Crowdlending con el Crowdfunding y porqué ha irrumpido en España con tanta fuerza,* disponible en *https://www.crowdlending.es/blog/cual-es-la-relacion-del-crowdlending-con-el-crowdfunding-y-por-que-han-irrumpido-en-espana-con-tanta-fuerza* ,fecha de consulta 03/03/2023.

— *El BCE aprueba otra fuerte subida de los tipos de interés de 0,75 puntos a pesar del riesgo de recesión,* disponible en https://elpais.com/economia/2022-10-27/el-bce-aprueba-otra-fuerte-subida-de-los-tipos-de-interes-de-075-puntos-a-pesar-del-riesgo-de-recesion.html , fecha de consulta 05/03/2023.

— *Crowdlending* (La Ley), disponible en https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMjCwsD-

Y7Wy1KLizPw827DM9NS8klS1xKTi_JzSktTQokzbkKJSoEBBQU5lUH5Oaj-GYDwCUtj9kQQAAAA==WKE , fecha de consulta 02/04/2023.

— App de Mintos, disponible en https://www.mintos.com/es/mobile-app , fecha de consulta 01/04/2023.

— Página Web del Gobierno de España: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, disponible en https://planderecuperacion.gob.es/ , fecha de consulta 10/04/203.

Legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de comercio.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

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.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial

Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

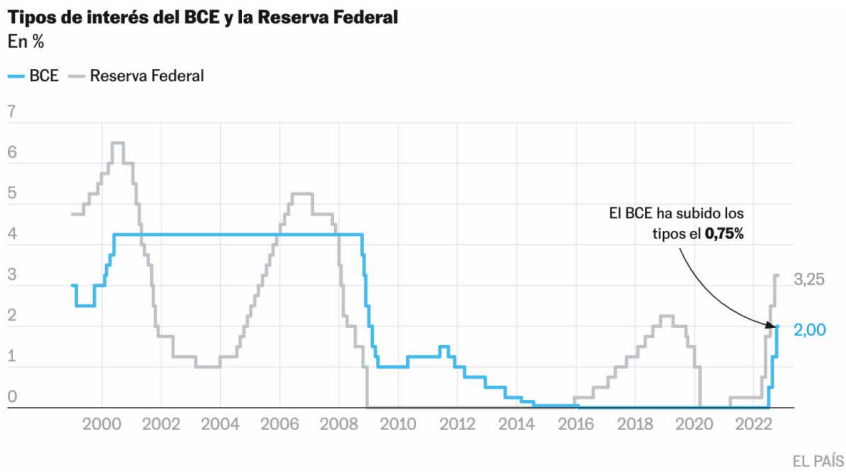
Reglamento (UE) 2020/1503, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas.

Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales).

VI. LISTADO DE ANEXOS

ANEXO 1: subida de tipos de interés llevada a cabo por el BCE, fuente: El País Economía: *El BCE aprueba otra fuerte subida de los tipos de interés de 0,75 puntos a pesar del riesgo de recesión,* disponible en https://elpais.com/economia/2022-10-27/el-bce-aprueba-otra-fuerte-subida-de-los-tipos-de-interes-de-075-puntos-a-pesar-del-riesgo-de-recesion.html .



ANEXO 2: evolución positiva de las compañías basadas en plataformas, disponible en https://www.expansion.com/ .

Capitalización En millones de euros
A 29 de diciembre de 2020

Nº	EMPRESA	Sector	País	CAPITALIZACIÓN	Var. anual en %	Dif. puesto s/2019
1	Apple	Tecnología	EE UU	1.870.337	85,3	+1
2	Aramco	Energía	A. Saudí	1.525.859	2,8	-1
3	Microsoft	Tecnología	EE UU	1.382.288	43,6	0
4	Amazon.com	Tecnología	EE UU	1.359.557	79,8	+1
5	Alphabet	Tecnología	EE UU	970.093	31,2	-1
6	Facebook	Tecnología	EE UU	643.026	34,9	0
7	Tencent	Tecnología	China	535.327	50,2	+1
8	Alibaba	Tecnología	China	521.398	11,4	Nueva
9	Tesla	Motor	EE UU	514.920	696,0	+190
10	Berkshire	Finanzas	EE UU	439.299	1,5	-3

En la primera tabla (diciembre 2020), observamos que las empresas basadas en plataformas ocupaban el top 10 de las empresas con mayor valoración bursátil.

Capitalización En millones de euros
A 29 de diciembre de 2021

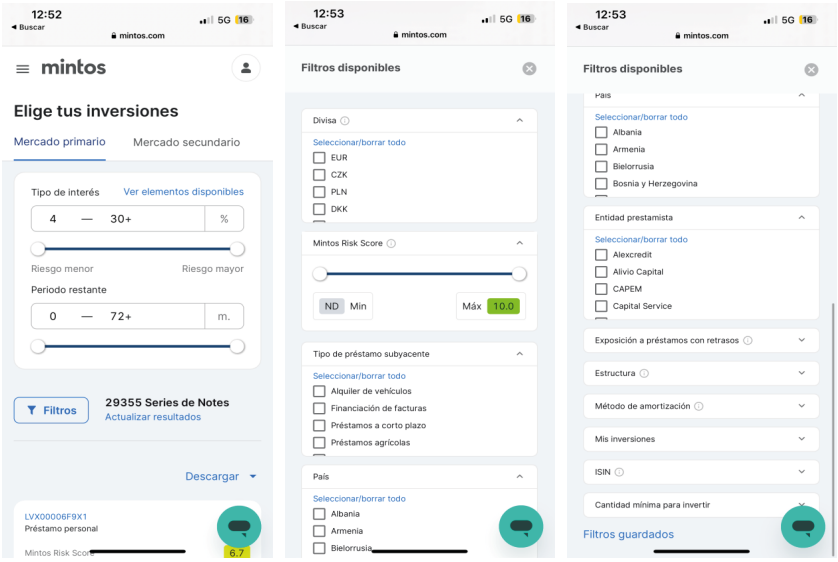
Nº	EMPRESA	Sector	País	CAPITALIZACIÓN	Var. anual en %	Dif. puesto s/2020
1	Apple	Tecnología	EE UU	2.603.715	36,0	0 =
2	Microsoft	Tecnología	EE UU	2.271.392	55,0	1 ▲
3	Alphabet	Tecnología	EE UU	1.721.545	67,4	2 ▲
4	Aramco	Petrolera	Arabia Saudí	1.659.235	4,7	-2 ▼
5	Amazon.com	Tecnología	EE UU	1.518.356	3,9	-1 ▼
6	Tesla	Automoción	EE UU	965.073	53,9	2 ▲
7	Meta (Facebook)	Tecnología	EE UU	844.003	25,5	-1 ▼
8	Nvidia	Tecnología	EE UU	663.563	130,0	15 ▲
9	Berkshire	Finanzas	EE UU	593.307	30,0	1 ▲
10	TSMC	Tecnología	Taiwán	510.577	18,1	2 ▲

En esta segunda tabla (diciembre 2021), se aprecia cómo se mantiene el liderazgo por las empresas basadas en plataformas.

ANEXO 3: *Crowdlending: aportaciones de la Financiación Bancaria Tradicional (FBT) a la Financiación Participativa (FP), y viceversa*, disponible en https://guias-juridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMjCwsDY7Wy1KLizPw827DM9NS8klS1xKTi_JzSktTQokzbkKJSoEBBQU5lUH5OajGYDwCUtj9kQQAAAA==WKE

Diferencias entre la financiación ajena participativa o *Crowdlending* y la financiación bancaria tradicional

ANEXO 4: filtros mediante los cuales la plataforma de *crowdlending* Mintos permite al prestamista acotar su búsqueda, disponible en la app de https://www.mintos.com/es/mobile-app .



NOTAS

[1] *Según MENÉNDEZ PUJADAS, A. en Encuesta sobre Préstamos Bancarios en España: enero de 2023. Banco de España, Boletín Económico 2023/T1. 31, 2023, disponible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/23/T1/Fich/be2301-art11.pdf, el Banco de España prevé que esta tendencia continúe en consonancia con la contracción generalizada de la oferta de préstamos bancarios.*

[2] *Cuál es la relación del Crowdlending con el Crowdfunding y porqué ha irrumpido en España con tanta fuerza, disponible en https://www.crowdlending.es/blog/cual-es-la-relacion-del-crowdlending-con-el-crowdfunding-y-por-que-han-irrumpido-en-espana-con-tanta-fuerza*

[3] *VALIANTE, D., «Módulo III.3.1 Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del crowdfunding financiero» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 378.*

[4] *ISIDORO, F. ¿Qué es el Peer to Peer (P2P) Lending en el mundo de las finanzas? ESIC Business and Marketing School, 2020.*

[5] *El artículo 3 apartado i) del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), define las plataformas en línea de la siguiente manera: un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento.*

[6] *MARCO MOLINA, J., «Módulo II.3 La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: el medio sí es el mensaje» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 249.*

[7] *Así se señala en el artículo 4 del Reglamento 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales), en el marco de su Capítulo II. Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (artículo 4).*

[8] *Sobre esta cuestión, vid. HERNANDEZ SAINZ, E., «Responsabilidad civil del psfp en caso de omisiones, inexactitudes o falsedades en la ficha de datos fundamentales de la inversión facilitada al inversor en las operaciones de captación de capital a través de una plataforma de financiación participativa (equity crowdfunding)», en La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales, HERNÁNDEZ SÁINZ, MATE SATUÉ y ALONSO PÉREZ (dirs), Colex , 2023, pp. 348-389.*

[9] *VALIANTE, D., «Módulo III.3.1 Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del crowdfunding financiero» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 383.*

[10] *JIMÉNEZ ALEMÁN, J.A. «Análisis de los conflictos de interés en la financiación participativa: alertas y propuestas en un nuevo escenario de interacción financiera. Principio de neutralidad en el crowdfunding» en Revista de Derecho del Sistema Financiero (Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú), n. 1, 2021, pp. 12-16.*

[11] *VALIANTE, D., «Módulo III.3.1 Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del crowdfunding financiero» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 384.*

[12] *MARCO MOLINA, J., «Módulo II.3 La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: "el medio sí es el mensaje» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 252.*

[13] *Esta es la clasificación llevada a cabo por VALIANTE, D. en «Módulo III.3.1 Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del crowdfunding financiero» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 381-382.*

[14] *LÓPEZ, E. Cuál es la relación del Crowdlending con el Crowdfunding y por qué ha irrumpido en España con tanta fuerza, disponible en crowdlending.es, fecha de consulta: 17/02/2023.*

[15] *ALONSO PÉREZ, M. Teresa en «Servicios digitales prestados por plataformas on-line de crowdfunding-donación», en Servicios digitales, condiciones generales y transparencia, ALONSO PÉREZ y HERNÁNDEZ SÁINZ, 2020, ISBN 978-84-1308-669-9, p. 24. Sobre esta relación puede consultarse también: ALONSO PÉREZ, M. Teresa, «La responsabilidad civil de las plataformas de donación participativa por la falta de ejecución del proyecto (crowdfunding-donación)», en La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales, HERNÁNDEZ SÁINZ, MATE SATUÉ y ALONSO PÉREZ (dirs), Colex, 2023, pp. 264 a 289.*

[16] *VALIANTE, D., «Módulo III.3.1 Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del crowdfunding financiero» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 380.*

[17] *CUENA CASAS, M. Crowdlending o préstamo en masa y evaluación de la solvencia del promotor de la financiación, Civitas, Pamplona, 2019, p. 2.*

[18] *CUENA CASAS, M. Crowdlending o préstamo en masa y evaluación de la solvencia del promotor de la financiación, Civitas, Pamplona, 2019, p. 2.*

[19] *Dice CUENA CASAS que «También la financiación puede articularse mediante la suscripción de acciones, participaciones que otorguen derechos de participación en el capital de la sociedad promotora (equity crowdfunding). El financiador en ambos casos es un inversor en sentido estricto» en Crowdlending o préstamo en masa y evaluación de la solvencia del promotor de la financiación, Civitas, Pamplona, 2019, p. 3.*

[20] *CUENA CASAS, M. Las FinTech de Préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Reus, Madrid, 2019, pp. 151-152.*

[21] *Crowdlending (La Ley), disponible en https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMjCwsDY7Wy1KLizPw827DM9NS8klS1xKTi_JzSktTQokzbkKJSoEBBQU5lUH5OajGYDwCUtj9kQQAAAA==WKE La Ley, fecha de consulta: 23/01/2023.*

[22] *Señala CUENA CASAS que «El prestamista concede un capital al prestatario con objeto de obtener una ganancia en forma de intereses. La evaluación del riesgo del prestamista no se centra solo en la actividad, sino también en la solvencia del prestatario. Su beneficio está tasado y es el tipo de interés pactado, sin depender de las ganancias de la actividad», en Pers-*

pectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 434.

[23] *En la regulación del contrato de préstamo de los artículos 1753 y ss del CC, observamos que el préstamo con interés no es la norma, sino que lo es el préstamo gratuito salvo que expresamente se pacte lo contrario ex artículo 1755 CC.*

[24] *CUENA CASAS, M., La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. Reus, Madrid, 2019, p. 152.*

[25] *La mediación es la forma general en que intervienen las plataformas, aunque, como señala CUENA CASAS, en ocasiones puede ser que la propia plataforma sea quien firme el contrato en nombre de los prestamistas, encontrándonos, en este caso, en un contrato de mandato. Ya anticipamos en el apartado II de este trabajo que pueden existir diferentes modalidades de crowdfunding atendiendo a la implicación de la plataforma en la contratación de las partes.*

[26] *BELLEFLAME, P. and LAMBERT, T. An Industrial Organizational Framework to Understand the Strategies of Crowdfunding Platforms, in International Perspectives on Crowdfunding: Positive, Normative and Critical Theory. Emerald Group Publishing Limited, 2016, pp. 5-11.*

[27] *CUENA CASAS, M., «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 438-439.*

[28] *MARCO MOLINA, J., «Módulo II.3 La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: el medio sí es el mensaje» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 153.*

[29] *En este sentido, por ejemplo, la plataforma MINTOS, una de las PFP líderes en crowdlending en Europa, permite, en su modalidad, «manual», la selección de tipo de mercado (primario o secundario), tipo de interés del préstamo (4-30%), y periodo restante del mismo (0–72+ meses). Adicionalmente, permite aplicar una serie de filtros según las condiciones esperadas para el préstamo en el que queremos colocar nuestra financiación (véase Anexo 4).*

[30] *MARCO MOLINA, J., «Módulo II.3 La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: el medio sí es el mensaje» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 154.*

[31] *Señala CUENA CASAS que «Ambas relaciones contractuales no se encuentran vinculadas. Ello significa que el derecho al cobro de la comisión por parte de la plataforma no se ve impedido por el eventual impago por parte del promotor de la financiación. Las comisiones se obran por transacción y no por el éxito de la transacción. Es decir, no se ven afectadas por la calidad del crédito» en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 439..*

[32] *CUENA CASAS, M., «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 437.*

[33] *CARBAJO CASCÓN, F. Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos, Wolters Kluwer (La Ley), 2022, p. 6.*

[34] *El artículo 3 apartado g) i del Reglamento 2022/2065, especifica que el servicio de mera transmisión al que es aplicable el descrito régimen de exención de responsabilidad debe consistir en «transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar el acceso a una red de comunicaciones».*

[35] *El artículo 33 del Reglamento 2022/2065 las define como aquellas plataformas y motores de búsqueda en línea que «tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones y a las que se designe como plataformas en línea de muy gran tamaño o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño en virtud del apartado 4».*

[36] *Considerando 131 del Reglamento 2022/2065.*

[37] *Señala CUENA CASAS en «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 453-454, diferentes características de la actividad de las plataformas FinTech que le permiten «eludir» ser sujetos pasivos de esta regulación: su labor es solamente de mediación, no captan recursos de los ahorradores, ni tampoco invierten capital propio, y el capital captado no entra en el balance de la plataforma, fundamentalmente.*

[38] *CUENA CASAS, M., «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 454-455.*

[39] Página Web del Gobierno de España: Plan de Recuperación, Transformación y *Resiliencia, disponible en https://planderecuperacion.gob.es/*

[40] *Señala CUENA CASAS, M., en Las FinTech de Préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Reus, Madrid, 2019, p. 183, que «Centrar la protección del inversor en limitar las cantidades que puede invertir para que si pierde no pierda mucho, me parece una medida insuficiente. De hecho, ello crea otro incentivo también negativo, como es el escaso interés del prestamista de reclamar judicialmente al deudor su derecho de crédito cuando la cantidad es pequeña». Observamos como se advierte de que este mecanismo dirigido a proteger a los inversores actuaría como una espada de doble filo, desincentivado a reclamar las cantidades perdidas por no tener esta entidad suficiente.*

[41] *CUENA CASAS, M., «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 433-435.*

[42] *Puede darse tanto el denominado unsecured crowdlending, es decir, sin ningún tipo de garantía, como otros tipos de crowdlending en los cuales la inversión está garantizada mediante una hipoteca u otro tipo de garantía, o también mediante mecanismos como el buyback, que se activan en caso de que el prestatario carezca de la solvencia suficiente para devolver la inversión en la fecha señalada.*

[43] *CUENA CASAS, M., Las FinTech de Préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Reus, Madrid, 2019, pp. 341-349.*

[44] *Artículo 311 del Código de comercio: Se reputará mercantil el préstamo, concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante.* 2ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.

[45] *Señala CUENA CASAS en «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno Fin-*

Tech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, p. 458 que, pese a que «sobre el papel», este régimen de protección de los consumidores es aplicable por coincidir en el objeto de la protección (préstamos al consumo), no es claro que pueda aplicarse realmente en la práctica, por no cuadrar el esquema contractual propio de la LCC con este de la financiación a través de PFP debido, principalmente, a que en este tipo de financiación es el consumidor prestatario quien, sujeto a la aceptación de la plataforma, predispone las condiciones particulares del préstamo en el proyecto de financiación que se publica en la plataforma digital.

[46] *Así se deduce del artículo 2 LGDCU, que establece el ámbito de aplicación de la ley en los siguientes términos: Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.*

[47] *CUENA CASAS, M. «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 2021, pp. 459-461.*

[48] *Artículo 3 LGDCU: A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuestoexpresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

[49] *Señala CUENA CASAS, M., que «Por lo tanto, incluso entrando en un concepto valorativo que el TRLCU no autoriza, entiendo que sí se produce una relación de consumo en los contratos C2B, siendo aplicables los deberes de información precontractual, derecho de desistimiento, y normas sobre las cláusulas abusivas», en CUENA CASAS, M.* «Módulo III 3.3 Régimen jurídico del *crowdlending o préstamo en masa en el Derecho Español», en Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech, CUENA CASAS, M., IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), Wolters Kluwer Legal, Madrid, 202, p. 460.*

[50] *Artículo 6 bis Directiva 2011/83/CE: Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea 1. Antes de que unconsumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia: b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato.*

[51] *«Comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.*

Trabajo recibido el 17 de julio de 2023 y aceptado para su publicación el 16 de octubre de 2023

DERECHO COMPARADO

El régimen legal de los terrenos eriazos en el Perú: entre la propiedad estatal y la propiedad privada

The legal regime of unproductive land in Peru: between state property and private property

por

FRANCISCO JAVIER ESCAJADILLO CHIMAYCO

Abogado y Magíster en Derecho Registral y Notarial por la Universidad de San Martín de Porres.

Abogado del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Perú)

RESUMEN: Desde hace muchos años el Estado peruano afirma que es propietario de todos los terrenos eriazos ubicados en el territorio nacional. Esto ha sido sostenido en diversas disposiciones normativas emitidas a lo largo de la historia republicana del Perú, en especial en el pasado Siglo, siendo una afirmación que hasta nuestros días se sostiene casi como una verdad absoluta. Como consecuencia de esta afirmación, no es posible que un particular sea propietario de un terreno eriazo, con menor razón si el Estado no ha transferido el dominio a su favor. En las siguientes líneas, demostraremos que esta afirmación normativa, además de incorrecta, es inconstitucional para el Ordenamiento Jurídico peruano.

ABSTRACT: For many years the Peruvian State has affirmed that it is the owner of all the unproductive land located in the national territory. This has been sustained in various regulatory provisions issued throughout our republican history, especially in the past century, being a statement that to this day is held almost as an absolute truth. Because of this affirmation, it is not possible for an individual to be the owner of unproductive land, even less so if the State has not

transferred ownership in their favor. In the following lines, we will show that this normative statement is incorrect.

PALABRAS CLAVE: Terreno eriazo / propiedad privada / propiedad estatal / derecho agrario

KEYWORDS: Unproductive land / private property / state land / agricultural law

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASIFICACIÓN DE USO DEL SUELO Y TIPOS DE TERRENOS.—III. ESBOZO HISTÓRICO DE LA SITUACIÓN AGRARIA EN EL PERÚ.—IV. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS TERRENOS ERIAZOS A PARTIR DEL DERECHO RURAL.—V. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS TERRENOS ERIAZOS EN EL PERÚ.—VI. LA REGULARIZACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS TERRENOS ERIAZOS REGULADA POR LA LEY 27333.—VII. EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LA PROPIEDAD PRIVADA.—VIII. ¿QUÉ HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO SOBRE LAS NORMAS DE REVERSIÓN DE TERRENOS ERIAZOS?—IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿TODOS LOS TERRENOS ERIAZOS SON PROPIEDAD DEL ESTADO?

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, como en otras latitudes, los terrenos se clasifican en urbanos y rústicos, encontrándose dentro de este último grupo a los terrenos rurales y eriazos. La importancia de esta clasificación no es meramente teórica, sino también práctica, porque el régimen legal para cada tipo de terreno es distinto.

En este sentido, también son distintos los objetivos que se trazan las disposiciones que forman parte de cada régimen. En los terrenos urbanos lo que se busca es hacer posible la coexistencia armónica de diversas actividades humanas en un espacio determinado; en los terrenos rurales se busca fomentar el desarrollo de actividades agropecuarias y el cuidado del suelo; sin embargo, en los terrenos eriazos no existe un propósito claro, pues son terrenos —a nuestra consideración— de propósitos neutros, ya que son definidos como terrenos improductivos por falta o exceso de agua.

En el régimen legal de los terrenos eriazos podemos presentar dos dificultades. La primera dificultad está relacionada con la determinación de su condición; y, la segunda, con su titularidad.

Naturalmente, la determinación de la condición eriaza de un terreno constituye un aspecto de especial relevancia ya que permite ubicar el régimen legal

aplicable. Por su parte, la titularidad no es un tema del todo sencillo, pues existen factores legales que influyen significativamente en ello.

En este trabajo trataremos ambas dificultades, siendo especialmente interesante, ya que se ha escrito mucho acerca de los predios urbanos, poco menos sobre los predios rurales, pero de los terrenos eriazos tenemos contados trabajos, cuando en los hechos, importantes extensiones del territorio peruano (especialmente en la Costa peruana[1]) tienen esta condición, evidenciándose una mayor atención sobre estos en los últimos años, dada su importancia para el desarrollo de proyectos de inversión pública y privada.

II. CLASIFICACIÓN DE USO DEL SUELO Y TIPOS DE TERRENOS

En el Perú, los tipos de terrenos comprenden el suelo urbano, rural y eriazo. La legislación nacional ha definido cada uno de ellos en diversos dispositivos, por ejemplo, en la Norma Técnica G.040 del Reglamento Nacional de Edificaciones modificada por Resolución Ministerial 029-2021-Vivienda del 27 de enero de 2021, se define al suelo urbano como «[u]na superficie de terreno habilitado para uso urbano y que cuenta con accesibilidad, sistema de abastecimiento de agua, sistema de desague, abastecimiento de energía eléctrica y redes de iluminación pública […]».

Respecto de los predios rurales, en el artículo 2 de la Ley 26505 del 17 de julio de 1995, se precisa que comprenden «[l]as tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna […]». Mientras que, en el caso del suelo eriazo, el artículo 4 del Decreto Legislativo 653 del 30 de julio de 1991, señala que «Se consideran tierras eriazas las no cultivadas por falta o exceso de agua […]».

Como se aprecia, los tipos de terrenos señalados tienen como variable el uso, sea urbano o rural, encontrándose los terrenos eriazos desarrollados en esta última categoría, pudiendo destinarse un terreno eriazo a ser agrario (siempre que tenga aptitud agropecuaria) o urbano (siempre que sea susceptible de ser habilitado para el desarrollo urbano).

Por su parte, la clasificación de los usos del suelo se vincula con las tierras por su capacidad de uso mayor, cuyo propósito es establecer una estructura orientada a proteger las características agrológicas del suelo, difundiendo su uso agrario (agrícola, pecuario y forestal) racional y óptimo, siendo un instrumento orientador para el desarrollo de actividades específicas en determinadas extensiones de terreno[2].

Las disposiciones sobre clasificación del suelo por su capacidad de uso mayor se remontan al Decreto Supremo 0062-75-AG del 22 de enero de 1975, cuyo

artículo 6 se refiere a la clasificación de las tierras por su capacidad de uso mayor, siendo: (i) Tierras aptas para el cultivo en limpio; (ii) Tierras aptas para cultivo permanente; (iii) Tierras aptas para pastoreo; (iv) Tierras aptas para producción forestal; y, (v) Tierras de protección.

Esta clasificación se mantuvo en el Decreto Supremo 017-2009-AG que aprobó el Reglamento de Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor y derogó el Decreto Supremo 0062-75-AG, esto puede verse en su artículo 9 que distingue entre grupos, clases y subclases estando dentro de los grupos la clasificación antes aludida.

Asimismo, esta última clasificación se mantiene en el vigente reglamento aprobado por Decreto Supremo 005-2022-Midagri, el cual se refiere a las categorías de clasificación de tierras por su capacidad de uso mayor en su artículo 16, señalando que estas contemplan Grupos (los 5 tipos antes mencionados), Clases (calidad agrológica) y subclases (factores limitantes, riesgos y condiciones especiales del suelo).

Esta clasificación de tierras por su capacidad de uso mayor (en adelante, CTCUM) se determina en función de las cualidades edáficas (suelo), climáticas, de relieve y cobertura vegetal, tal como se expresa en el artículo 12 del Decreto Supremo 005-2022-Midagri, pudiendo advertirse de ello, así como de otras disposiciones con mayor precisión técnica, que su finalidad es la protección del suelo (recurso natural).

La pregunta que surge a continuación es la relación de la CTCUM con los tipos de terrenos que nuestra legislación regula (urbano, rural o eriazo). De esta manera, al ser un dispositivo normativo propio del sector Agricultura, su ámbito de incidencia excluye por naturaleza a los predios urbanos, por lo que se centra en los predios rústicos (rurales y eriazos).

En esta línea, dentro de los predios rurales tenemos a su vez actividades concretas, como la agricultura, la ganadería y el aprovechamiento de recursos forestales. De esta manera, las tierras aptas para el cultivo en limpio y permanente, serán apropiadas para actividades agrícolas, mientras que las tierras aptas para pastoreo se relacionan con actividades ganaderas, finalmente, las tierras para la producción forestal tendrán que ver con todo lo vinculado al aprovechamiento de recursos forestales; y, ¿las tierras de protección? ¿son eriazas?

Las respuestas a estas interrogantes son proporcionadas directamente por el artículo 16.1 del Decreto Supremo 005-2022-Midagri, el cual señala lo siguiente:

[…]

(e) Tierras de Protección (Símbolo x)

Son aquellas que, por su condiciones biológicas de fragilidad ecosistémica y edáfica, no son aptar para el aprovechamiento maderable u otros usos que alteren la cobertura vegetal o remuevan el suelo. Las tierras de protección se destinan a

la conservación de las fuentes de agua, nacientes o cabeceras de cuencas, riberas de ríos hasta del tercer orden, y a la protección contra la erosión.

En éstas es posible la recolección y aprovechamiento de productos forestales no maderables, el manejo y aprovechamiento de la fauna silvestre, así como usos recreativos y actividades educativas o de investigación científica, en la medida en que no se afecte su existencia ni sus funciones protectoras. De acuerdo con el artículo 9 de la Ley N° 29763, son denominadas Tierras de capacidad de Uso Mayor para Protección.

Sin perjuicio de lo antes mencionado y para efectos del presente Reglamento, se consideran en este grupo los escenarios glaciáricos (nevados), afloramientos líticos, tierras con cárcavas, playas y otras donde está ausente el suelo.

[…].

Entonces, la CTCUM no toma en cuenta la cobertura agrícola o no del suelo, sino las cualidades intrínsecas del mismo para determinar su aptitud natural para la producción. Por ello, no todo terreno eriazo se encontraría dentro de la clasificación de tierras de protección, pues una tierra apta para cultivo no necesariamente debe contar con cobertura agrícola, siendo en esto que se determinan las denominadas tierras eriazas con aptitud agraria.

De esta manera, los estudios para la CTCUM no son suficientes para determinar si un terreno es eriazo o no. Por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario aprobado por Decreto Supremo 048-91-AG del 30 de octubre de 1991, dedicó todo un título a la determinación de las tierras eriazas, siendo esto labor del Ministerio de Agricultura en coordinación con los Gobiernos Regionales, sustentándose esta determinación de condición eriaza en planos elaborados por el Programa Nacional de Catastro Rural.

Como puede apreciarse, la determinación de un terreno eriazo exige una declaración de la autoridad competente en materia agraria, es decir, no puede presumirse la condición eriaza de un terreno solo porque visiblemente no se encuentre cultivado, pues incluso existen terrenos que en determinadas épocas del año no son cultivables, empero ello no los vuelve eriazos, ni se trata de una condición que se determine por cuestiones estacionarias, por lo que la labor que implica establecer su naturaleza eriaza no es sencilla, más bien, requiere de una evaluación basada en análisis técnicos de la condición del suelo, lo cual —como se dijo— no se limita a los estudios propios para la determinación del CTCUM.

III. ESBOZO HISTÓRICO DE LA SITUACIÓN AGRARIA EN EL PERÚ

Las actividades agrícolas han estado presentes a lo largo de la historia de la humanidad, incluso, por causa de estas, se materializaron las primeras formas

de control sobre determinadas extensiones de terreno y seguramente uno de los principales motivos del sedentarismo.

En la historia universal puede verse que diversas sociedades antiguas se ocuparon de la agricultura. Por ejemplo, en el derecho romano la razón de la distinción entre *res mancipi* y *res ne mancipi* fue que se consideraban *res mancipi* a las cosas más preciadas, estando dentro de ellas los fundos para la agricultura, incluso se tuvieron figuras jurídicas especiales para esta actividad, como es el caso de la servidumbre rural[3] (que era un tipo especial de servidumbre predial y se conocía en los textos como *servitutes proediorum rusticorum*) (PETIT, 1983, 234).

Esta situación no ha sido ajena a la historia del Perú. Las culturas preincaicas se dedicaron por igual a la producción agraria, esto es, al cultivo de papa, maíz, algodón, quinua, entre otros, y no es para menos, si los alimentos que permiten la subsistencia humana provienen fundamentalmente de la agricultura. Asimismo, se dice que estos pueblos tuvieron un régimen agrario comunista similar a los ayllus incaicos (UGARTE, 2019, 4).

Esto se mantuvo en el Imperio Incaico[4], periodo en el cual la tierra se repartía entre los habitantes antes de la siembra y se restituía después de la cosecha, para ello, los funcionarios del Imperio medían las tierras cultivables, censaban a los habitantes para el trabajo y procedían con la repartición de tierras.

Por esta razón, algunos autores afirman que el sistema del Imperio Inca fue colectivista (GAZZOLO, 1966, 43), ya que el producto del trabajo se repartía entre el Inca, el culto y el pueblo, distribuyéndose en este último caso de acuerdo con las necesidades de cada familia (RENDÓN, 1963, 60). Se dice que, si se toma en cuenta que el año agrícola era de 240 días útiles, el productor inmediato trabajaba aproximadamente 80 días al año para sí, 80 días para el Inca y 80 días para el culto (DIETERICH, 1978, 21).

Esta situación cambió con la conquista española y el establecimiento del Virreinato del Perú, pues los soldados de Pizarro que iniciaron la conquista no eran agricultores, sino militares que tenían como uno de sus objetivos obtener metales preciosos, así como la explotación de los recursos minerales (RENDÓN, 1963, 54), por ello, se dice que "[e]l problema de la tierra quedó relegado a segundo plano […]" (GONZÁLEZ, 1931, 37).

De esta manera, los habitantes que se dedicaban a la agricultura fueron destinados a trabajar en las minas, produciéndose la ruina de la agricultura en este periodo (GAZZOLO, 1966, 45), sin contar que este problema se agudizó con la formación de latifundios feudales —al estilo europeo— que concentraba el dominio de grandes extensiones de terrenos en las manos de unos pocos[5].

Tras varios siglos de vigor del modelo virreinal[6] (desde 1542 hasta 1821) se inicia la lucha por la emancipación, lográndose la independencia del Perú en

1821 (declarada por José de San Martín), aunque esta se dio en forma definitiva en 1824 pues el virrey De la Serna huyó a la Sierra peruana en 1822 luego del fracaso por echar a los realistas promovido por José de San Martín, siendo finalmente vencido por el ejército patriota liderado por Antonio José de Sucre en 1824 en la recordada Batalla de Ayacucho, en la cual se firmó la Capitulación de Ayacucho.

Como recuerda Fernando DE TRAZEGNIES (2018, 61) "[l]os 20 años siguientes a la Independencia se caracterizaron por una profunda inestabilidad", y esto no es para menos si se considera que muchos habitantes fueron reclutados para las batallas de la independencia, además que gran parte de la guerra fue solventada con préstamos extranjeros (Chile, Gran Colombia, Inglaterra) e incluso con dinero interno obtenido a través de los impuestos, donaciones y préstamos, originando el empobrecimiento de la aristocracia peruana.

No solo eso, con el cruce de los ejércitos se expoliaban las haciendas, llevándose los alimentos almacenados y a los propios esclavos para que formen parte del ejército (ARMAS, 2020, 104), además que las luchas por la independencia implicaron la pérdida de mucha población (DE TRAZEGNIES, 2018, 64). Asimismo, el inicio de esta vida republicana intensificó la formación de latifundios ocasionado por la adquisición de poder político de un nuevo grupo social, siendo los indios desposeídos, y formándose haciendas en las tierras de las viejas comunidades.

Debe señalarse también que la decadencia del agro en esa época proviene del desorden político y las guerras internas frecuentes que provocaron la desorganización de los fundos agrícolas, esto sumado a la supresión de la esclavitud en el segundo periodo presidencial de Ramón Castilla (1855-1862), cuya idea se remonta a Rufino Echenique (1851-1855) quien tuvo un perfil libertario y antiesclavista, hecho que afectó a los terratenientes pues fundaban su laboreo sobre la base del trabajo que realizaban los esclavos (ROMERO, 2006, 273-278).

La situación política y económica de la época, por sí misma, no era muy favorable, desde la pugna por el poder entre Riva Agüero y Simón Bolívar en 1824, transitando por el destierro a Costa Rica de José de la Mar tras perder la guerra con la entonces Gran Colombia en 1829 y la consecuente asunción de la presidencia de Agustín Gamarra, con intentos de Ramón Castilla en su primer gobierno (1845-1851) por pagar la deuda externa e interna originada por la independencia y con los recursos obtenidos por el auge del guano, la rebelión de Ramón Castilla en 1854 contra Rufino Echenique por presuntos actos de corrupción de este último, el golpe de Estado de Mariano Ignacio Prado contra Juan Antonio Pezet en 1865 (Pezet asumió la presidencia tras la muerte de Miguel de San Román en 1863), la guerra con España en 1866 que incrementó la deuda externa, entre otros sucesos.

Esta situación empeora con el inicio de la Guerra del Pacífico en 1879 en el gobierno de Mariano Ignacio Prado, quien gobernó en un momento de crisis en la cual incluso el país se encontraba en bancarrota; sin embargo, tras su viaje a Europa —se dice— en búsqueda de armamento en plena guerra con Chile fue nombrado presidente Nicolás de Piérola, quien luego abandonó la ciudad en 1881 tras la invasión de Lima por las fuerzas chilenas, siendo así designado presidente Francisco García Calderón.

Como es lógico, toda guerra supone importantes pérdidas humanas y económicas, y la Guerra del Pacífico no fue la excepción, por lo que luego del fin de esta guerra en 1883 con el Tratado de Ancón, el Perú quedó en una grave crisis económica producida por la deuda externa con la que se financió la guerra (PEREYRA, 2016, 167), siendo en el gobierno de Andrés Avelino Cáceres que se firmó el conocido (y criticado a la vez) contrato *Grace* con el gobierno británico en 1888, teniendo como propósito pagar la deuda externa y así insertar al Perú en el mercado internacional. El impacto que tuvo esta guerra en el sector agrario fue igualmente negativo, pues se destruyeron diversas haciendas dedicadas a actividades agrícolas y ganaderas (ARMAS, 2020, 131).

Con este panorama poco optimista, se dice que el contrato *Grace* fue el que dio sustento a la prosperidad que tuvo el Perú en los tiempos venideros, en especial en la denominada República Aristocrática (1895 y 1919) (PEREYRA, 2016, 168), esto es, desde el segundo gobierno de Cáceres (1894-1895) hasta el gobierno de José Pardo y Barreda (1915-1919).

En el oncenio de Augusto B. Leguía (1919-1930), el cual significó el fin de la República Aristocrática, se tuvo la idea de que el Estado debía promover el desarrollo económico, pues consideraba que su rol era ser intervencionista y promotor, por ello en el año 1928 se fundó el Banco de Crédito Agrícola, cuyo propósito básico era impulsar la producción agropecuaria, aunque por centrarse en las grandes explotaciones costeñas dejó de lado a los pequeños propietarios y a las comunidades campesinas de la Sierra.

No obstante, las políticas que aplicó Leguía solo llevaron a que se incremente la deuda externa, toda vez que los gastos del Estado eran mayores, además que esto desencadenó en altos niveles de desempleo y reducción de salarios en el marco de una grave crisis económica que llevó a importantes entidades bancarias a la quiebra (MANRIQUE, 2014, 167 y 168).

A partir de este periodo, tenemos autores como Nelson MANRIQUE (2014, 159 y 160) que para explicar la situación de la agricultura peruana la divide por etapas en los periodos que comprenden entre el año 1930 y 1980. Para este autor, la primera etapa comprende los años 1930-1956, en los cuales se dan los periodos de gobierno de Miguel Sánchez Cerro (1930-1933), de Oscar Benavides

(1933-1939), de Manuel Prado Ugarteche (1939-1945), de José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948) y de Manuel Odría (1948-1956).

Esta etapa se caracteriza por la expansión de las exportaciones agropecuarias, en cuya década se encontraban en un importante auge y representaban gran parte de la fuerza de trabajo nacional; empero el resultado fue desafortunado, pues se terminó por sobreexplotar la tierra hasta erosionarla y contraer así la frontera agrícola, esto debido al acelerado crecimiento de la población ocasionado por la reducción de la mortalidad y la elevación de los niveles de natalidad, el crecimiento de las ciudades que significó el estancamiento de la fuerza laboral rural y que la tierra existente no alcanzaba para suplir estas necesidades (MANRIQUE, 2014, 160-165).

La segunda etapa señalada por MANRIQUE (2014, 159 y 160) comprende los años 1956 al 1968, los cuales comprenden los periodos de gobierno de Manuel Prado Ugarteche (1956-1962), la Junta Militar presidida por Ricardo Pérez Godoy (1962-1963) luego asumida por Nicolás Lindley (1963) y el primer gobierno de Fernando Belaunde (1963-1968).

Esta etapa se caracteriza por el movimiento campesino y el estallido de las guerrillas, cuyo origen se puede explicar a partir del cambio estructural producido, pues con el incremento de la producción industrial se contrajo la producción agropecuaria y se redujeron las exportaciones agroindustriales (MANRIQUE, 2014, 175), siendo esta una razón más (junto con el crecimiento acelerado de la población nacional) de la decadencia de la agricultura (MANRIQUE, 2014, 176), lo cual ocasionó la falta de tierras y motivó diversos movimientos sociales en distintas partes del país, siendo su principal foco el valle de La Convención, teniendo los campesinos el objetivo de recuperar las tierras ante la opresión sobre los indígenas originada desde la época colonial (MANRIQUE, 2014, 182-184).

Estudios de la época, como el de Jorge RENDÓN (1963, 53-57) ya denunciaban que las relaciones de propiedad agraria eran irracionales porque la producción de la riqueza nacional era mínima, lo que implicaba —inevitablemente— un problema para el crecimiento económico del Perú, quizá motivado por intereses nacionales y extranjeros de que se mantenga dicha situación.

Esta situación se acentuó con la vigencia del pago de renta en trabajo, como en la Edad Media, por parte de los indígenas que habitaban las haciendas, a quienes los terratenientes les entregaban tierras para que las cultiven o simplemente permitían que su ganado apacente en los pastizales de la hacienda, obligándose estos campesinos a prestar servicios personales gratuitos como contraprestación consistentes en el cultivo de tierras, el pastoreo del ganado, trabajos domésticos, entre otros (RENDÓN, 1963, 53-57).

En este interesante trabajo, el mismo autor concluye que la situación agraria peruana exige la redistribución de la tierra y un plan de desarrollo técnico del campo, lo que debe ir de la mano con la industrialización del país (RENDÓN, 1963, 67).

Teniendo en cuenta este contexto, la última etapa señalada por MANRIQUE (2014, 159 y 160) comprende los años 1969 al 1980, y tiene que ver con el denominado proceso revolucionario de las fuerzas armadas originado a partir del golpe de Estado contra Fernando Belaunde perpetrado por Juan Velasco Alvarado por el conocido caso de la página 11 del contrato petrolero celebrado entre la Empresa Petrolera Fiscal (estatal) y la *International Petroleum Company* (compañía estadounidense) respecto del complejo petrolífero de La Brea y Pariñas.

Con este golpe de Estado se inicia el gobierno golpista de las fuerzas armadas en una primera etapa liderada por Juan Velasco Alvarado (1968-1975) y luego, a través de otro golpe de Estado por Francisco Morales Bermúdez (1975-1980).

Esta etapa tiene que ver básicamente con la reforma agraria, la misma que se trataba de una exigencia originada por la crisis del sector agrícola, y que se avocaba a exigir la homogeneización de la base productiva, con la consecuente incorporación de los sectores campesinos al sistema político (PASARA, 1978, 36).

Entonces, la reforma agraria consistió básicamente en la expropiación de las tierras a los terratenientes, a quienes se les pagó con bonos que podían ser convertidos si se invertían en el desarrollo industrial; sin embargo, se dice que solo una fracción logró redimir los bonos, y por ello que el pago de la tierra actualmente es aún materia de litigios (MANRIQUE, 2014, 196).

No obstante, dentro de lo que significa la reforma agraria, autores como MATOS MAR (1980, 162) se refieren a la existencia de dos periodos claramente diferenciables como son (i) la consolidación de la redistribución de la tierra entre 1969 a 1975; y, (ii) la reforma de la reforma que llevó al agotamiento del proceso producido entre 1976 a 1979, esto último debido a factores propiamente políticos vinculados con la recomposición interna de las fuerzas armadas, dejando al margen del poder a los sectores reformistas y alejándose del populismo autoritario, llegándose a abandonar el programa original (MATOS MAR, 1980, 173).

Luego de este periodo, a partir del año 1980 se inicia el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry, luego de Alan García Pérez (1985-1990) y Alberto Fujimori (1990-2000); sin embargo, no ocurrió algún acontecimiento histórico ni disposición normativa especial que tuviera algún impacto significativo en el sector agrario como los reseñados anteriormente.

IV. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS TERRENOS ERIAZOS A PARTIR DEL DERECHO RURAL

La importancia de la agricultura para las sociedades es fundamental, pues la agricultura provee de alimentos a la población, lo que permite naturalmente (más allá de su supervivencia) su desarrollo, ya que el desarrollo cognitivo y físico

no son posibles sin una correcta alimentación que proporcione los nutrientes necesarios.

La agricultura en el Perú es una actividad de particular interés más allá del tema netamente alimenticio, históricamente lo es porque los orígenes de nuestra sociedad fueron fundamentalmente agrícolas, pudiendo decirse incluso que la primera rama del derecho que emerge es el derecho rural (BOGGIO, 1943, 43), y a la vez en nuestros tiempos porque si ponemos atención al denominado *boom gastronómico*, podemos ver que este ha sido posible en gran parte gracias a la variedad gastronómica de nuestro país que se sostiene en la diversidad de productos que son proporcionados por la agricultura y ganadería.

No es para menos, si según el Boletín Estadístico del mes de diciembre de 2020 publicado por el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego[7], el valor de la producción del sector agropecuario peruano correspondiente al año 2019 asciende a S/ 37'417,505 soles, mientras que al año 2020 a S/ 37'895,149 soles, siendo que los productos con mayor valor en el subsector agrícola son principalmente el arroz cáscara, papa, café pergamino, espárrago y arándanos, mientras que en el subsector pecuario, aves, vacunos, huevo y leche.

En la reciente pandemia generada por el virus de la Covid-19, esto adquirió especial importancia a través del establecimiento de los mercados itinerantes, cuyo objetivo era brindar productos de primera necesidad a la población, y a la vez ayudar a los campesinos que los producían, por ello que su slogan fue *De la chacra a la olla*.

Con este importante rol que cumplen las actividades agropecuarias en la realidad nacional, es natural que exista interés político y estatal para establecer regulaciones sobre esta materia, siendo aquí donde nace el derecho rural.

Así, por ejemplo, Rene Boggio propone una clasificación interesante del contenido del derecho rural a partir de tres ejes. El primero se refiere a los factores que hacen posible la explotación de la tierra (población, agua, acceso al lugar, seguridad en el lugar y capital), el segundo a las formas de explotación (directa —propiedad—, indirecta —arrendamiento, aparcería o yanaconaje—, o explotaciones especiales —comunidades de indígenas, explotación bajo concesión) y el tercero relativo a los fines (agricultura, ganadería, forestal y mixtas, conexas o relacionadas) (BOGGIO, 1943, 65).

Sin perjuicio de ello, el derecho rural se trata propiamente de un derecho mixto, pues en este participan normas de carácter privado (derecho civil), normas de derecho constitucional y normas del derecho público (derecho administrativo) (BOGGIO, 1943, 44), señalándose que en función a esta última es que existe un predominio del factor social en el derecho agrario a causa de la intervención frecuente del Estado en este campo (GAZZOLO, 1966, 7).

Vemos, entonces, que el derecho rural tiene como base la unidad de producción denominada tierra o predio rural, no en vano se dice que es uno de los principales factores de la producción agraria junto al trabajo y el capital (GAZZOLO, 1966, 57), y esto tiene como objeto definir el parámetro a partir del cual se configura la aplicación de determinado marco normativo y en oposición a lo que se conocen como predios urbanos, que corresponden a los lugares donde se asienta la población y en los que no se realiza actividad agropecuaria.

Es decir, la distinción entre predio urbano y rural se sustenta básicamente en las actividades que en cada uno se desarrollan, teniendo que cada uno cuenta con una regulación acorde con su naturaleza y objetivos.

No es posible establecer un punto exacto en el que nace esta distinción, empero puede verse que en el derecho romano ya era conocida, pues las servidumbres prediales podían ser urbanas o rurales (PETIT, 1983, 316), por el contrario en el Perú desde el virreinato ya se hacía alusión a lugares en donde se asentaban las ciudades, esto es, zonas urbanas, y lugares donde se desarrollaban las actividades agropecuarias, esto es, zonas rurales, teniendo además zonas en las que se efectuaban actividades extractivas, como la minería.

Legislativamente es difícil establecer el momento histórico exacto en el cual, la legislación peruana comenzó a clasificar los predios en urbanos y rurales, e incluso resulta más difícil determinar el nacimiento de lo que se conocen como terrenos eriazos; sin embargo, según nuestra investigación, la Ley del 9 de octubre de 1893, es la norma más antigua que hace referencia a la condición de eriazos de los terrenos de la Costa.

Ahora bien, para sintetizar un poco lo señalado vemos que esta clasificación de terrenos urbanos, rurales o eriazos tiene como base principal el suelo. Para esto, debemos indicar que el suelo es el bien inmueble por naturaleza siendo fundamental su importancia para las actividades económicas del hombre, además de hallarse vinculado con cuestiones de orden ecológico (conservación), urbanístico (¿Cómo usarlo?) y político (¿Cómo redistribuirlo siendo un bien escaso?). El suelo se define comúnmente como un trozo de la corteza terrestre delimitado poligonalmente (GONZÁLES, 2009, 83).

En otros países, autores como Diez Picazo señalan que es el único bien inmueble por sí mismo y lo distinguen del concepto de tierra a partir de lo siguiente:

En el Código el concepto de la tierra parece poseer una evidente carga económica, que procede del hecho de ser considerada como un bien de capital de carácter productivo y como algo productivo por sí mismo […] El concepto de suelo posee en el Código un valor instrumental, que se ha ido después acentuando cada vez más. El suelo es una pura posibilidad de asentamiento y un lugar de radicación de la compleja unidad real de que en cada caso se trate […] (DÍEZ PICAZO, 2008, 223).

Sobre la clasificación del suelo, se suele dividir en suelo rústico (destinado a la explotación agropecuaria); tierra eriaza (por falta o exceso de agua no es cultivable); y, el suelo urbano (el que cuenta con servicios generales propios de la ciudad en que se ubica), entendiéndose que este último es el resultado de un procedimiento de habilitación urbana.

Como podemos advertir, la tierra es un importante activo porque permite generar ingresos y rentas, y a la vez es un medio de producción porque permite obtener bienes que pueden ser consumidos directamente o intercambiados en el mercado (ALVARADO, 1995, 4 y 5).

Vemos que la producción es importante para el derecho rural, no es para menos si es uno de sus objetivos principales y en gran medida lo que sostiene las actividades agropecuarias. Por ello, no resulta extraño que uno de los principios de del derecho rural sea considerado el *principio de buen cultivo*, el cual consiste en lo siguiente:

Este principio descarta, por supuesto, el mantener las tierras ociosas, o simplemente el abandonar el cultivo del fundo, ya que dicho abandono o improductividad daña gravemente las exigencias de la producción nacional […] Por consiguiente, existe un "derecho-deber", no de un cultivo genérico del fundo, sino el de un cultivo suficiente […] (GAZZOLO, 1966, 43).

De esta manera, se busca enfatizar en que uno de los objetivos principales es establecer el derecho-deber que tiene el propietario de una tierra rural para efectuar el cultivo suficiente que garantice que las tierras no permanezcan ociosas o no tengan un nivel de aprovechamiento debajo de lo que se puede considerar óptimo.

Entonces, el eje del derecho rural es el cultivo o las actividades pecuarias, y por ello se ocupa de que las tierras que no sean urbanas se aprovechen debidamente para ello. En tal sentido, es que debido a la condición de nuestros suelos, especialmente en la Costa, se tienen terrenos que no son cultivables, sea por falta o exceso de agua, encontrándose la razón de esta diferenciación sobre el eje de que el terreno sea *cultivable* o no, esto es, que pueda ser destinado para actividades agrícolas.

Por ello, podemos afirmar que el concepto de terreno eriazo tiene su razón de ser en el derecho rural[8], pues la condición determinante no es que sea un suelo urbanizable o no, sino que sea un suelo cultivable o no, siendo la aptitud para el cultivo la variable que determina si su naturaleza es rural o eriaza, por ello, se definen a los terrenos eriazos como aquellos que son incultivables por falta o exceso de agua.

V. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS TERRENOS ERIAZOS EN EL PERÚ

El punto de quiebre en la historia de nuestra civilización lo constituye la conquista española al Perú en el año 1532, la cual se dio bajo una justificación

religiosa[9] con el propósito de erradicar las creencias del antiguo Perú, para impartir la fe de la Iglesia Católica.

En este contexto, todo el territorio, incluso los propios indígenas, pasaron a ser dominio de la Corona, aplicándose la legislación del Reino de Castilla en el Perú con el establecimiento de su virreinato[10] y posteriormente la Recopilación de las Leyes de Indias, la misma que fue promulgada para las colonias españolas[11], cuya Ley Primera del Título Primero del Libro Tercero, hace referencia a la propiedad que adquirió la Real Corona de Castilla como producto de la donación de la Santa Sede Apostólica y otros legítimos y justos títulos[12].

Con el transcurso del tiempo, a través de las «composiciones» se realizaron transformaciones de diversas situaciones de hecho (ocupación) en derechos a favor de los particulares que conducían directamente las tierras a cambio del pago de un monto dinerario específico, otorgándose así títulos de propiedad a favor de terratenientes, conocido ello como el sistema de haciendas.

El desorden comenzó en este momento, la asignación de titularidades y la forma en la que el ordenamiento jurídico reconocía la propiedad privada, llevó a un estado en el cual grandes extensiones de terreno fueron apropiadas por particulares, y trabajadas por los campesinos, además, el bajo control que existía en su momento para la inscripción de la propiedad, la carencia de un catastro y la poca actividad estatal en defensa de sus predios, llevó a que a lo largo de nuestro territorio nacional existan grandes terrenos de propiedad privada.

En el ordenamiento jurídico peruano, se entiende a los terrenos eriazos como aquellos que no pueden cultivarse por falta o exceso de agua, teniendo una regulación normativa secular, cuyo decurso histórico se encuentra estrechamente relacionado con el Derecho Rural, siendo necesario esbozarlo para comprender sus alcances y debida aplicación actual.

La disposiciones más remotas sobre predios eriazos se encuentran en la Ley del 9 de octubre de 1893, emitida con el propósito de procurar la irrigación de los terrenos eriazos de la Costa, de la cual puede desprenderse que existía un interés del Estado por promover la irrigación de los terrenos eriazos de propiedad privada a través de concesiones o contratos de irrigación, para cuyo caso se exigía la presentación del documento que compruebe el derecho de propiedad del solicitante (Literal E del artículo 4), entendiéndose así que el Estado reconocía y respetaba la propiedad de particulares sobre los terrenos eriazos, empero intervenía para promover su carácter productivo, lo que representa un supuesto de intervención leve.

Posteriormente, con la Ley 7904 promulgada el 26 de julio de 1934, en sus artículos 43 y 45 se reconoció a su vez implícitamente la existencia de propiedad de particulares sobre predios eriazos, imponiéndose para su conservación el cumplimiento de determinados requisitos, para lo cual su incumplimiento se

sancionaba con la pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, esto —por su mayor grado de incidencia— podría identificarse con un supuesto de intervención moderada.

Siendo esto así, bajo la vigencia del artículo 822 del Código Civil de 1936 que establecía la propiedad del Estado de las tierras que no han tenido dueño, así como las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron y sustentándose en la existencia de grandes extensiones de terrenos eriazos en estado de abandono, el Decreto Ley 11061 promulgado el 15 de julio de 1949, tuvo las siguientes disposiciones:

- La posesión del Estado de todos los terrenos eriazos de la República en los que no se haya ejercitado acto posesorio (abandonados).
- La obligación de los propietarios de terrenos eriazos en los que se ejerzan actos posesorios, pero no cultivados de pagar al Estado un impuesto anual; y, de presentar estudios de irrigación para el cultivo de sus predios.

No obstante, toda vez que la mayoría de los propietarios de terrenos eriazos incumplía con las disposiciones antes mencionadas, con la publicación del Decreto Ley 14197 el 05 de septiembre de 1962, se dispuso con carácter imperativo que todos los terrenos eriazos del territorio nacional son de propiedad del Estado, con excepción de los pertenecientes a las Comunidades Indígenas, entendiéndose por terrenos eriazos bajo los alcances de la normativa materia de análisis, aquellos no sujetos a explotación, como los no cultivados por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos, siendo este momento en el que el Estado asumió una política de intervención severa.

Evidentemente, no se hizo esperar la doctrina de la época, mostrándose a favor y en contra de la disposición normativa mencionada. Los argumentos a favor se sustentan en la necesidad de que las tierras reporten algún tipo de utilidad y no se mantengan ociosas (PARDO, 1966, 53), siendo este último rasgo el que suele relacionarse con el carácter improductivo de los terrenos eriazos, entendiendo que el propietario incurriría en abuso del derecho por pretender mantener un terreno improductivo, contraviniendo el principio de buen cultivo que rige el derecho rural y que se orienta a proteger las exigencias de la producción nacional (GAZZOLO, 1966, 43).

Asimismo, se considera que la constitucionalidad de la Ley 14197 se sustenta en los principios esenciales contenidos en el artículo 34 de la Constitución de 1933 (interés social de la propiedad privada) (GAZZOLO, 1966, 65).

Por su parte, el argumento en contra entiende que la disposición en cuestión constituye una verdadera confiscación del derecho de propiedad, puesto que la libertad del propietario le permite dedicar su terreno eriazo a una actividad distinta a la agrícola, y emplearlo para la explotación de otro tipo de industria (ARCE, 1963, 200).

Las leyes mencionadas tuvieron como sustento lo que se denominó como «propiedad productiva» la cual consistió en que el fundamento de la propiedad privada de la tierra reside en su sistema de producción, siguiendo una concepción de propiedad como la defendida por Locke, con el agregado que la producción de la propiedad afecta la distribución de la riqueza (PARDO, 1966, 43).

VI. LA REGULARIZACIÓN DE REVERSIÓN DE LOS TERRENOS ERIAZOS REGULADA POR LA LEY 27333

El Decreto Supremo 025-78-VC que aprueba el Reglamento de Administración de la Propiedad Fiscal (publicado el 22 de mayo de 1978) contemplaba en su capítulo XXIII el procedimiento para la inscripción a favor del Estado de los terrenos eriazos revertidos en aplicación de leyes especiales, así los artículos 105 y 106 que conformaban dicho capítulo se referían a los terrenos eriazos que hubieran revertido al Estado en virtud de las leyes especiales 11061, 14197, 17716, 18460, 19959 y demás, permitiendo que el Estado emita una resolución sobre determinadas áreas para inscribir su dominio, pudiendo cancelar los asientos que hubiera a nombre de terceros.

Luego, tenemos que la Ley 27333 del 27 de julio del 2000, la cual comúnmente vinculamos a la competencia notarial en asuntos no contenciosos, contempla 3 disposiciones complementarias (específicamente la primera, segunda y tercera) que parecerían no tener relación con el íntegro de dicha ley.

Cuando uno revisa los antecedentes de la Ley 27333[13] descubre que la misma se sustentó en los Proyectos de Ley 5322-99/CR, 5347-99/CR y 5355/99-CR, siendo relevante para nuestro estudio solo el segundo de los mencionados, pues se refiere a la reversión de terrenos comprendidos en la Resolución 267-73-VC-DB de la Fundación Ignacia R. Viuda de Canevaro (Proyecto de Ley 5347/99-CR).

El dictamen de la Comisión de Infraestructura y Transportes de noviembre de 1999, analizando los proyectos presentados, los vincula proponiendo un texto sustitutorio que los unifica y extiende la aplicación del proyecto de ley 5347-99/CR a una generalidad de casos y no solo a los de la Fundación Ignacia R. Viuda de Canevaro, sustentando esta integración en el problema de la doble inmatriculación que se habría agravado con la Ley 27157 del 19 de julio de 1999, relacionada más con la competencia notarial aludida, y la adjudicación de predios por parte del Estado sobre áreas en las que existirían derechos preexistentes sin evidencia del ejercicio de sus prerrogativas.

Por ello, a través de la propuesta mencionada se pretende dar rango legal a las cancelaciones dispuestas por resoluciones administrativas, constituyendo una

excepción al principio de legitimación contemplado por el artículo 2013 del Código Civil peruano de 1984, en virtud del cual, los asientos solo pueden dejarse sin efecto por resolución judicial.

De esta manera, se proponen las tres primeras disposiciones complementarias de la Ley 27333, siendo relevante citar el sustento de la primera disposición expuesto en el referido dictamen, como se detalla a continuación:

[T]errenos eriazos que revirtieron al dominio estatal en virtud de las leyes dictadas durante las décadas del 60 y 70, supuesto en el cual las resoluciones supremas ya dictadas, así como las que en el futuro dicte la Superintendencia de Bienes Nacionales constatando dicha reversión, tendrán mérito inscribible. Cabe señalar que el proyecto autoriza a emitir futuras resoluciones de acuerdo con leyes que a la fecha ya no están vigentes, pero que se deben aplicar ultractivamente, pues en su oportunidad tuvieron plena vigencia, en concordancia con el contexto entonces existente, y que produjeron automáticamente el efecto de retransmitir el dominio a favor del Estado.

Siguiendo esta propuesta, se aprobó la autógrafa de la ley, publicándose finalmente de acuerdo con lo expuesto, teniendo así a la Primera Disposición Complementaria que hace alusión a los predios que revirtieron al dominio del Estado en mérito a las Leyes Especiales 11061, 14197, 17716, 18460, 19467, 19955, 19959 y demás; mientras que la Segunda Disposición Complementaria hace referencia a los predios declarados en abandono e incorporados al dominio del Estado en mérito al Decreto Ley 17716 del 24 de junio de 1969 (Reforma Agraria) y al Decreto Legislativo 653 del 30 de julio de 1991 (Promoción de inversiones en el sector agrario).

Si uno revisa las leyes a las que hace referencia la Primera Disposición Complementaria se puede desprender que imponían obligaciones a los propietarios de predios eriazos como lo son el declarar las extensiones que poseían, así como presentar estudios de irrigación, teniendo ambas consecuencias de pérdida de dominio en el caso de no declarar las extensiones y en caso los estudios de irrigación no sean factibles ni conveniente su irrigación por el propietario (Decreto Ley 11061) en estos casos se hablaba del "abandono inmemorial" (Decreto Supremo 211 del 22/08/1949) como supuesto de adquisición del Estado.

Posteriormente, el Decreto Ley 14197 publicado el 05 de septiembre de 1962 declaró de propiedad del Estado todos los terrenos eriazos del territorio nacional (con sus excepciones) considerándose así aquellos no cultivados o improductivos, ello siguiendo la política de fomento de la producción agrícola de la época, fundamentada en el abandono inmemorial.

En un segundo momento histórico (3/11/1970 en adelante) las tierras eriazas ubicadas en zonas urbanas o de expansión urbana se adjudicarían para fines de vivienda a solicitud de entidades o personas naturales o jurídicas, debiendo

presentar un programa preliminar de habilitación a ejecutarse en 5 años como máximo (Decreto Ley 18460 del 3 de noviembre de 1970), expropiándose los terrenos eriazos ubicados en zonas de expansión urbana en algunos casos cuando fueran tierras de menor valor productivo agropecuario no dedicados íntegramente a ello; y, declarados en abandono sin pago alguno en caso no se cultiven (Decreto Ley 19462 del 11 de julio de 1972).

Finalmente, el Decreto Ley 19955 del 20 de marzo de 1973 (porque el 19959 no tiene nada que ver con el tema en cuestión), motivándose en que los beneficiarios del Decreto Ley 18460 no habrían continuado las obras respectivas, se dispuso la reversión al Estado de los terrenos eriazos o parte de ellos en los que no se hubieran ejecutado dichas obras.

Por su parte, la Segunda Disposición Complementaria solamente enuncia a la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley 17716) y a la de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario (D.Leg. 653).

La Ley de Reforma Agraria (también mencionada en la Primera Disposición), como bien sabemos, se promulgó en 1969 teniendo como política la búsqueda del equilibrio en el ordenamiento agrario a través de la sustitución del régimen del latifundio y minifundio. Para ello, hacía referencia tanto a la expropiación de predios rústicos (art. 5) como al abandono (art. 9), entendiéndose por los segundos a las tierras que su dueño no cultiva por 3 años consecutivos, o aquellas cultivadas o explotadas durante más de 1 año por campesinos que no tengan vínculo contractual con el propietario (art. 8).

Por su parte, el Decreto Legislativo 653 se refería exclusivamente al abandono en su artículo 22 señalando que se consideran incorporadas al dominio público las tierras no cultivadas durante dos años consecutivos, siendo —sin excepción— de propiedad del Estado (art. 23).

La distinción entre los términos «reversión» y «abandono» nos parece confusa, si se parte de la legislación. En el lenguaje común la palabra «reversión» tiene como significado «Restitución de algo al estado que tenía[14]»; mientras que «abandono» en su segunda acepción «Renuncia sin beneficiario determinado, con pérdida del dominio o posesión sobre cosas que recobran su condición de bienes *nullius* o adquieren la de mostrencos[15]».

Más allá del significado de cada palabra, su uso histórico-legislativo en el Perú se ha realizado de manera indistinta, siendo en la Primera y Segunda Disposición Complementaria de la Ley 27333 antes citadas, las últimas disposiciones que hacen referencia a dichas leyes especiales, y en las cuales se esboza una especia de distinción entre ambos términos.

En conclusión, en nuestra opinión la distinción entre abandono y reversión hecha por la Primera y Segunda Disposición Complementarias es imprecisa, dado que en la gran mayoría de las denominadas «Leyes Especiales» se hace

referencia más al «abandono» que a la «reversión»; sin embargo, la referencia al abandono se hace en los casos de terrenos no cultivados entendiendo la obligación general de la época de cultivar, mientras que reversión se referiría a los terrenos adjudicados para fines de habilitación para fines de vivienda (Decreto Ley 18460).

Cabe precisar que la Primera Disposición Complementaria fue derogada por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30230, publicada el 12 de julio de 2014, sustentándose en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que declararon inaplicables las «leyes especiales» y las resoluciones emitidas sobre su base[16], por lo que desde entonces la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (en adelante, SBN) en representación del Estado peruano, ya no cuenta con esta competencia.

VII. EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LA PROPIEDAD PRIVADA

No podemos iniciar este análisis sin recordar que el artículo 1 de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 coloca a la persona humana como el eje central (o fin supremo, en sus términos) de la sociedad y el Estado, de lo que se desprende que el Estado debe desplegar sus esfuerzos para garantizar esta protección. Por ejemplo, Richard PIPES (2002, 145) señala que: «La propiedad privada, en el sentido legal de la palabra, surgió con la aparición del Estado, es decir, al surgir la autoridad pública. Hasta entonces, era una posesión protegida por la fuerza física o por la ley de la costumbre y legitimada por la herencia o por el uso prolongado».

Siguiendo con el texto constitucional tenemos que el numeral 16 del artículo 2 de la Constitución de 1993 consagra el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, encontrándose más detallada su regulación en el artículo 70 que establece imperativamente que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza.

Cabe precisar que, en el Perú, la propiedad es inviolable desde la primera Constitución de 1823, estableciéndose como garantía constitucional en el numeral 3 de su artículo 193, consagrándose en las sucesivas constituciones (1826 en adelante) la obligación de pagar una indemnización en caso el Estado pretenda privar a algún individuo de su propiedad.

Vemos entonces que el Estado es el llamado para garantizar la propiedad, aunque no solo la propiedad, sino en general los derechos fundamentales (como categoría general), posibilitando así la vigencia de los derechos como límites del poder estatal (DROMÍ, 2005, 81).

En este punto, podríamos preguntarnos ¿De qué manera el Estado garantiza la propiedad?

En primer lugar, pensemos si la propiedad, tal como la concebimos, sería posible si no existiera territorio, entendiendo por territorio a uno de los componentes (junto a la población y la soberanía) esenciales del Estado, pues el territorio —como componente geográfico— será el ámbito espacial sobre el cual se circunscribe la soberanía estatal (DROMÍ, 2005, 176) o en otros términos, la extensión geográfica delimitada por las fronteras (ISASI, 2014, 36).

Sin lugar a duda, existe una importante relación entre territorio y propiedad, pues un gobierno que no defina sus fronteras y las defienda de posibles invasiones de países vecinos, es incapaz de garantizar los derechos que consagra dentro de su propia jurisdicción, viéndose así que la propiedad privada depende en gran medida del uso de recursos públicos (HOLMES y SUNSTEIN, 2015, 85; y, DROMÍ, 2005, 82).

Determinado el territorio sobre el cual se desenvuelve la soberanía, el siguiente paso es el reconocimiento de la propiedad como un derecho fundamental. De esta manera, se impone una obligación y un límite al actuar estatal con respecto a la propiedad privada, pues siendo la persona humana el fin primordial del Estado, ello involucra todo el entramado de sus derechos fundamentales, como la propiedad.

Hacemos nuestras las palabras de DROMÍ (2005, 159) quien señala sobre este asunto que:

[L]a relación libertad y autoridad se manifiesta en la normativa constitucional, en derechos para los particulares y poder para el Estado. Ni los derechos, ni el poder son absolutos; por el contrario, debe haber una armónica relación entre individuo-Estado, libertad-autoridad, garantía-prerrogativa; en suma, un pendular equilibrio entre mando y obediencia. El poder actúa como límite de los derechos subjetivos de los administrados […].

De esta manera, puede sustentarse el carácter inviolable que el artículo 70 de la Constitución de 1993 impregna en la propiedad y las causas expresas que justificarían que el Estado pueda privarla, las mismas que representan un límite a su poder que otrora fue concebido de manera ilimitada.

Seguidamente, se tienen que definir los derechos, para ello el Estado debe determinar en qué supuestos se reputa a alguien propietario, para con ello poner a su disposición los mecanismos que permitan la tutela de su derecho, ello porque no basta el establecimiento del derecho sin mecanismos legales para defenderlo efectivamente, pues no puede hablarse de un derecho sin que esto suponga la obligación de respeto a ese mismo derecho (DABÍN, 1955, 119).

Sobre la defensa de la propiedad, CRISTI (2007, 23) señala que:

[L]a propiedad individual queda debidamente protegida sólo cuando la propiedad social re-emerge en el interior de la sociedad civil y el sistema legal contribuye a la formación de un contexto institucional. En último término, un estado fuerte es la mejor protección para la propiedad cuando ella se define en términos individualista posesivos […].

En cuanto a la protección de la titularidad, CALABRESI y MELAMED (1992, 65) proponen el establecimiento de tres tipos de reglas a conocer: las reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. Entendiendo por regla de propiedad aquella por la cual si alguien desea remover la propiedad de otro sujeto deberá comprársela en una transacción voluntaria al valor que las partes determinen libremente. La regla de responsabilidad implica la posibilidad de violar un derecho inicial si es que se dispone a pagar un valor objetivamente determinado, siendo el Estado aquí el que determina el valor y no las partes. Finalmente, la inalienabilidad está referida a un grado más severo de intervención estatal, supuesto en el cual se puede limitar el poder de disposición del titular bajo ciertas o todas las circunstancias posibles.

Como puede verse, hemos descrito el rol del Estado de cara a la defensa de la propiedad; sin embargo, su intervención también se manifiesta a través de las políticas de acceso a la propiedad, abarcando tanto la adquisición regular a través de la implementación de programas de vivienda, como la adquisición vía formalización de posesiones informales.

Los programas de vivienda buscan disminuir el déficit de vivienda en determinadas ciudades, permitiendo que personas de bajos recursos puedan acceder formalmente a la propiedad; por el contrario, la formalización busca regularizar posesiones sin título que se remonten a una determinada fecha (Actualmente, con la dación de la cuestionada Ley 31056 del 20 de octubre de 2020, se modificó el artículo 3 de la Ley 28923 del 7 de diciembre de 2006, Ley que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios urbanos, estableciendo que se formalizarán aquellas posesiones informales que se hubiesen constituido hasta el 31 de diciembre de 2015).

En Lima-Perú, este fenómeno dio origen a la creación de los denominados «Conos», cuyo inicio es contado por ARELLANO Y BURGOS (2010, 30) de la siguiente manera:

[…]

Son los años 40 los reconocidos también como los del inicio del crecimiento explosivo del Cono Norte, etapa que dura hasta aproximadamente 1967 y a la que se le atribuyen diversas causas: el despojo de tierras agrícolas a campesinos en sus lugares de origen, el terremoto de 1940 que provocó la destrucción de casas antiguas en el centro de Lima y la creciente demanda de vivienda en las zonas populares.

A su vez, por el sur, fueron las invasiones de Tablada de Lurín, de las laderas del cerro San Cosme, en 1946, y del cerro El Agustino, en 1947 (barriada de San Pedro, en el este), las que hoy son consideradas como invasiones de corte estratégico, planificadas por los invasores con un objetivo específico para el futuro desarrollo de Lima Sur […].

Lo claro es que en ambos mecanismos concurre una razón común, en el Perú existe una latente necesidad de vivienda, así como de utilizar la tierra para otras actividades económicas que permitan generar ingresos. La ocupación (y así la posesión) ha precedido a la propiedad, generándose como fenómeno una accesión inversa (GHERSI, 2005, 57-63), pues al contrario de la accesión civil regulada por el artículo 938 del Código Civil, en las ocupaciones informales, el que materialmente adhiere algo al suelo (que no es de su propiedad) termina por convertirse en propietario del suelo.

Asimismo, el Estado también tiene como función definir el contorno de la propiedad, esto es, establecer sus límites, para ello consideramos pertinente hacer alusión a lo señalado por PIPES (2002, 298), siendo lo siguiente:

[E]l concepto de "bien público", si bien se utiliza demasiado, es un término genuino. La contaminación del medio ambiente obliga al gobierno a supervisar las emisiones procedentes de las industrias y los automóviles. Alguien tiene que velar porque los ciudadanos no sufran discriminación por razones de raza, religión o sexo, y ese alguien sólo puede ser la autoridad pública. La salubridad del aire debe ser garantizada. Los médicos deben tener títulos oficiales, y los ancianos y los pobres deben recibir atención médica. Todos estos servicios requieren de la intervención del Estado. La intervención del Estado limita la libertad, pero también la protege: se ha dicho con justicia que "la democracia se ve reforzada allí donde ciertas libertades económicas se ven restringidas […].

De esta manera, tenemos que el Estado cumple un doble rol frente a la propiedad, requiriendo ambos de formulación de reglas claras y de una acción efectiva del Estado. En primer lugar, debe definir el derecho, lo que implica establecer sus límites (aquí tiene lugar la función social de la propiedad); y, luego, protegerlo tanto de las intromisiones de terceros como del propio Estado.

VIII. ¿QUÉ HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO SOBRE LAS NORMAS DE REVERSIÓN DE TERRENOS ERIAZOS?

Sin duda alguna prestar atención a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano (máximo intérprete de la Constitución) es imprescindible en los estudios que se realicen sobre derechos fundamentales, como ocurre con la propiedad. En este punto, específicamente sobre el tema tratado, el Tribunal

Constitucional (en adelante, TC) ha emitido diversos pronunciamientos, de los cuales vamos a comentar algunos con la finalidad de conocer el tratamiento que se ha dado tanto sobre la propiedad como respecto de las reversiones de terrenos eriazos.

El Tribunal Constitucional peruano, al referirse al derecho de propiedad, ha dejado establecido que, además de ser un derecho subjetivo constitucional, es una garantía institucional. Sin embargo, creemos que esto no aporta mayor protección a la propiedad, pues es impensable un derecho subjetivo constitucional sin garantía institucional, pues la protección de la institución es una cuestión inherente al derecho, de lo contrario, carecería de sentido hablar de derechos.

Por ello, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar su inviolabilidad (sentencia recaída en el expediente 00011-2010-AI). Asimismo, para el TC, el derecho de propiedad tiene un doble carácter (sentencia recaída en el expediente 0030-2004-AI/TC), ya que es un derecho subjetivo y, a la vez, es una institución jurídica objetiva portadora de valores y funciones. No solo eso, sino que la propiedad es también expresión tanto de la libertad personal como de la libertad económica (sentencia recaída en el expediente 03258-2010-AA).

Esto último, ha sido enfatizado por el TC en la sentencia recaída en el expediente 05614-2007-PA/TC, refiriéndose a la estrecha relación que tiene el derecho fundamental de propiedad con la libertad personal, teniendo una doble faz, garantizar la integridad y existencia del derecho, y con ello, asegurar la participación del propietario en el sistema económico-social.

Asimismo, el TC ha realizado una importante nota sobre el derecho de propiedad, señalando que su concepto constitucional no se enclaustra en el dominio y los derechos reales, pues abarca la pluralidad *in totum* de los bienes que integren el patrimonio de un sujeto, fundamento que fue utilizado en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-LIMA).

Debe destacarse también que el TC en diversas resoluciones, como la recaída en el expediente 3631-2015-PA/TC, ha sostenido que la propiedad se caracteriza por ser un derecho pleno e irrevocable, siendo pleno pues confiere las más amplias atribuciones permitidas sobre bienes, mientras que su carácter irrevocable viene definido en función al voluntarismo, dado que la extinción o transmisión del derecho solo puede darse por voluntad de su titular, mas no por causas externas.

En este sentido, según lo definido por el artículo 70 de la Constitución de 1993 y conforme al criterio establecido por el TC, la vulneración de la propiedad solo puede admitirse si son establecidas por ley, necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo para la sociedad. La ausencia de alguno de dichos elementos determinaría la ilegitimidad de la vulneración.

Recientemente, en la conocida sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC sobre el denominado Caso del Tercero de Buena Fe, el TC señaló que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad debe determinarse desde la óptica de los intereses particulares, así como necesariamente de su función social, señalando que la propiedad solo puede ser restringida por las causas y fines señalados en la propia Constitución.

Lo que hemos mencionado, nos lleva a afirmar que no estamos frente a un derecho subjetivo cualquiera, todo lo contrario, estamos en presencia de un derecho fundamental cuyos contornos inciden transversalmente en todo nuestro ordenamiento jurídico. No es para menos, ya que el derecho de propiedad junto a la libertad de empresa, son los pilares de nuestra economía nacional (art. 60 de la Constitución de 1993) radicando en todo ello la importancia de su efectiva protección.

Ahora bien, en lo que respecta a la reversión de terrenos eriazos, en la sentencia recaída en el expediente 01360-2012-PA/TC se trata sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Inmobiliaria Almonte S.A. en el proceso seguido contra la SBN para que se declaren inaplicables la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27333, las Leyes 11061, 18460, y los decretos leyes 14197, 19462, 19955, 17716 y demás disposiciones.

En este caso, se pretende revertir a favor del Estado, 3 terrenos inscritos que fueron adquiridos por subasta pública y luego aportados a la Inmobiliaria Almonte S.A., siendo el acto futuro cuestionado la notificación que se hizo en el diario oficial El Peruano del inicio del proceso de regularización de reversión de terrenos eriazos a favor del Estado en aplicación de la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27333.

El TC, sobre la base del programa normativo del derecho de propiedad, esto es, que constituye un derecho pleno e irrevocable, teniendo que por esto último solo puede transmitirse por causa ajena a la voluntad del titular si es que existe una restricción establecida por ley, que sea necesaria, proporcional y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

En concordancia con ello, el TC señala que la posibilidad legítima para privar de la propiedad a una persona se encuentra definida por el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, esto es, por razones de seguridad nacional o necesidad pública declaradas por ley y previo pago de la indemnización justipreciada, lo contrario implicaría un supuesto inconstitucional de privación del derecho de propiedad.

Por esta razón, el TC señala que la Primera Disposición Complementaria de la Ley 27333 y las leyes especiales en las que se sustenta, eran inaceptables, de acuerdo con lo que puede desprenderse de los siguientes considerandos que se reproducen textualmente:

[…]

14. Efectivamente, en la STC 1342-2012-PA/TC, el Tribunal afirmó que las acciones realizadas en mérito a las leyes N.os 11061, 14197, 17716, 18460, 18492 y 19955 y que la Primera Disposición Complementaria de la Ley Nº 27333 ordenaba regularizar, eran inaceptables, pues no basta invocar la naturaleza eriaza de un terreno para revertirlo a favor del Estado sin mediar un proceso de expropiación[…]. En ese contexto, sostener la legalidad de la reversión de terrenos eriazos a favor del Estado sin cumplir con un proceso de expropiación, porque así lo disponen las leyes Nos. 11061, 14197, 17716 y 19955, colisiona con lo dispuesto por nuestra norma constitucional en su artículo 70º y con lo prescrito por su artículo 51, toda vez que los emplazados pretenden que las normas infraconstitucionales primen sobre nuestra Carta fundamental, requerimiento que no puede ser amparado, obviando adicionalmente que desde la promulgación de la Constitución de 1993, todas las normas preexistentes en el ordenamiento jurídico deben interpretarse con arreglo a ella [Fund. Jur. Nº. 16].

15. En opinión del Tribunal, la sola iniciación del procedimiento de reversión —ausente una ley que en base a la seguridad nacional o a razones de necesidad pública, expropie un bien cuya titularidad se encuentra registrada a nombre de un particular y, al mismo tiempo, ordene previamente el pago del debido justiprecio—, constituye una ilegítima intromisión en el ámbito definitivamente garantizado del derecho de propiedad. Y puesto que en esa situación se encuentran los predios inscritos en las partidas Nos. 12324436, 12324438 y 12576152, al estimarse la pretensión deberá dejarse sin efecto los respectivos procedimientos. Así debe declararse.

[…].

Otro caso, es el tratado en la sentencia recaída en el expediente 00588-2013-PA/TC, la cual se refiere al recurso de agravio constitucional interpuesto por Carlos Vascones Ugarriza en el proceso seguido contra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, pues se inscribió el abandono de un terreno denominado Las Salinas en virtud del Decreto Supremo 247-73-AG del 15 de febrero de 1973, cuyo sustento de su inscripción se dio con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 27333.

En esta sentencia, con los mismos fundamentos que la precitada, el TC señaló que el Estado infringió la inviolabilidad del derecho de propiedad consagrada constitucionalmente al regularizar registralmente los efectos de la confiscación de un terreno sin pago alguno de la indemnización justipreciada.

Con similares fundamentos, el TC se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes 7130-2006-AA/TC y 00762-2013-PA/TC, de lo cual queda claro que su postura es uniforme en señalar que la garantía constitucional de la propiedad consiste en considerar que es un derecho pleno e irrevocable,

encontrándose en este carácter irrevocable la razón de que sus restricciones se sustenten en el parámetro establecido por el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, esto es, que cuente con una *causa expropiandi* (necesidad pública o seguridad nacional) declarada por ley y previo pago de la indemnización justipreciada, considerando que se considera un acto confiscatorio cualquier acto que restrinja la propiedad privada que no cumpla con estos parámetros.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿TODOS LOS TERRENOS ERIAZOS SON PROPIEDAD DEL ESTADO?

I. De lo desarrollado, hemos podido comprender que el concepto de terreno eriazo nace dentro del contexto del Derecho Rural, al tomar como punto de partida para su construcción conceptual el carácter improductivo de la tierra. Para ello, el decurso de nuestra legislación fue desarrollándose partiendo de una intervención leve (fomento de su irrigación) hasta una más severa (contemplar que todos los terrenos eriazos son del Estado); sin embargo, por el solo mérito de las disposiciones más severas no debería afirmarse —sin mayor razón ni análisis caso por caso— que como efecto automático de la ley, los particulares propietarios de terrenos eriazos hubieran perdido su derecho (máxime si la ley no tiene efectos retroactivos).

II. La protección constitucional de la «inviolabilidad de la propiedad» establecida en el artículo 70 de la Constitución de 1993, es la misma que la consagrada en el artículo 29 de la Constitución de 1933 (vigente al momento de la emisión de las disposiciones legales antes esbozadas), teniendo que, para que opere la excepción a dicha inviolabilidad, en ambos momentos se requería de la concurrencia copulativa de 3 condiciones: (i) *Causa expropiandi* (actualmente se tiene a la necesidad pública y a la seguridad nacional, empero en dicho momento se tuvo a la utilidad pública); (ii) Formalidad de Ley; y, (iii) Pago de una indemnización justipreciada.

III. Por ello, no pierde razón el Tribunal Constitucional cuando señala que cualquier acto estatal que incumpla con alguna de las 3 condiciones descritas anteriormente y afecte la propiedad de un particular, en los hechos sería una medida confiscatoria del derecho de propiedad, algo que es proscrito por la Constitución de 1993 (Sentencia recaída en el Exp. 01342-2012-PA/TC); sin embargo, resultaría cuestionable —al punto de hacerla insostenible— que actualmente se pretenda que la expropiación de un predio eriazo en mérito de las disposiciones normativas que establecen la propiedad del Estado sobre los mismos sea un asunto de necesidad pública.

IV. Asimismo, si enfrentamos un título material genérico (propiedad del Estado sobre predios eriazos) contra un título material específico y delimitador (propiedad de un particular sobre determinada extensión de tierra), tenemos que resultaría arbitrario el argumento que considere la prevalencia del título genérico, máxime si el mismo requiere de actos que verifiquen que se cumple su presupuesto (naturaleza eriaza del terreno) y que la propiedad privada existente sobre el mismo no puede extinguirse sin previo acuerdo con su titular.

V. Por ello, ni el principio del buen cultivo en el Derecho Rural, ni evitar el abuso del derecho por parte de los propietarios de terrenos eriazos, ni el sustento en obligaciones legales establecidas con anterioridad, justificarían que, por el solo mérito de una ley, el Estado (en desmedro de los particulares) se convierta en propietario de todos los terrenos eriazos, extinguiendo como efecto automático el derecho de propiedad privada preexistente.

VI. En atención a lo expuesto, consideramos que la premisa de «Todos los terrenos eriazos son de propiedad del Estado» es incorrecta, además de inconstitucional, y en función de ella no puede justificarse ningún argumento válido en los casos que exista propiedad privada acreditada, por lo que no sería idónea para la defensa de la propiedad estatal o como justificación de la negación de la inmatriculación de un terreno eriazo a favor de un particular, como lo han efectuando las instancias registrales en diversas resoluciones cuya fundamentación se encuentra en el acuerdo aprobado en el CXV Pleno del Tribunal Registral peruano realizado los días 12 y 13 de diciembre de 2013[17].

X. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, J. (1995) Los derechos de propiedad de la tierra: Una aproximación desde la economía, en *Debate Agrario*, núm. 23, 1-12.

ARCE, V. (1963) *El derecho de propiedad: Prescripción y abandono*. Lima: Tipografía y Offset Peruana S.A.

ARELLANO, R. y BURGOS, D. (2010) *Ciudad de los Reyes, de los Chávez, de los Quispe*. Lima: Editorial Planeta Perú S.A.

ARMAS, F. (2020) Tierras, mercados y poder: El sector agrario en la primera centuria republicana. En Carlos Contreras (Ed.) *Economía de la primera centuria independiente*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (pp. 93-159).

BOGGIO, R. (1943) *Fundamentos del derecho rural*. Lima: Compañía de impresiones y publicidad Azángaro.

CIEZA DE LEÓN, P. (2005) *Crónica del Perú. El señorío de los Incas*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho.

CALABRESI, G. y MELAMED, D. (1992) Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la Catedral. *Themis Revista de Derecho*, núm. 21, (63-86).

CRISTI, R. (2007) Propiedad y Derechos Subjetivos. *Anuario Filosófico*, núm. 1, (19-45).
DABÍN, J. (1955) *El derecho subjetivo*, traducción de Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
DE TRAZEGNIES, F. (2018) *La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*, 3ª edición. Lima, Grijley.
DIETERICH, H. (1978) *Sobre el modo de producción entre los Incas (Un análisis histórico-materialista)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, 5ª edición. Madrid, Civitas.
DROMÍ, R. (2005) *Derecho administrativo*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
GAZZOLO, L. (1966) *Manual de Derecho Rural*. Lima: Facultad de Derecho de la Unmsm.
GHERSI, E. (2005) Diálogo entre el juez y el profesor. *Themis Revista de Derecho*, núm. 51, (57-63).
GONZÁLES, G. (2009) *Derechos Reales*, 2ª edición. Lima: Ediciones Legales.
GONZÁLEZ, J. (1931) *El problema de la tierra en el Perú*. Tesis para obtar el grado de bachiller en la facultad de jurisprudencia. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.
GUEVARA, A. (2012) La propiedad agraria en el derecho colonial. En Priori, G. (Ed.) *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP (pp. 265-282).
HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. (2015) *El costo de los derechos*, traducción de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
ISASI, J. (2014) *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
MANRIQUE, N. (2014) Historia de la agricultura peruana, 1930-1980. En Carlos Contreras (Ed.) *La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar 1930-1980*, Tomo 5. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (pp. 159-216).
MATOS, J. (1980) *La reforma agraria en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. Boletín Estadístico del mes de diciembre de 2020.
PASARA, L. (1978) *Reforma agraria: derecho y conflicto*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
PARDO, B. (1966) *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*, 2ª edición, Tomo I. Lima: Litografía Huascarán.
PEREYRA, H. (2016) Cáceres y el Contrato Grace: sus motivaciones. *Revista del Instituto Riva-Agüero*, núm. 1, (165-196)
PETIT, E. (1983) *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducido por Jose Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires: Editorial Albatros.
PIPES, R. (2002) *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, traducción de Josefina de Diego. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
RENDÓN, J. (1963) La realidad agraria en el Perú. *Revista de Derecho Contemporáneo*, núm 1. (53-78).
ROMERO, E (2006) *Historia económica del Perú*. Lima: Centro Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
ROSAS, C. (2021) *La lucha por la libertad. Rebelión, guerra e independencia* (1780-1826). Lima: Derrama Magisterial.

SOLF Y MURO, A. (1915) *Derecho Civil de Agricultura*. Lima, sin editorial.
SOLF Y MURO, A. (1920) *Programa Razonado de Derecho de Minería y Agricultura*. Lima: Ernesto R. Villarán.
UGARTE, C. (1918) *Los antecedentes históricos del régimen agrario peruano*. Tesis para el Doctorado en Jurisprudencia. Universidad Mayor de San Marcos.
UGARTE, C. (2019) *Bosquejo de la historia económica del Perú*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.

XI. JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional

  Sentencia recaída en el expediente 0030-2004-AI/TC
  Sentencia recaída en el expediente 7130-2006-AA/TC
  Sentencia recaída en el expediente 05614-2007-PA/TC
  Sentencia recaída en el expediente 00011-2010-AI
  Sentencia recaída en el expediente 03258-2010-AA
  Sentencia recaída en el expediente 01342-2012-PA/TC
  Sentencia recaída en el expediente 00588-2013-PA/TC
  Sentencia recaída en el expediente 00762-2013-PA/TC
  Sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC
  Sentencia recaída en el expediente 3631-2015-PA/TC

- Corte Suprema

  Sentencia del VII Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-LIMA)

- Tribunal Registral peruano

  Acuerdo vinculante aprobado en el CXV Pleno

XII. NORMAS

- Congreso de la República del Perú.
- Expediente del proceso legislativo de la Ley 27333
- Exposición de Motivos de la Ley 30230
- Constitución Política del Perú de 1933
- Constitución Política del Perú de 1993
- Decreto Supremo 00062-75-AG (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Supremo 017-2009-AG (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)

- Decreto Supremo 005-2022-Midagri (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Supremo 048-91-AG (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Supremo 247-73-AG (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Legislativo 651 Decreto Ley 17716 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 11061(Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 14197 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 17716 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 18460 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 19462 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Ley 19955 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Supremo 211 del 22 de agosto de 1949 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Decreto Supremo 025-78-VC (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Ley 26505 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Ley 27333 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Ley 31145 (Disponible en https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/sidenav)
- Norma Técnica G.040 del Reglamento Nacional de Edificaciones modificada por Resolución Ministerial 029-2021-Vivienda (Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2365098/04%20G.040%20DEFINICIONES_RM%20N%C2%B0%20029-2021-VIVIENDA.pdf?v=1636055463)

NOTAS

[1] Aunque se dice que en los primeros años de nuestra independencia «[E]n la sierra, un rasgo común de las grandes propiedades era que un alto porcentaje de sus tierras eran eriazas, es decir, no eran aptas para el cultivo, por lo que en muchos casos se dedicaban a la ganadería de baja intensidad» (ROSAS, 2021, 166).

[2] Por ejemplo, la importancia de la clasificación del uso del suelo se evidencia en la Ley 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales, cuyo artículo 3 menciona que —entre otros— dicha ley no se aplica en áreas forestales o de protección del Estado.

[3] Dentro de las servidumbres rurales se conocía a la servidumbre de pasaje, de acueducto, de estanque, de pastar (*jus pasendi*), entre otras (PETIT, 1983, 318).

[4] « Los cronistas e historiadores antiguos atribuyen a los incas la paternidad del régimen agrario del Imperio y lo describen, según sus simpatías y tendencias, ya como un conjunto perfecto digno de admiracion, ya como un régimen de opresión tiránica» (UGARTE, 1918, 31).

[5] Incluso se dice que en el Congreso el diputado Cuadros exclamó «Ya está probado que cuando el Perú produce más no tiene dónde vender. ¿Para qué repartir tierras si no tenemos arados? Acá no hay más riqueza que la minería» (ROMERO, 2006, 252.)

[6] En el virreinato incluso hubieron diversos actos de asignación de tierras, uno de los últimos fue en 1815 por parte del virrey Abascal para premiar a los oficiales y soldades vencedores de las luchas revolucionarias que promovió Mateo Pumacahua (ROMERO, 2006, 263).

[7] Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/midagri/informes-publicaciones/558835-boletin-estadistico-mensual-el-agro-en-cifras-2020 (Visitado el 26/9/2021).

[8] El recordado Alfredo SOLF Y MURO (1915, 10) hace alusión en un texto sobre derecho de agricultura a las tierras eriales (eriazas).

[9] CIEZA DE LEÓN, 2005, 12 y ss.

[10] «Concluida la etapa de la conquista todo el territorio inclusive con los indígenas pasó a ser dominio de la Corona de España, en virtud de esta adquisición por la fuerza, y de acuerdo con los conceptos de derecho romano imperantes, las tierras quedaron en la condición de res nullius, por lo que su repartición entre los conquistadores tenía justificación» (PARDO, 1966, 11).

[11] «Establecido el Virreynato del Perú, quedó éste sujeto a la legislación que regía en Castilla, o sea, a todos los cuerpos de leyes formados en España desde su independización de Roma […] Al lado de esta legislación general, se levanta la legislación especial para las Colonias, contenida en la Recopilación de las Leyes de Indias" […]» (SOLF Y MURO, 1920, 6).

[12] «[e]n la concepción de la época, el Dios cristiano era el "dueño de todo, está en todo y lo govierna todo" [*sic*] y el papa era su nuncio o representante en la tierra por lo que poseía la "universal jurisdicción" para disponer de todo el orbe, incluidos los "Reynos de los Infieles"» (GUEVARA, 2012, 267).

[13] Recuperado de: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_expdig_1995.nsf/E899BBCD47A14398052583C30005DA3C/DC6170D3D9D762CE05257EB-6005B8141?OpenDocument (Visitado el 10/9/2020)

[14] http://dle.rae.es/?id=WOCcqLS (Visitado el 10/9/2020)

[15] http://dle.rae.es/?id=023UD0Z (Visitado el 10/9/2020)

[16] Véase la exposición de motivos en: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Seq=1&Db=201100107&View (Visitado el 10/9/2020).

[17] En este acuerdo se aprobó lo siguiente:

6. INMATRICULACIÓN DE PREDIOS ERIAZOS A FAVOR DE TERCEROS

Procede inmatricular predios eriazos a favor de terceros, siempre que se acredite que el dominio le ha sido transferido por el Estado de acuerdo a los procedimientos establecidos por las normas de la materia.

Trabajo recibido el 16 de mayo de 2023 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2023

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 24-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Salou.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN EXTRANJERO Y DETERMINACIÓN DE SI EXISTE UNA PROFESSIO IURIS.

Se considera que no existe en el testamento de la causante una verdadera professio iuris, siendo de aplicación de la ley sucesoria de su última residencia habitual.

La cuestión planteada se centra en determinar, con base en la interpretación del Reglamento Europeo y en el tenor del testamento —título de la sucesión—, si puede considerarse que este último contiene una verdadera elección de ley, aun siendo dicho testamento anterior a la vigencia y aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. El artículo 22.1 de dicho Reglamento establece que «cualquier persona» (utilizando la misma expresión que el artículo 5 del Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte) podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, estableciendo en el párrafo segundo de dicho apartado una regla para el caso de doble o múltiple nacionalidad, pues tal «professio iuris» tiene como fundamento evitar la imprevisibilidad de la ley sucesoria que resultare aplicable conforme a la posterior y última residencia habitual del causante y con ello garantizar la seguridad jurídica (considerandos 37 y 38 del Reglamento).

En definitiva, a la vista de los datos obrantes en el expediente y abstracción hecha de la diligencia subsanatoria que se remitió al Registro en el lapso entre la calificación y la interposición del recurso, debe determinarse si existe una «professio iuris» en favor de la ley italiana (es la nacionalidad de la causante que aparece

indicada en su certificado de defunción, y la aludida en el testamento otorgado en su día). De ser así y optarse por una respuesta afirmativa, se concluiría que esa vaga referencia que el testamento contiene en alusión a «la ley nacional de la testadora» sería suficiente para que operara el artículo 22.1 del Reglamento (EU) núm. 650/2012, desplazando así la aplicación del artículo 21.1 del mismo.

Ciertamente, es más que difícil encajar una declaración como la que se contiene en el testamento analizado (que se antoja más bien una cláusula de estilo al uso en los testamentos con elemento internacional otorgados antes de la aprobación del Reglamento), en una «professio iuris» tácita en favor de la ley italiana. Piénsese, además, que de seguirse la postura que se mantiene en la calificación impugnada se estaría vedando la aplicación, por vía indirecta, del artículo 21.2 del Reglamento, pues si este artículo hace que, sobre la residencia habitual, prevalezca la ley con la que el causante tenga vínculos más estrechos, aquí todo parece indicar que precisamente es la de la residencia habitual la que presenta esos vínculos, pues es perfectamente deducible de la documentación obrante en el propio expediente (testamento, certificado de defunción), que esa residencia en Cataluña fue continuada en el tiempo.

No hay base, ni elementos suficientes, para entender realizada una «professio iuris» a una ley y a una sola ley —dato esencial en la aplicación del Reglamento—, con la suficiente entidad para desplazar la regla general de aplicación de la ley de la residencia habitual del causante como única rectora de la sucesión. Conclusión ésta que conduce a la aplicación de la legislación civil catalana (Libro IV de su Código Civil, relativo a las sucesiones), en aplicación del artículo 37 del tantas veces citado Reglamento («Estados con más de un sistema jurídico (...)»), toda vez que, a la vista de los datos obrantes en el expediente, y careciendo la causante de nacionalidad española y por tanto de vecindad civil, dicha legislación vendría a ser «(...) el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha».

Resolución de 24-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: ÁMBITO.

Una mera reclamación de cantidad no puede provocar una anotación de demanda.

Se circunscribe pues el recurso al último de los defectos de la nota de calificación inicial que se mantiene. Este consiste en determinar si puede practicarse la anotación preventiva de la demanda ordenada, por razón de su objeto.

Sobre lo que deba entenderse por procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad, esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones en una doctrina que ha ido considerando, frente a una interpretación estricta del precepto que entiende que solo las acciones reales pueden provocar tal asiento, que la anotación de demanda debe practicarse en otros supuestos en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real,

puede producir directa o indirectamente, efectos reales. El Tribunal Supremo, desde Sentencia de 18 de febrero de 1985, declara que el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria se hallan comprendidas tanto las demandas fundadas en una acción real como las que se apoyan en un título que se refiera directamente a las fincas o derechos inscritos e implique una verdadera e inmediata vocación a los mismos, permitiéndose no sólo la anotación de los derechos reales, sino la facultad de anotar a los que fundan sus reclamaciones en acciones personales con trascendencia en el Registro.

En el supuesto de este expediente, del mandamiento inicialmente presentado resulta que, en principio no especificó la parte actora cuál sería su reclamación en el futuro procedimiento judicial, si bien de la argumentación expuesta en la solicitud de las medidas se infiere que será una reclamación económica. Por lo tanto, nos encontramos ante una reclamación de cantidad que aún está indeterminada sin que pueda deducirse que la pretensión del demandante vaya más allá de obtener una mera devolución de cantidades. Posteriormente, en la adición al mandamiento de fecha 10 de marzo de 2023 se confirma expresamente que el objeto de la demanda es una reclamación de cantidad por cobros indebidos efectuados por el demandado.

Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad ante el peligro de que una futura insolvencia del demandado frustre la expectativa de cobro del actor, lo procedente es una anotación de embargo preventivo o, en su caso, de prohibición de disponer, si se dan los requisitos para ello, lo que no se ha acordado en este caso.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Se recuerdan los requisitos exigibles para la inmatricualción por título público del 205 LH.

El primero de los defectos señalados se basa en que una de las fincas cuya inmatriculación se pretende, identificada con el número 52, no se corresponde con la totalidad de una parcela catastral, sino con una parte de la misma. Por tanto, no se aporta una certificación catastral descriptiva y gráfica relativa a esta finca, de la que resulte una descripción de la misma idéntica a la que se declara en la escritura. En todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador. No obstante, en los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podría admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa de

la finca que complete la certificación catastral incompleta, más ello no consta acreditado en el presente expediente por lo que debe confirmarse el defecto.

Como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015. Además, del tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resulta que la identidad que exige el precepto entre el título y la certificación catastral se refiere exclusivamente a la descripción de la finca. Actualmente debe entenderse inaplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en particular, y en lo que a este expediente se refiere, en cuanto que dispone que el título público de adquisición incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

Por lo que respecta al tercero de los defectos objeto del presente recurso, el registrador señala que respecto a las fincas identificadas en la escritura con los números 1, 39 y 52 no se aporta ningún documento dirigido a acreditar de modo fehaciente que el causante de la sucesión las adquirió el menos un año antes de su fallecimiento, como exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria para su inmatriculación (estas tres fincas no se mencionan en el acta de notoriedad). Y respecto de las demás fincas no inmatriculadas se acompaña un acta autorizada de notoriedad el 20 de enero de 2022 por el notario de Almería, don Miguel Eduardo de Almansa Moreno-Barreda, con el número 239 de protocolo, en la que se declara probado por notoriedad que el causante de la sucesión adquirió dichas fincas al menos un año antes de su fallecimiento. El registrador realiza una crítica de la doctrina de la Dirección General acerca de la interpretación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria tras su reforma por la Ley 13/2015, tratando de refutar los argumentos por los que, a juicio de la Dirección General, expresado en resoluciones anteriores, debe admitirse el acta notarial de notoriedad como documento complementario del título público traslativo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En primer lugar, debe aceptarse la calificación del registrador en cuanto a la falta de título previo respecto a algunas de las fincas cuya inmatriculación se pretende.

Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la Resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición, sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañando dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes

de transmitirla. Por tanto, por más que el registrador disienta de la doctrina de este Centro Directivo en este punto, lo que procede es determinar si el acta de notoriedad acompañada cumple con los parámetros establecidos, especialmente, que el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha. Ambos requisitos deben entenderse debidamente cumplidos en el título calificado ya que el notario, por un lado, emitió el juicio de la previa adquisición; y, por otro, se refiere a la fecha de adquisición, ya que fija el momento temporal indicando que tal extremo es notorio desde hace más de un año, por lo que en debe ser suficiente la expresión utilizada. Por lo que este defecto debe ser revocado.

El cuarto de los defectos debe ser confirmado por cuanto, como señala el registrador, varias fincas aparecen descritas en la escritura varias veces, como si fuesen fincas distintas y cada una de esas pretendidas fincas distintas se adjudican a personas distintas, existiendo una contradicción en el contenido del título que impide la inscripción en tanto no consten con claridad las distintas adjudicaciones.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

HERENCIA: LEGÍTIMA DEL PAÍS VASCO.

La naturaleza de la legítima vasca es la pars valoris bonorum, aunque es de libre distribución entre los legitimarios.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Según la doctrina del TSJ del País Vasco: Cuando concurran a una sucesión solo legitimarios en su condición de hijos o descendientes en cualquier grado, en relación a los bienes que hubieran sido adjudicados a cada uno de ellos mediante legado, se consideran apartados tácitamente los demás, resultando innecesario el consentimiento de los apartados para el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de legado cuando el testador haya autorizado al legitimario para posesionarse de la cosa legada.

Esta Dirección General se ha pronunciado sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la legítima vasca en las Resoluciones antes citadas en un sentido claro: es una «pars bonorum» o, al menos, una «pars valoris bonorum», pero no una «pars valoris». Las citadas Resoluciones de esta Dirección General de 4 de julio de 2019, 2 de julio de 2020 y 29 de julio de 2022 afirman que la legítima vasca es una «pars valoris bonorum». La libre distribución de la legítima por el causante en los sistemas de legítima colectiva se articula mediante la institución del apartamiento u otra fórmula similar, que en el caso de la actual Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, puede ser expreso o tácito, según su artículo 48. Según la

Resolución de 4 de julio de 2019 y las demás que la siguen, antes mencionadas, la protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, cuando ésta es concebida como una «pars valoris bonorum», ha de ser igual que en los casos en que la legítima se conciba como una «pars bonorum».

No puede afirmarse que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fundamente el fallo de su sentencia en la negación del carácter «pars valoris bonorum» de la legítima de los descendientes en el derecho civil vasco, sino que más bien hace descansar dicho fundamento en el apartamiento tácito que se produce sobre los demás legitimarios (admitido en la actual Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, artículo 48). Así, cuando a un legitimario se le favorece con un legado, respecto del mismo bien legado, existe un apartamiento tácito de los demás legitimarios, lo que, por otra parte, es lógico.

En el caso del presente recurso resulta claro que, siendo la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, una «pars valoris bonorum» pero de naturaleza colectiva y no individual, y atendiendo a las disposiciones del testador así como a la circunstancia de que han concurrido al otorgamiento de la escritura calificada dos descendientes con plena capacidad de obrar, dicha escritura es inscribible. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 51 de la Ley 5/2015, solo la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones de carácter patrimonial del testador, preterición que no se produce en este caso.

En definitiva, las disposiciones del testador no lesionan la legítima colectiva de sus descendientes, ya que no ha habido una preterición de todos ellos en su testamento, sin perjuicio de que aquel hijo que considere que la viuda del causante no ha cumplido íntegramente aquellas disposiciones puedan ejercitar en juicio, ex artículo 48.5 de la Ley 5/2015 y demás concordantes, las acciones que en derecho les correspondieren.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Mora de Rubielos-Aliaga.

INMATRICULACIÓN POR TÍTUYLO PÚBLICO: SOLO DE LA NUDA PROPIEDAD.

Solo cabe inmatricular la nuda propiedad si solo respecto de esta se acredita la previa adquisición con más de un año de antigüedad.

Hemos de partir de que el artículo 7 de la Ley Hipotecaria establece que «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley». En el presente caso, el título de propiedad aportado para obtener la inmatriculación es una escritura pública de compraventa simultánea de la nuda propiedad y del usufructo, o «en conjunto del pleno dominio», de determinada finca.

El vendedor de la nuda propiedad acredita haberla adquirido por título público previo, esto es, la escritura pública otorgada varios años antes en la que adquirió por donación dicha nuda propiedad. En cambio, la vendedora del usufructo no acredita «haber adquirido (tal derecho sobre la finca) al menos un año antes de dicho otor-

gamiento también mediante título público», pues en esa escritura de donación la donante no adquiere nada de nadie, sino que sólo trasmite algo (la nuda propiedad) a alguien, manifestando retener y no transmitir (lo que la doctrina clásica llama «deductio») un derecho de usufructo del que carece de título de adquisición, pues la no transmisión de algo no es nunca un título de adquisición de ese algo.

Por tanto, el recurso ha de ser desestimado y confirmada la nota de calificación recurrida conforme a la cual, habiéndose solicitado por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria la inmatriculación de la finca en pleno dominio, sólo cabe practicarla parcialmente en cuanto a la nuda propiedad y no en cuanto al usufructo, «por no presentarse título público traslativo previo respecto de las facultades que integran el usufructo y haber sido solicitado expresamente por el presentante».

No sería correcto inmatricular un derecho real de «pleno dominio» mencionando que está gravado con un derecho real de usufructo que no es objeto de inscripción formal. Y no sólo no sería correcto, sino que, caso de haberse hecho tal cosa, tal derecho de usufructo meramente mencionado «será cancelado por el Registrador a instancia de parte interesada», como ordena el artículo 98. En cambio, sí es correcto y posible, y máxime cuando el interesado ha solicitado expresamente la inscripción parcial en tal sentido, inmatricular tan sólo la nuda propiedad, denegando expresamente la inscripción del usufructo, como ha admitido ya de antiguo la doctrina de este Centro Directivo (véase la Resolución de 24 de mayo de 1983 o la de 6 de febrero de 2014) y se ha hecho en el caso que nos ocupa. Si en el futuro se presenta en el registro el certificado de defunción de esa concreta persona citada en la inscripción, esto es, la supuesta titular extrarregistral inicial de ese usufructo no inscrito, será posible practicar la inscripción de consolidación del pleno dominio en la persona del titular registral de la nuda propiedad por cumplimiento de la condición suspensiva a la que estaba supeditada dicha consolidación. En cambio, si se presentara un título traslativo de dicho supuesto usufructo extrarregistral no inscrito, habría de denegarse (o suspenderse) su inscripción, precisamente por falta de previa inscripción a favor del transmitente, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se ha de denegar la tramitación del procedimiento ex art. 199 si la registradora acredita dudas fundadas sobre la correspondencia de las certificaciones gráficas con las fincas registrales afectadas.

Presentado dicho título en el Registro, la registradora suspende la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, puesto que tiene dudas entre la correspondencia de la georreferenciación presentada con la de la finca tal y como se describe en el Registro.

Para resolver el presente recurso, hemos de recordar que, por muy desactualizada que esté, la registradora siempre ha de partir de la descripción que de la finca registral objeto del expediente se hace en el asiento correspondiente. Y ello debe

ser así, porque los sucesivos cambios por los que pueda atravesar la configuración de una parcela catastral, cuya información está siempre actualizada, no tienen repercusión registral, si las mismas no se inscriben en el Registro, a instancia de su titular. Ello es consecuencia del carácter rogado de la actuación registral, que determina que la información del Registro sea histórica, frente al carácter forzoso de la actuación catastral, que determina que la información catastral sea siempre actual. Pero, por el contrario, los actos o negocios jurídicos que acceden al Registro, lo hacen a través de títulos depurados por la calificación registral, a diferencia de lo que ocurre de los cambios que se operan en el Catastro, que pueden ser realizados de oficio por la propia Dirección General del Catastro, por aplicación de su normativa específica, o pueden ser solicitados por el interesado, pero sin que exista en el procedimiento catastral una fase de control de legalidad, como la que implica la calificación registral en el procedimiento registral.

Las dudas respecto a la correspondencia entre la georreferenciación aportada al expediente y la realidad jurídica que resulta del Registro son evidentes. Por ello, procede aplicar la reiterada doctrina de esta Dirección General por la cual, el juicio de correspondencia entre la descripción de la finca y su georreferenciación con valor auxiliar de calificación, que figuran en el Registro y la descripción y georreferenciación incorporadas al título y cuya inscripción se solicita, es una decisión que compete exclusivamente a la registradora. Ese juicio de correspondencia debe ser objetivo y razonado.

En el presente caso, la registradora ha realizado esa comparación, antes de emitir su juicio de correspondencia, determinando que no puede apreciarla, puesto que puede existir indicio de doble inmatriculación, al no poder determinar la correspondencia entre las cuatro fincas registrales que corresponden al titular del expediente respecto de las tres georreferenciaciones catastrales de su titularidad.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 1.

DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Se reitera la doctrina que exige la firmeza, la determinación de las operaciones registrales a práctica la necesidad de autenticidad y la obligatoria intervención del titular registral o sus herederos en el procedimiento judicial.

El recurso no se considera la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la calificación del registrador, para lo cual debe acudirse a una nueva presentación de documentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario.

Respecto el primero de los defectos alegados en la nota de calificación, la exigencia de firmeza de las resoluciones judiciales que hayan de provocar asientos definitivos en el Registro (inscripciones y cancelaciones) encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al titular registral. El hecho de que solo se exija la firmeza de la resolución judicial para la práctica de asientos definitivos, como las inscripciones y las cancelaciones, y no para tomar una anotación preventiva, se explica por la circunstancia de que solo los asientos definitivos pueden provocar el nacimiento de

terceros amparados por la fe pública, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, dicho defecto debe ser confirmado en relación con el decreto número 161/2021 y a la sentencia número 26/2027 donde no consta la firmeza. En cambio, sí que consta la firmeza de la sentencia número 3/2020 en el que se acompaña diligencia de ordenación de fecha de 13 de febrero de 2020 donde consta dicho extremo.

Para que un documento judicial pueda ser reputado como documento auténtico a efectos registrales debe llevar la firma de la autoridad que lo haya expedido; y si bien esta firma puede ser electrónica, ésta deberá ajustarse a los requisitos establecidos, para los documentos judiciales electrónicos, en la Ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Y, en el caso debatido, el documento aportado no es documento electrónico firmado con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 18/2011, ni puede ser considerado copia auténtica en soporte papel de un documento electrónico, ya que (artículo 28 de la ley) no está dotado de un código de verificación que permita contrastar su autenticidad.

Como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución Española. En el presente caso, las sentencias presentadas a inscripción declaran la resolución del contrato de compraventa con la devolución de la finca en el momento en el que se paguen las cantidades a que fueron condenados; por tanto, dicha acreditación del pago puede efectuarse por el propio Juzgado que conoce de la ejecución en resolución judicial firme o por manifestación de los propios acreedores. Ahora bien, el propio Juzgado afirma que terminado el presente procedimiento procederá a alzar los embargos y librar para ello los correspondientes despachos; en este caso, para ser consecuente con el órgano judicial, implicaría que satisfecha la deuda se dictará resolución judicial firme que acredite el pago y ordene la reinscripción de la finca a favor de los vendedores por resolución del contrato de compraventa.

Para alterar una titularidad registral, es preciso que en el procedimiento correspondiente el titular haya tenido posibilidad de intervenir, y, de haber fallecido, es preciso contar con el título sucesorio de dicho titular; en el presente caso, además de no acreditarse el fallecimiento del titular registral, no se expresa por qué título son dueños los que se declaran como tal.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina elaborada a partir de la STS de 9 de septiembre de 2021 sobre el llamamiento de la herencia yacente del titular registral al procedimiento.

Con carácter previo, debe este Centro Directivo advertir nuevamente que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe

recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra la herencia yacente del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia del fallecimiento del mismo, circunstancia que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. Una vez el juez haya admitido la demanda, será suficiente que se refleje en el mandamiento la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición al mismo o mediante la aportación del certificado de defunción.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada Sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades:

— que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio.

— que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe recordarse a este respecto que la notificación por vía edictal tiene carácter supletorio y excepcional y solo debe emplearse cuando se hayan agotado, razonablemente, las posibilidades de efectuar una notificación personal.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada en su momento en el Registro y que, como se ha hecho constar anteriormente, es la única que debe tenerse en consideración para la resolución de este expediente, no puede establecerse la existencia de concretas personas llamadas a la herencia, ni la forma en que, en su caso, se hayan producido las notificaciones. Por lo tanto, el defecto, en este punto, debe así mismo confirmarse.

Resolución de 25-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Úbeda, número 2.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: REQUISITOS DEL TÍTULO INSCRIBIBLE.

La usucapión es un modo de adquirir originario que ha de ser declarado por el juez de forma expresa y que provoca la cancelación de la inscripción contradictoria.

Empezando por el primero de los defectos, es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos»), que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. artículo 36 de la Ley Hipotecaria). En cuanto a la usucapión ordinaria, como sucede en el supuesto de este expediente, la exigencia de buena fe y justo título compensa una inferior duración del tiempo de posesión de la finca, pero no por ello deja de ser un modo originario de adquirir el dominio en el sentido de que no se adquiere de quien es el titular real del bien, aun cuando exista una relación jurídica con el mismo que justifique la posesión continuada, pacífica y en concepto de dueño. La sentencia que declare adquirido un inmueble por usucapión ordinaria debe pues hacer pronunciamiento expreso sobre el título que sirva para justificar la posesión en concepto de dueño. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Sentencia, de fecha 21 de enero de 2014 consideró que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión contra tabulas.

En el caso de este expediente, se ha producido el allanamiento de los demandados, titulares registrales de la finca objeto de adquisición. El allanamiento implica que el demandado acepta lo que se le exige en la demanda y las consecuencias jurídicas de esos hechos, de esta forma se pone fin a la controversia, se la deja sin objeto. Se pone, por tanto, también fin al proceso.

El defecto no puede mantenerse. Es cierto que la sentencia, ciertamente parca en sus pronunciamientos, remite a la demanda en relación a los hechos que dieron origen a su admisión, pero la prescripción adquisitiva o usucapión, declarada en la sentencia firme presentada en el Registro, en sí misma es la causa o título que debe expresarse en la inscripción. La existencia o no de justo título civil para la prescripción, y si es una prescripción ordinaria o extraordinaria, es una cuestión que habrá valorado el juez al adoptar su decisión, sin que el registrador pueda revisarla, al tratarse de una cuestión de fondo. Lo que no es admisible, a efectos de practicar la inscripción es que la referencia a una posible prescripción sea meramente incidental, pero en el caso de este expediente el fallo de la declara clara y expresamente la adquisición por prescripción adquisitiva del demandante, siendo esta declaración el objeto del procedimiento

Un requisito imprescindible para poder practicar la inscripción, al no tratarse la adquisición por usucapión de una adquisición que traiga causa de los titulares inscritos es que se ordene, mediante el oportuno mandamiento, la cancelación de la inscripción contradictoria. Esta inscripción contradictoria, tratándose de una adquisición por usucapión del pleno dominio de la finca no puede ser otra que la que declaraba la titularidad registral del pleno dominio a favor de los demandados contra el que se entabla el procedimiento. En el supuesto de este expediente se ha expedido el oportuno mandamiento y en el mismo se ordena la cancelación de las inscripciones contradictorias y se ordena la cancelación de las inscripciones contradictorias en relación a la finca registral 19.019, inscripción 3.a, que es pre-

cisamente la inscripción de dominio a favor de los demandados. En consecuencia, el defecto debe igualmente decaer.

Finalmente, en cuanto al tercero de los defectos debe tenerse en cuenta que la adquisición derivada de la usucapión no cuestiona la validez del título de adquisición del anterior titular registral ni, en consecuencia, la de los derechos reales que hayan sido por el constituidos, la adquisición se producirá con subsistencia de las cargas anteriores. Solo se excluyen aquellos derechos que lleven aparejada la posesión, puesto que es esta, la posesión un requisito fundamental para apreciar la prescripción.

Resolución de 26-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Elche, número 3.

DISCAPACIDAD: ES EL JUEZ EL ÓRGANO COMPETENTE PARA DETERMINAR LAS MEDIDAS DE APOYO.

No corresponde al notario decidir el alcance de las medidas de apoyo que corresponda establecer para la persona afectada por discapacidad.

Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso —otorgada el día 9 de febrero de 2023— se formaliza la aceptación de determinada herencia con adjudicación de los bienes descritos por terceras partes indivisas entre los tres herederos testamentarios (instituidos en esa misma proporción). La escritura fue otorgada por los tres herederos, haciéndose constar que, al estar incapacitado judicialmente uno de ellos, interviene su hermana —también heredera— como tutora nombrada mediante la sentencia que se indica. En tal escritura el notario afirma respecto de dicho señor que, comprobando cuál es su voluntad, deseos y preferencias, estima que tiene la capacidad suficiente para otorgar la escritura, con el apoyo institucional que da el mismo notario y con el apoyo asistencial de la tutora que complementa y apoya la decisión de su hermano.

Se ha afirmado que la profundidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, se justifica —como se expresa en el preámbulo— porque el nuevo sistema está fundamentado en tres principios: en primer lugar, está el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada. En segundo lugar, la nueva regulación de la discapacidad girará en torno al concepto del «apoyo» a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacitación deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación. En tercer lugar, la institución de la curatela se constituye en la principal medida de apoyo de carácter judicial al haberse desconectado de este sistema a la institución de la tutela que queda reducida a la protección de menores. De manera excepcional se admiten las medidas de apoyo representativas, entre ellas la curatela representativa.

Indudablemente, es muy loable la actuación del notario al dar entrada en la escritura, como compareciente y otorgante, a la persona con discapacidad (aun cuando el curador representativo podría haber intervenido por sí solo), ya que supone un claro refuerzo y acicate a su plena integración social y a una adecuada toma de decisiones

por quien tiene atribuida esa función de apoyo, pues no hay que olvidar que el notario tiene entre sus obligaciones *(cfr.* artículo 25.3 de la Ley del Notariado) prestar apoyo institucional a la persona con discapacidad. Pero la revisión de las medidas vigentes, y su adaptación a la concreta situación de la persona respecto de las que se establecieron, es tarea reservada al juez, que es quien decidirá, conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de esa persona. Y en tanto no medie esa revisión, y aun constatado que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esa decisión final escapa de las competencias atribuidas al notario.

Resolución de 26-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Béjar.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA.

Se reafirma la posibilidad de acreditar la previa adquisición del transmitente con un año de antelación mediante acta de notoriedad.

Como cuestión previa, procede analizar y resolver la cuestión formal de si la nota de calificación recurrida, en la medida en que cita una concreta sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, pero sin transcribir su fundamentación jurídica, ni constar tal sentencia publicada y accesible en el «Boletín Oficial del Estado», pudiera producir indefensión al recurrente por falta de motivación suficiente en la nota de calificación. A este respecto, aun cuando tal cosa podría ocurrir con carácter general, en el presente caso no hay indefensión del recurrente, pues él mismo, además de ostentar la condición de notario, y por tanto de ser experto en Derecho, declara expresamente conocer de qué sentencia se trata y su contenido.

Entrando en el fondo del asunto, y respecto a la admisibilidad del acta notarial de notoriedad como documento complementario del título público traslativo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no cabe desconocer que este medio inmatriculador tiene una tradición histórica en nuestra legislación hipotecaria.

Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. O lo que es lo mismo, la inmatriculación por doble título, fiel en este punto a su tradición histórica en nuestra legislación, no impone un tracto formal de dos documentos públicos que contengan respectivos títulos traslativos separados temporalmente por el plazo de un año, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 352/2022, de 31 de octubre.

Este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la Resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición, sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañando dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla. Se trata de acreditar el hecho de la adquisición previa y su fecha, que son circunstancias que pueden ser objeto de acta de notoriedad para en este caso amparar la inmatriculación de la finca cuya primera inscripción de dominio estará causalizada en el preceptivo título público traslativo.

En dicha acta, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario deberá emitir formalmente, si procede y siempre que no exista contradicción entre partes, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

Resolución de 26-7-2023
BOE 27-9-2023
Registro de la Propiedad de Jarandilla de la Vera.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

No cabe rectificar un asiento si no recae resolución judicial que así lo acuerde en procedimiento seguido contra el titular registral.

Antes de entrar en el fondo del recurso debe hacerse referencia nuevamente a la reiteradísima doctrina de esta Dirección según la cual el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, por lo que en su tramitación no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por este y aportados al interponer el recurso.

Los artículos 204 y 208 de la Ley Enjuiciamiento Civil establecen como requisito formal de las resoluciones judiciales que éstas deben contener la firma del juez o magistrado que las hubiere dictado. La existencia de esta formalidad extrínseca del documento es calificable por el registrador ya que es impeditiva de la inscripción puesto que genera dudas sobre la autenticidad del mismo y por lo tanto calificable por el registrador. En el caso de este expediente, la sentencia presentada no contiene firma ni código seguro de verificación que permita verificar su autenticidad, por lo que el defecto debe confirmarse.

En el caso de este expediente, se ha entablado el procedimiento ordinario contra el titular registral tendente a obtener una declaración de nulidad del título que provocó la inmatriculación de la finca y la cancelación de la inscripción que provocó, pero el fallo es contrario a las aspiraciones del demandante por lo que lejos de provocar la rectificación del Registro consolida la situación registral sin que, lógicamente, ordene la práctica de operación registral alguna. En consecuencia, como ya puso de relieve la registradora en la nota de calificación, tratándose de un asiento que está bajo la salvaguardia de los tribunales, habiendo recaído una

sentencia desestimatoria y careciendo el registrador de competencia para apreciar la nulidad de un título o la existencia de mala fe, el único medio de obtener la cancelación de la inscripción pretendida es bien mediante una resolución judicial que expresamente ordene dicha cancelación o bien con consentimiento del titular registral, que debe obedecer a una causa verdadera y lícita.

Resolución de 26-7-2023
BOE 28-9-2023
Registro de la Propiedad de Ontinyent.

DERECHO DE VUELO: PLAZO.

Se analiza la naturaleza y alcance del derecho de vuelo y los requisitos para su inscripción y ejercicio.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Debe tenerse en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común.

El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones en los «Vistos»). En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste es un derecho perpetuo. Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo ha permitido la cláusula estatutaria por la que el propietario, antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.

La declaración de nulidad, por razones de jerarquía normativa, de la disposición reglamentaria sobre fijación de plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo no debe impedir que se tenga en cuenta la reiterada doctrina que esta Dirección General ha mantenido sobre dicha cuestión antes y después de la referida modificación reglamentaria, según la cual aun cuando la exigencia de tal determinación temporal no figure en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas

estructurales del estatuto jurídico de la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia «erga omnes»), entre ellas, la exclusión de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible —vid. artículos 400, 513, 515, 546, 781, 785, 1608 y 1655 del Código Civil— si no responden a una justa causa que justifiquen esa perpetuidad.

En el presente supuesto, el derecho objeto de debate fue configurado —como finca registral independiente— con determinación de los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo (salvo el plazo para su ejercicio), en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en la descripción de los referidos elementos privativos, así como en las inscripciones registrales practicadas, plenamente oponibles a terceros (cfr. artículos 1, 32 y 40 de la Ley Hipotecaria y 5 de la Ley sobre propiedad horizontal). No se trata de una simple mención de un derecho sin naturaleza real.

No obstante, a la hora de ejercitar el derecho de vuelo inscrito no puede desconocerse que este Centro Directivo ha afirmado (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que, en la medida en que uno de los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo, como el plazo para su ejercicio, no haya sido previamente determinado en el título constitutivo ni por tanto, inscrito, será necesario, para la correcta configuración de tal derecho (y, por ende, para ejercitarlo) que cuente con la conformidad de los propietarios que integran la comunidad (cfr. artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 26-7-2023
BOE 28-9-2023
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 3.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ACTUACIÓN DE APODERADO CON PODER REVOCADO.

Procede denegar la inscripción de una venta otorgada por un apoderado con poder revocado, dado que la revocación aparecía en el Registro Mercantil.

Cuando el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ordena al registrador calificar los documentos presentados por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro, los asientos que ha de tener en cuenta en su calificación son no sólo el título principal sino también los documentos complementarios, conexos o relacionados, por su presentación simultánea, del mismo asiento de presentación, o aportados después mediante un asiento vinculable (como pudiera ser, normalmente, una nota marginal) al asiento causado por el título principal. También se ha mantenido, no obstante, lo anterior, la doctrina según la cual los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, con el fin de evitar asientos inútiles. Pero esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral. Respecto del principio de prioridad que la escritura de revocación de un poder no es ningún título «por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real», por lo que no le resulta aplicable la literalidad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Y es que el posible conflicto entre una escritura de compraventa otorgada por un apoderado y la escritura de previa revocación del poder empleado por dicho apoderado no es, y

por tanto no puede ser tratado ni resuelto como tal, un conflicto que atañe a la prioridad relativa entre dos títulos traslativos del dominio, sino como un conflicto que atañe a la legitimación de uno de los otorgantes y a la validez del acto dispositivo realizado por un apoderado que utiliza un poder previamente revocado.

En cuanto a la interpretación del artículo 1738 del Código Civil, la jurisprudencia tradicionalmente había desvinculado la protección del tercero de buena fe de la buena fe del mandatario o apoderado; sin embargo, apartándose de esta tesis, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008, 13 de febrero de 2014, 22 de enero de 2015 y 19 de julio de 2018 consideran que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado por el negocio representativo, sin que sea suficiente con la buena fe del tercero.

En el supuesto de este expediente, en la escritura de revocación del poder manifiesta el otorgante que no es necesario que la notaría autorizante de esta escritura notifique al apoderado dicha revocación «afirmando que él mismo se la comunicará». No existe, por lo tanto, a la hora de resolver este recurso (en el extremo relativo a la buena fe del apoderado), la certeza absoluta del conocimiento por parte del apoderado de la revocación del poder; cuestión distinta y solución distinta se daría de haberse acreditado de manera fehaciente que el apoderado tenía cumplido y exacto conocimiento de la revocación del poder.

Lo que ocurre es que existe un elemento añadido, cual es la publicidad registral de la revocación, que es determinante, como a continuación se analiza. En el presente caso se da la circunstancia de que la revocación del poder se inscribió en el Registro Mercantil el 27 de marzo de 2023, es decir 14 días antes del otorgamiento de la escritura de compraventa calificada, si bien dicha inscripción fue objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el día 10 de abril de 2023. Habida cuenta de la presunción de validez y exactitud de los asientos practicados en el Registro Mercantil (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), específicamente de la inscripción 4.a de la hoja social (revocación del poder referido), su eficacia frente a quien ha contratado con el apoderado no puede desconocerse.

De la documentación presentada en el Registro de la Propiedad resulta que la revocación del poder del representante de la sociedad vendedora se produjo el día 22 de marzo de 2023, día en que se presentó en el Registro Mercantil la escritura de revocación, procediéndose a la inscripción el día 27 de marzo de 2023. Consta igualmente que la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» se produjo el día 10 de abril de 2023, por lo que el contenido de la inscripción de revocación es oponible a quien, el mismo día 10 de abril de 2023, compró los inmuebles.

Resolución de 26-7-2023
BOE 28-9-2023
Registro de la Propiedad de Béjar.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA.

Se reafirma la posibilidad de acreditar la previa adquisición del transmitente con un año de antelación mediante acta de notoriedad.

Como cuestión previa, procede analizar y resolver la cuestión formal de si la nota de calificación recurrida, en la medida en que cita una concreta sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, pero sin transcribir su fundamentación jurídica, ni constar tal sentencia publicada y accesible en el «Boletín Oficial del Estado», pudiera producir indefensión al recurrente por falta de motivación suficiente en la nota de calificación. A este respecto, aun cuando tal cosa podría ocurrir con carácter general, en el presente caso no hay indefensión del recurrente, pues él mismo, además de ostentar la condición de notario, y por tanto de ser experto en Derecho, declara expresamente conocer de qué sentencia se trata y su contenido.

Entrando en el fondo del asunto, y respecto a la admisibilidad del acta notarial de notoriedad como documento complementario del título público traslativo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no cabe desconocer que este medio inmatriculador tiene una tradición histórica en nuestra legislación hipotecaria.

Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. O lo que es lo mismo, la inmatriculación por doble título, fiel en este punto a su tradición histórica en nuestra legislación, no impone un tracto formal de dos documentos públicos que contengan respectivos títulos traslativos separados temporalmente por el plazo de un año, como parece entender la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 352/2022, de 31 de octubre.

Este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la Resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición, sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañando dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla. Se trata de acreditar el hecho de la adquisición previa y su fecha, que son circunstancias que pueden ser objeto de acta de notoriedad para en este caso amparar la inmatriculación de la finca cuya primera inscripción de dominio estará causalizada en el preceptivo título público traslativo.

En dicha acta, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario deberá emitir formalmente, si procede y siempre que no exista contradicción entre partes, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

Resolución de 26-7-2023
BOE 28-9-2023
Registro de la Propiedad de Petra.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Si se constata la posible invasión del dominio público, procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

Debe el registrador aclarar en su nota de calificación negativa si la invasión deriva del contraste, en la aplicación gráfica registral, entre la georreferenciación aportada y la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado de tal dominio público, o si simplemente deriva de una apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la capa de la ortofotografía; pues, de hallarnos ante este segundo supuesto, lo que debe hacer el registrador es iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, con la pertinente notificación a la Administración titular del terreno supuestamente invadido, para que con sus alegaciones puedan desvanecerse o confirmarse las dudas del registrador. O procede a la denegación automática, por invasión del dominio público, o como parece más razonable en el presente caso, debiera haber procedido a tramitar el expediente notificando a dicha Administración, que aparece como titular catastral, sin resultar dicha colindancia del Registro, para que, en caso de oponerse, el promotor del expediente tuviera toda la información adecuada para poder modificar la georreferenciación alternativa y poder ajustarla a la delimitación del dominio público.

Como segunda precisión formal, el registrador, con base en la oposición formulada por el Servicio Ferroviario de Mallorca, debiera haber formulado calificación denegatoria durante la vigencia del asiento de presentación, puesto que el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria debe concluirse con una resolución sobre la solicitud de inscripción. Si ello no fuera posible durante la vigencia del asiento de presentación, debiera haber practicado de oficio, anotación preventiva por imposibilidad del registrador del artículo 42.9.o de la Ley Hipotecaria, cuya duración es indefinida, evitando la caducidad del asiento de presentación hasta la conclusión del expediente, sin necesidad de que el interesado solicitara nueva calificación, mediante nuevo asiento.

Respecto a la fundamentación jurídica, el registrador, al calificar, no puede limitarse a una mera aplicación mecánica y puramente formal de los preceptos legales, basados en la identificación de su número de orden dentro del texto legal, sino que puede acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, para expresar de qué forma se consideran infringidos. De igual modo, la recurrente en su escrito de interposición del recurso debe fundamentar jurídicamente los argumentos por los cuales entiende que la nota de calificación no es ajustada a Derecho, sin que ello consista en la mera cita del número de una serie de preceptos legales, sino en la adaptación de su texto al supuesto de hecho concreto.

Entrando ya en el fondo del asunto que se debate en este recurso, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria impone al registrador una calificación denegatoria, cuando se invade el dominio público, en el presente caso ferroviario. Dicha invasión resulta acreditada por las alegaciones presentadas por el Servicio de Ferrocarriles de Mallorca, que acompaña un plano acreditativo de tal invasión. Por tanto,

se cumple con la doctrina de este Centro Directivo, puesto que el informe administrativo es lo suficientemente tajante cuando afirmar que la georreferenciación aportada invade suelo público

Resolución de 24-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Játiva, número 1.

BIENES GANANCIALES: ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DEL DECRETO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Se recuerda la necesidad de firmeza de las resoluciones judiciales para su inscripción y se reafirma la imposibilidad de calificar el fondo de dichas resoluciones.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de firmeza de los documentos judiciales para que puedan dar lugar a la práctica de asientos de inscripción o cancelación en el Registro de la Propiedad, dado el carácter definitivo de los mismos. Como indica la registradora en su informe, con posterioridad a la presentación de recurso, la presentante ha aportado testimonio del referido decreto judicial del que resulta la posible firmeza. Pero cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria, no puede ser tenido en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida.

Por lo que se refiere al segundo de los defectos impugnados, en el presente caso no se trata de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. artículos 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento judicial específico dirigido a la liquidación del régimen económico-matrimonial, en el que el título presentado es una escritura de protocolización del decreto de la secretaria judicial por el cual, al no haber comparecido uno de los excónyuges el día señalado, se aprueba la propuesta de liquidación efectuada por el excónyuge que compareció, conforme a las previsiones del artículo 810.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la determinación del carácter ganancial de la participación indivisa de finca que es objeto de adjudicación mediante el referido testimonio judicial, este Centro Directivo ha puesto de relieve que, si se tratara de la vivienda familiar y se hubieran realizado pagos del precio aplazado por la adquisición de ésta con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —«ex lege»— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1354 y 1357, párrafo segundo, del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. artículo 91.3 Reglamento Hipotecario). Ciertamente, el artículo 91, apartado 3, del Reglamento Hipotecario, para hacer constar en el Registro de la Propiedad —mediante nota marginal— la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1357.2 del Código Civil, exige el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante, es indudable que,

habida cuenta de la finalidad de esta norma reglamentaria, no puede impedir que dicha determinación resulte de una resolución judicial mediante la que se apruebe la liquidación de gananciales contenciosa por incomparecencia de una de las partes (ex artículo 810.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como acontece en el supuesto de este expediente, en el cual, por lo demás, el mencionado «archivo de las (...) actuaciones» no puede interpretarse sino como la conclusión de tales actuaciones para, una vez archivadas, llevar a efecto la protocolización de las operaciones liquidatorias (cfr. artículos 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Barbate.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No entra dentro del objeto propio del recurso gubernativo la determinación de la procedencia o no de la práctica y orden de unos asientos de presentación.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de la práctica de unos asientos de presentación, incluido el orden de los mismos.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

HERENCIA: DERECHO DE OCUPACIÓN TITULARIDAD DEL CAUSANTE.

Consta inscrito en favor del causante un derecho de ocupación que no es equiparable al pleno dominio, pero que tampoco cabe cancelar automáticamente considerándolo una concesión administrativa caducada.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (artículo 66 de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso el registrador deniega la inscripción de una escritura de herencia en la que se inventaría el pleno dominio de una participación indivisa de tres fincas registrales por considerar que lo que el causante tiene inscrito es un derecho de ocupación y éste, por tratarse de una concesión administrativa, se encuentra extinguido por transcurso del plazo de 99 años, por lo que no tiene derecho vigente alguno sobre esas fincas. Por lo que el objeto del recurso queda circunscrito a analizar, por un lado, cuál es la naturaleza del derecho que figura inscrito en el Registro, el de ocupación o el de pleno dominio, por otro, si es correcta la denegación de la inscripción de la transmisión de un derecho que figura inscrito y sin cancelar, y si concurre o no una causa legal suficiente para que el registrador considere extinguido ese derecho.

Respecto a la naturaleza del derecho inscrito, frente a la opinión del recurrente, es un hecho acreditado por el historial registral de las fincas, que el derecho inscrito es un «derecho de ocupación». Por tanto, del propio historial registral resulta que lo inscrito a nombre de la causante no es estrictamente el pleno dominio de la cuota indivisa de finca sino la participación indivisa sobre la titularidad de un derecho de ocupación con las condiciones propias de su concesión y que constan en el historial de las fincas de procedencia.

Este Centro Directivo ha admitido que cuando la concesión administrativa que aparece inscrita en el Registro ha quedado extinguida por directa disposición de la Ley, es suficiente para su cancelación la solicitud realizada por los titulares registrales del dominio de la finca a través de la instancia con firma legitimada notarialmente, pues si es regla general que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria. (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). Mas en el presente caso, es claro que la extinción del derecho de ocupación inscrito, sea considerado o no una concesión administrativa, no resulta directamente del asiento.

Mediante Real Orden de la Dirección General de Agricultura de 16 de abril de 1920, se autorizó a la Sociedad Anónima Ferrocarril Eléctrico del Guadarrama con destino a la construcción de sanatorios en altura, la ocupación de diversas parcelas en los montes del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Madrid. Consta asimismo que la citada Real Orden de 16 de abril de 1920 fue aclarada por la de 16 de julio de 1921, en la que se añaden otras determinaciones. La disposición que sirve de base al derecho de ocupación de la sociedad y sus posteriores cesionarios es, por tanto, el Real Decreto de 10 de octubre de 1902.

A tenor de esta regulación puede sostenerse que en el momento en que se dicta la Real Orden que autoriza la ocupación de los terrenos, los montes catalogados de utilidad pública tenían la condición legal de bienes patrimoniales del municipio, si bien sometidos a un régimen tuitivo por parte de la Administración Forestal. Así, no podían ser objeto de enajenación total ni parcial, pero sí cabía, por razón también de utilidad pública, autorizarse la ocupación de parte de su superficie y el establecimiento en ellos de servidumbres legales o especiales, por razón de obras o servicios públicos, por consecuencia de concesiones de aprove-

chamientos de aguas, minas o de cualquiera otra clase, otorgadas por la Administración o a instancia de particulares. Es evidente que ninguna de las especialidades de régimen jurídico que acabamos de exponer imposibilitaban (aunque, muy sensatamente, dificultaran) la adquisición por los particulares de enclavados de propiedad privada dentro de los perímetros de los montes públicos catalogados».

Esta Dirección General, en línea con la Sentencia antes citada, considera que la equiparación absoluta con la concesión administrativa es al menos discutible. La concesión administrativa es un acto bilateral por el que la Administración Pública confiere a determinada persona física o jurídica, temporalmente, el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público. En relación con los bienes la doctrina administrativa más reciente admite la posibilidad de afectar a concesiones administrativas bienes demaniales públicos, sino también bienes privados del propio concesionario.

En el presente expediente se ha justificado que los montes catalogados tenían la naturaleza de patrimoniales cuando se concedió la autorización de ocupación. Asimismo, las órdenes de concesión se basaron en el Real Decreto de 10 de octubre de 1902 que, partiendo de su naturaleza patrimonial, sometía a los montes catalogados a un régimen tuitivo particular pues no podían ser objeto de enajenación total ni parcial, pero sí cabía, por razón también de utilidad pública, autorizarse la ocupación de parte de su superficie, por razón de obras o servicios públicos, por consecuencia de concesiones de aprovechamientos de aguas, minas o de cualquiera otra clase, otorgadas por la Administración o a instancia de particulares. Ese derecho de ocupación, a diferencia de la concesión del ferrocarril, era un derecho otorgado por el propietario del monte, pero autorizado por la Administración Forestal y por su carácter accesorio o consideración funcional, ligado a la existencia de aquella concesión.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, puede afirmarse que el derecho de ocupación inscrito presenta las notas características de un derecho real supeditado al interés público y fundado en un título de naturaleza administrativa que determina su validez y que, tras la naturaleza demanial sobrevenida del monte obliga a revisar su compatibilidad con los intereses forestales, pudiendo la Administración forestal apreciar la caducidad del título administrativo habilitante y consecuente extinción del derecho, y en su caso ejercer la potestad de recuperación posesoria prevista en el artículo 20 de la ley. Tratándose en el presente caso particular de un «derecho de ocupación» derivado de un título de naturaleza administrativa, considera este Centro Directivo que puede invocarse la misma doctrina que se ha mantenido para otros supuestos similares en los que no existe un régimen registral específico como ocurre en la cancelación por caducidad del derecho de reversión expropiatorio. Es en ese procedimiento donde el titular registral podrá discutir con las debidas garantías la naturaleza del título administrativo habilitante, el posible plazo de duración, su caducidad u otras cuestiones que afecten a su posición jurídica.

De acuerdo con los fundamentos anteriores, no puede mantenerse la calificación recurrida en el sentido de considerar extinguido un derecho inscrito en el que no constan acreditados los presupuestos para su cancelación, debiendo, por imperativo del principio de legitimación registral, practicar el asiento en los términos

en que consta inscrito el referido derecho, que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley —cfr. artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria—. Cuestión distinta es que la calificación se base en la falta de correspondencia del derecho adjudicado en la escritura —pleno dominio— con el inscrito —derecho de ocupación—, que puede fundamentarse, además, en el carácter demanial del monte catalogado en tanto no quede acreditada la propiedad privada del enclavado de acuerdo con el artículo 18 de la Ley de Montes y la doctrina jurisprudencial expuesta, cosa que no resulta del presente expediente.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LIBERTAD ARRENDATICIA, LÍMITE DE RESPONSABILIDAD Y EFECTOS DE UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER.

Ha de considerarse cumplida la obligación impuesta por el art. 25 de la LAU si el adjudicatario manifiesta la libertad de arrendamientos. Es correcto que se deposite a favor de los titulares de cargas posteriores el exceso del precio de adjudicación respecto del límite de responsabilidad hipotecaria. Las prohibiciones de disponer no surten efectos frente a actos de ejecución forzosa.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002, 15 de marzo de 2006, 8 de febrero de 2022 y 21 de abril de 2023, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada.

Admitida la procedencia del derecho de retracto arrendaticio, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, debe dilucidarse en el presente caso si la expresión «de lo actuado durante el proceso no constan arrendatarios en las fincas hipotecadas», que figura en el decreto judicial de adjudicación calificado, y las manifestaciones vertidas por la administradora de la sociedad adjudicataria en acta notarial autorizada el día 17 de marzo de 2023 (en la que afirma «que la citada finca se encuentra actualmente libre de ocupantes e inquilinos»), son suficientes para entender cumplido el mandato impuesto por el apartado 5 del mismo artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, antes transcrito. En el presente caso no existe una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatarios, sino que, además de la referencia en la resolución judicial de que no constan arrendatarios, el adquirente ha manifestado ante notario que la finca adjudicada se encuentra libre de ocupantes e inquilinos. De este modo, quedan cubiertas las exigencias del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en los términos antes expuestos.

Es cierto que en el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar al deudor por todo lo debido al acreedor, aunque exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero siempre que no existan terceros con cargas inscritas con posterioridad, ya que en tal caso la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite. La cifra de responsabilidad hipotecaria que resulta de la inscripción de la hipoteca tiene como principal misión garantizar a los titulares de cargas posteriores que, si el precio de adjudicación es superior a esa cifra, el sobrante se destinará a la satisfacción de esos créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca. Respecto de la posibilidad de utilizar el exceso la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, esta Dirección General ha manifestado que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues la cantidad sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores.

En el caso del presente expediente, de la propia resolución judicial objeto de calificación, y especialmente del desglose de cantidades que contiene, resulta determinada la cantidad reclamada por los distintos conceptos, en total 208.923,09 euros, que, como se expresa en dicha resolución, «no excede del límite de cobertura hipotecaria». Y, aunque la finca se adjudica por 333.920,29 euros, recibiendo el ejecutante un exceso por 124.997,20 euros, esta cantidad sobrante ha quedado consignada en el Juzgado a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados. En consecuencia, este segundo defecto también ha de ser revocado.

Constituye doctrina consolidada de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (vid. Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Adra.

URBANISMO: NOTA MARGINAL DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE COMPENSACIÓN.

En el caso de que una de las fincas incluidas en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varios propietarios, cada uno puede adherirse individualmente con su cuota a la junta de compensación.

Nos encontramos ante la nota marginal regulada en el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Esta nota se refiere a la iniciación del procedimiento de actuación urbanística correspondiente, en consonancia con lo dispuesto en el actual artículo 68 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 20 de junio, por

el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y rehabilitación urbana. La citada nota publicita la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones derivadas del procedimiento.

En el sistema de compensación, la gestión y ejecución de la urbanización de un polígono o unidad de actuación se realiza por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro, con solidaridad de beneficios y cargas, constituyéndose a tal fin en junta de compensación. La decisión de adherirse o no a la Junta es una mera volición interna del propietario. Ahora bien, en los casos en que alguna de las fincas incluidas en la unidad de actuación pertenece a más de una persona, se plantea el problema de determinar la forma en que los cotitulares deben adoptar esa decisión. Lo usual es que todos ellos acuerden voluntariamente incorporarse a la Junta, pero puede ocurrir que existan voces discordantes dentro de la comunidad de bienes. En este caso debe prescindirse de la naturaleza jurídica de la adhesión a la Junta y poner el acento en la libertad de los propietarios afectados para decidir si se suman a ella o no. Dicho de otro modo, cuando alguna de las fincas incluida en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varias personas, cada una de éstas podrá decidir si se adhiere o no a la Junta con su cuota en la finca común.

En base a lo expuesto, el defecto no puede confirmarse. En la certificación administrativa que es objeto de recurso se establecen las fincas incluidas en la unidad de ejecución, en el que se ha notificado individualmente a todos los propietarios de dicha unidad, en el que solo consta el escrito de uno de ellos que opta por adherirse a la junta de compensación, requiriendo a los demás propietarios que aún no han solicitado su incorporación, lo efectúen si así lo desean, con la advertencia de que si no lo hicieran, sus terrenos serán reparcelados forzosamente o en su caso expropiados, por lo no existe obstáculo que impida la práctica de la nota marginal.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Adra.

URBANISMO: NOTA MARGINAL DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE COMPENSACIÓN.

En el caso de que una de las fincas incluidas en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varios propietarios, cada uno puede adherirse individualmente con su cuota a la junta de compensación.

Nos encontramos ante la nota marginal regulada en el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Esta nota se refiere a la iniciación del procedimiento de actuación urbanística correspondiente, en consonancia con lo dispuesto en el actual artículo 68 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y rehabilitación urbana. La citada nota publicita la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones derivadas del procedimiento.

En el sistema de compensación, la gestión y ejecución de la urbanización de un polígono o unidad de actuación se realiza por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro, con solidaridad de beneficios y cargas, constituyéndose a tal fin en junta de compensación. La decisión de adherirse o no a la Junta es una mera volición interna del propietario. Ahora bien, en los casos en que alguna de las fincas incluidas en la unidad de actuación pertenece a más de una persona, se plantea el problema de determinar la forma en que los cotitulares deben adoptar esa decisión. Lo usual es que todos ellos acuerden voluntariamente incorporarse a la Junta, pero puede ocurrir que existan voces discordantes dentro de la comunidad de bienes. En este caso debe prescindirse de la naturaleza jurídica de la adhesión a la Junta y poner el acento en la libertad de los propietarios afectados para decidir si se suman a ella o no. Dicho de otro modo, cuando alguna de las fincas incluida en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varias personas, cada una de éstas podrá decidir si se adhiere o no a la Junta con su cuota en la finca común.

En base a lo expuesto, el defecto no puede confirmarse. En la certificación administrativa que es objeto de recurso se establecen las fincas incluidas en la unidad de ejecución, en el que se ha notificado individualmente a todos los propietarios de dicha unidad, en el que solo consta el escrito de uno de ellos que opta por adherirse a la junta de compensación, requiriendo a los demás propietarios que aún no han solicitado su incorporación, lo efectúen si así lo desean, con la advertencia de que si no lo hicieran, sus terrenos serán reparcelados forzosamente o en su caso expropiados, por lo no existe obstáculo que impida la práctica de la nota marginal.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Huelma.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el caso de que existan dudas fundadas de invasión de una finca colindante procede denegar la inscripción de la base gráfica.

Como cuestión previa, debe volver a reiterarse la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 8 de junio y 6 de septiembre de 2022, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El expediente iniciado es el regulado en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, al haberse aportado una georreferenciación alternativa a la catastral, que impone al registrador la obligación de notificar a los titulares registrales y a los catastrales, para que puedan alegar lo que a su derecho convenga. No existiendo invasión de dominio público ni de finca colindante con georreferenciación inscrita, procede analizar la oposición del colindante, para determinar si el registrador puede basar en ella su juicio razonado y objetivo sobre la posible existencia de contienda laten-

te, que excede del ámbito de aplicación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por ser cuestión reservada al acuerdo de las partes o a la competencia de los tribunales, en procedimiento seguido contra el titular registral.

Respecto a la negativa a la inscripción de la rectificación descriptiva, procede reiterar la doctrina de esta Dirección General respecto a las rectificaciones superficiales, formulada en multitud de Resoluciones como la de (vid., por todas) 1 de junio de 2023, por cual solo procede registrar un exceso de cabida cuando se trate de rectificar un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca ya inmatriculada, de modo que sea indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral; es decir, que la superficie que ahora se pretende registrar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados.

El registrador en su nota de calificación considera fundada la oposición de uno de los colindantes, que aporta certificación catastral de la parcela 211 del polígono 15, en la que figura como titular catastral, cuyo terreno se incluye en la georreferenciación alternativa aportada al expediente, lo cual puede ser un indicio de que se está alterando la realidad física amparada por el folio registral. Y aunque, ciertamente, como declara la recurrente en su inciso de interposición del recurso, el opositor alegante no es titular registral de la finca, que según afirma se corresponde con esta parcela catastral, pues declara que es su tía, ello implica que existe una finca registral que se corresponde con esa parcela catastral, cuya titularidad no corresponde al promotor del expediente. Aunque la registradora no lo diga en la nota, otro indicio que conformaría estas dudas es la modificación de uno de los linderos, puesto que desaparece del lindero norte el camino, que figura en el Registro y no figura en la nueva descripción que se propone, en la que se dice que la finca está atravesada por un camino, lo que no constaba en la descripción registral. Ello unido a la enorme desproporción entre la superficie inscrita 12.522 metros cuadrados y la que ahora se pretende inscribir 21.257 metros cuadrados, determina un indicio evidente de modificación de la realidad física amparada por el folio, que supone el límite de la inscripción de un exceso de cabida.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Por tanto, constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares de sendas fincas colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199. Ello determina como consecuencia

necesaria en el presente expediente la confirmación de la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ART. 206 LH: DUDAS SOBRE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Aunque es posible que el registrador consulte a cualquier administración sobre la posible afectación del dominio público con ocasión de la inmatriculación del 206 LH, solo cabe la denegación si esa administración responde con claridad respecto a esa invasión del demanio.

Cuando la inmatriculación se solicita por una Administración Pública por la vía de la certificación administrativa conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, sólo se prevé que «será preciso que el Registrador compruebe la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble. Si advirtiera la existencia de fincas inscritas coincidentes en todo o en parte, denegará la inmatriculación solicitada, previa expedición de certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación", sin que en este artículo 206 haya previsión expresa de que el registrador pueda invocar "dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada, facilitada por las Administraciones Públicas».

En virtud de la superior protección constitucional del dominio público, y del reconocimiento de la existencia de diversas administraciones públicas titulares de bienes de dominio público con posibilidad de potenciales conflictos o invasiones entre ellas, ha de concluirse que incluso en el supuesto del artículo 206, y pese a la falta de previsión expresa, resulta aplicable la previsión, que sí es expresa en los artículos 203 y 205, relativa al supuesto de que el registrador tenga «dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas».

Ahora bien, dicho lo anterior, en el presente caso la registradora no consta que haya ha aplicado tal previsión legal, pues en su nota de calificación no expresa que aprecie tal coincidencia en la información territorial asociada facilitada. Tampoco expresa la nota de calificación recurrida que en el concreto procedimiento registral iniciado por el asiento de presentación de la certificación administrativa para la inmatriculación de fincas, haya notificado a ninguna

administración pública, (en este caso, la junta vecinal que cita) ni haya recibido contestación u oposición de la misma, y menos aún relaciona el contenido concreto de tal supuesta oposición, sino que sólo se remite, y muy genéricamente, a otra nota de calificación negativa recaída en un procedimiento registral anterior y basada en una supuesta oposición cuyo contenido ni transcribe, ni reseña suficientemente.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

INMATRICULACIÓN POR T´TIULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE INVASIÓN DE FINCAS YA INMATRICULADAS.

Procede denegar la inmatriculación por el 205 LH si, tras tramitar un procedimiento del art. 199 LH se constatan dudas fundadas de invasión de otras fincas ya inmatriculadas.

En el presente caso, la tramitación del expediente del artículo 199, para lograr la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, deriva de la Resolución de esta Dirección General de 20 de octubre de 2022, que revocó parcialmente la nota de calificación de la registradora, al entender que, si bien existían indicios de una posible doble inmatriculación, debía tramitar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para disipar tales dudas.

La registradora, al calificar, no puede limitarse a una mera aplicación mecánica y puramente formal de los preceptos legales, basados en la identificación de su número de orden dentro del texto legal, sino que puede acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, para expresar de qué forma se consideran infringidos. De igual modo, no puede limitarse a citar la fecha de una Resolución, sino que, con referencia a ella, debe expresar la doctrina que utiliza para fundamentar su nota de calificación.

La alegación del recurrente relativa a la falta de legitimación para recurrir de la junta de compensación no es ajustada a Derecho. Aunque el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se refiere a la citación de los propietarios colindantes, tratándose en este caso de fincas incluidas en la unidad de ejecución y constando la nota marginal, a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de iniciación de procedimiento, en el historial registral de cada una de ellas, la remisión de la notificación del inicio del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria a la junta de compensación está plenamente justificada.

En el presente caso, vista la nota de calificación, las alegaciones de la junta de compensación y del colindante y las de los recurrentes, ciertamente, las dudas sobre la posible doble inmatriculación de la finca no han quedado disipadas, puesto que la superficie física de la parcela cuya inmatriculación se solicita solapa con la geometría de otras fincas inscritas y que se aportaron al proyecto de compensación. Por otro lado, con la calificación emitida, se cumple con la doctrina de este Centro Directivo relativa a los requisitos para la inscripción de las representaciones gráficas.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Vielha.

APROVECHAMIENTO POR TURNOS: CANCELACIÓN LA TRASNMISIÓN DE UN TURNO.

Procede cancelar un turno inscrito por haberse declarado la nulidad de la transmisión por sentencia judicial.

En el régimen aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, cabe distinguir entre el titular registral del inmueble sobre el que se constituye este régimen, y los titulares de los derechos reales que confieren la facultad de utilizar y disfrutar, con carácter exclusivo, un alojamiento para pernoctar durante más de un período de ocupación. Este derecho de aprovechamiento se configura en la ley como un derecho real limitado, que habrá de regirse por las disposiciones establecidas por el constituyente del régimen, siempre dentro de los límites legales fijados por la Ley 4/2012. En la escritura de constitución del régimen se ha de determinar la cuota que corresponde a cada aprovechamiento con relación al alojamiento, y registralmente, se abrirá un folio al inmueble, otro folio independiente al alojamiento (aunque no se haya constituido una propiedad horizontal), y finalmente un nuevo folio para cada aprovechamiento. Sin embargo la cuota a la que alude el artículo 26.1.3.a no ha de entenderse en el sentido a que aluden los artículos 392 y siguientes del Código Civil, pues se está refiriendo a la cuota que ha de satisfacerse por la prestación de los servicios complementarios inherentes a este régimen.

Hemos de distinguir dos diferentes situaciones en las que puede encontrarse el derecho de aprovechamiento: a) en un estado de latencia estatutaria, en cuyo caso el derecho existe de manera meramente potencial, y dado que no se extingue por confusión; y no puede existir un derecho subjetivo carente de titular, sería lícito entender que estamos en presencia de un derecho con titular transitoriamente indeterminado, cuya extensión y contenido están perfectamente caracterizados y especificados en el título constitutivo. b) una vez haya sido transmitido, el derecho adquiere plena efectividad.

De los documentos que obran en el expediente, resulta que el régimen se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, por lo tanto, parece evidente que el régimen es el anterior a la Ley de 1998, sin que haya sido adaptado. Tampoco fueron objeto de adaptación ni el contrato privado de compraventa del derecho de aprovechamiento, ni su elevación a público (precisamente ese es el motivo que determina su nulidad).

Presentado en el Registro de la Propiedad, mandamiento judicial ordenando la cancelación del asiento registral en el que figura inscrito el turno correspondiente, ésta puede llevarse a cabo sin mayor inconveniente, y sin que quepa plantearse la intervención de todos los demás titulares ya que no se produce ninguna alteración de cuota en los demás aprovechamientos concurrentes sobre el mismo alojamiento. Simplemente ocurriría que el derecho, cuya transmisión ha sido declarada nula, volvería a su estado de latencia libraria, sin que

por lo hasta ahora expuesto, puedan resultar consecuencias perjudiciales para los demás.

Declarada la nulidad de la transmisión y la cancelación de la inscripción, no se plantean problemas de mecánica registral, ya que, aunque la finca quede extinguida en su folio independiente, pervive en el folio de la finca matriz. Folio de la finca matriz que consta inscrito a nombre del constituyente del régimen, esto es, el vendedor cuya venta ha sido declarada nula. Y dado que la demanda de nulidad va dirigida contra quien ostentaba la titularidad registral, el principio de tracto sucesivo se cumple de manera impoluta (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Por todo ello, la cancelación puede llevarse a efecto en los términos dispuestos por la resolución judicial.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

La reducción del quorum necesario para el acuerdo de modificación de estatutos prevista en el art. 17,12 de la LPH ha de aplicarse a los casos previstos en dicho precepto de forma estricta.

Como acertadamente afirma el registrador en su nota, este Centro Directivo ya aclaró en la Resolución de 7 de noviembre de 2022 que el apartado 12 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas («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 o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística» son los términos que emplea la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos) reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es el de hospedería o viviendas turísticas en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Reus, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: COUTAS INDIVISAS DE PLANTA DE GARAJES CON ASIGNACIÓN DE USO ESPECÍFICO DE UNA PLAZA DETERMINADA.

La inscripción de una cuota indivisa con asignación de uso de plaza de garaje requiere so completa descripción conforme al art. 53 del RD 1093/1997.

En el supuesto de este expediente, según informe emitido por el Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al que a su vez se remite el informe del registrador de la Propiedad, una vez examinados los datos contenidos en la base de datos del programa informático de gestión del Registro de la Propiedad de Reus número 1, resulta que la notificación telemática de la nota de calificación negativa fue enviada a los Servicios Notariales, para su entrega al notario correspondiente, y ahora recurrente, don Ángel María Doblado Romo, el día 13 de abril de 2023, resultando los acuses de entrega de ese envío telemático sin error alguno, y que con fecha 18 de abril de 2023 a las 15:57:49 horas se recibió en el Registro de la Propiedad el acuse fehaciente de lectura por parte del citado notario, con la validación correcta de la firma digital del mismo. Por lo tanto, si se considera como fecha de la notificación al recurrente el día 13 de abril de 2023, conforme a las anteriores reglas el plazo de interposición del recurso finalizó el día 15 de mayo de 2023 (los días 13 y 14 eran inhábiles), y si se considera como fecha de la notificación el día 18 de abril de 2023, fecha en que se recibió en el Registro acuse de recibo por parte del notario de la notificación, de lo cual queda constancia por medio de su firma electrónica reconocida, el plazo de interposición del recurso finalizó el día 18 de mayo de 2023. Dado que el escrito de recurso tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Reus número uno, también por vía telemática, el día 24 de mayo de 2023, en ambos casos ha transcurrido más de un mes desde la notificación y por tanto en principio debería declararse su extemporaneidad y proceder a su inadmisión.

El hecho de que el notario recurrente afirme que no tuvo conocimiento de la calificación negativa hasta el momento en que recibió la notificación de la misma por vía de correo ordinario con acuse de recibo el día 25 de abril de 2023, que si se considerase como la fecha de notificación al notario de la calificación, supondría que el recurso habría sido interpuesto dentro del plazo de un mes, determina que surjan dudas acerca del momento en que se ha de considerar efectuada la notificación —el hecho de que se recibiese una notificación por correo ordinario que no era necesario hacer, pues bastaba con la previa notificación por vía electrónica ex artículo 112 de la Ley 24/2001, hace que se convierta en razonable la posibilidad de que el notario autorizante no tuviese conocimiento de la calificación negativa hasta que recibió esta notificación por correo ordinario—, dudas que a su vez conducen, en aplicación del principio «in dubio pro actione», a la admisión del recurso.

El artículo 53.b) de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, aprobado por el Real Decreto 1097/1997, de 4 de julio, impone, para los supuestos de transmisión de una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determi-

nada, que se incluya en el título «la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes». La especificación de estos datos, incluida la descripción correspondiente a los elementos comunes, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 5 de diciembre de 2011, es una exigencia de claridad registral impuesta por el citado artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997 cuando se opte por esa modalidad de comunidad prevista en el mismo, que entronca con el principio de especialidad en lo referente a la descripción de las fincas, recogido entre otros en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

Por último, con relación a la solicitud en su escrito por parte del notario recurrente de acceso al informe del registrador, no resulta relevante para la resolución de este expediente si procede o no dicho acceso, pues no está previsto en la regulación que contiene la legislación hipotecaria del recurso contra la calificación negativa del registrador ante esta Dirección General el traslado de dicho informe al recurrente con anterioridad a la resolución de este.

Resolución de 28-7-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: EFECTOS.

Despachado un documento presentado antes y que es incompatible con el ahora calificado, prevalece aquel por virtud del principio de prioridad.

El principio de prioridad es aquel en virtud del cual se determina la preferencia en el orden de despacho de dos o más títulos, que están presentados y pendientes de despacho y se refieren a un mismo inmueble, siendo preferente en el despacho el que se ha presentado con anterioridad, o cuando así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados por parte del registrador. Es decir, presentado un título, no puede despacharse otro que le sea opuesto o incompatible, presentado con posterioridad.

En el supuesto de este expediente, como se ha expuesto en el anterior fundamento, al tiempo de presentarse la instancia existía vigente un asiento de presentación, extendido con anterioridad, de un título calificado negativamente que, durante la vigencia de su asiento de presentación, ha sido suficientemente subsanado y por tanto despachado con carácter previo.

La recurrente alega que, al tiempo de presentarse su instancia, la finca aún estaba inscrita a su favor, pero constando extendido un asiento previo este es preferente en el despacho en cumplimiento del principio de prioridad resultante de los artículos 17, 18, 20 y 24 de la Ley Hipotecaria, antes expuesto, conforme al cual, al adquirente según registro de derechos no pueden oponérsele títulos suscritos por el anterior titular registral presentados con posterioridad a su propio título.

El principio de titulación pública resulta consagrado en nuestra legislación hipotecaria en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento de desarrollo, de tal manera que, con carácter general, queda vedado el acceso al registro a documentos que adolezcan de tal carácter. En el presente expediente no se acompaña

copia auténtica del acta de manifestaciones, ni queda acreditada la interposición del recurso por el que se pretenda enervar la eficacia de la subasta por la que resulto adjudicada la finca a su actual titular. Ni siquiera debió ser presentada la instancia, al ser un mero documento privado (artículo 420 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 29-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 3.

DERECHO DE VUELO: MODALIZACIÓN AL AMPARO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Se admite, al amparo de la teoría del nuemrus apertus la posibilidad de usar el derecho de vuelo para organizar un futuro engalaberno.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. En el derecho de vuelo, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común.

El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo.

El derecho real de sobreedificación y subedificación constituido no coincide exactamente con el contemplado expresamente en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, pues aquél no tiene por objeto una construcción que se vaya a integrar físicamente en el edificio ya existente o por existir en el inmueble gravado (de modo que, al compartir elementos constructivos, haya de integrarse necesariamente en el régimen de propiedad horizontal de dicho edificio), sino que faculta para apoyar o extender una edificación ajena sobre parte del solar gravado, edificación que será independiente físicamente de la que se construya por el propietario de dicho solar. Por ello, no es necesario que, como exige la registradora, previamente se proceda a la segregación de la porción de la finca gravada con el derecho de vuelo y su posterior agregación a la finca a cuyo favor se constituye.

La modalización que del derecho de sobreedificación o subedificación se realiza en la escritura calificada debe ser admitida con base en el principio de autonomía de la voluntad. Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.o de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos. Las situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de «casas superpuestas», «casas a caballo», «casas

empotradas», o la más técnica de «engalabernos», pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurran los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (cfr. artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse otras soluciones distintas, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005), o la de comunidad «sui generis» sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada Sentencia de 28 de diciembre de 2001 y la Resoluciones de esta Dirección General de 20 de julio de 1998 y 15 de septiembre de 2009).

Resolución de 29-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

DOCUMENTO JUDICIAL DANÉS: NECESIDAD DE PROBAR LA LEY APLICABLE.

Se considera necesario probar la ley aplicable y el Derecho resultante de la misma y en todo caso, en cuanto no fue probado al inscribir el bien en su momento, será precisa la conformidad de la esposa a la atribución y mantenimiento tras el divorcio —que tampoco se ha acreditado— del carácter privativo del bien, sin que el documento presentado pueda ser objeto de reconocimiento incidental por vulnerar las normas de defensa y con ello el orden público español..

La decisión aportada no puede ser considerada resolución judicial a los efectos del Reglamento (UE) 1215/2012, Bruselas I Recast, en cuanto —sin necesidad de entrar en otras consideraciones— este Reglamento excluye de su ámbito el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable (artículo 1, párrafo 2). No siendo aplicable —por no ser Estado participante en la Justicia Civil— el artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

Es evidente que el titulo presentado, aun de origen judicial, incurre en las causas del artículo 46 de la Ley 29/2015, en cuanto no concurre la persona afectada por la decisión de privatividad adoptada, por lo que se conculcan las normas de procedimiento y tutela efectiva conforme a la ley española. Desde la perspectiva de la ley aplicable se ignora si ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad. Por lo tanto, deberá probarse, conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la ley aplicable resultante de la prelación establecida en el artículo 9.2 del Código Civil. En todo caso, para la ineludible determinación de la ley aplicable, la autoridad registral española ha de regirse por sus propias normas de conflicto en cuando éstas no están armonizadas por una norma europea ni convencional de la que formen parte al menos Dinamarca y España.

Por lo tanto, en el supuesto planteado, será preciso probar la ley aplicable y el Derecho resultante de la misma y en todo caso, en cuanto no fue probado al inscribir el bien en su momento, será precisa la conformidad de la esposa a la atribución y mantenimiento tras el divorcio —que tampoco se ha acreditado— del carácter privativo del bien, sin que el documento presentado pueda ser objeto de reconocimiento incidental por vulnerar las normas de defensa y con ello el orden público español.

Resolución de 30-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CANCELACIÓN DE CARGAS.

Se entiende que no cabe la cancelación de cargas posteriores sobre una finca como consecuencia de la ejecución de una hipoteca que grava otra finca respecto de la que no consta acreditado que aquella esté ligada por titularidad ob rem

Existe vinculación «ob rem» entre dos (o más) fincas, cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio (vid. Resolución de este Centro Directivo de 3 de septiembre de 1982). Esto supone que en los casos de titularidad «ob rem» se configura la titularidad dominical de una finca por referencia de la titularidad de otra, a la que está conectada. La consecuencia jurídica de ello es que los actos de transmisión y gravamen han de producirse sobre ambas fincas juntamente y no sobre una de ellas, y a favor de un mismo adquirente en tanto se mantenga dicha vinculación (Resolución de 28 de octubre de 2013).

Como bien señala el registrador en la calificación, al no constar responsabilidad hipotecaria alguna ni vinculación expresa en la inscripción de la finca 90.224, todas las cargas que con posterioridad han ido accediendo a esa finca, son preferentes a la hipoteca, y puesto que esta no consta inscrita sobre la finca 90.224, su ejecución no puede dar lugar a la cancelación de las cargas que posteriormente accedieron a ella. Es cierto que posteriormente se inscribió la registral 90.224 a favor de los recurrentes mediante el mismo título que la otra finca registral, pero el objeto de este expediente es determinar si son cancelables las cargas, no si el asiento fue procedente, que, por otra parte, está bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 30-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Toda modificación de elementos de un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley.

Las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal para las modificaciones de los títulos constitutivos se imponen, no solo respecto de la posible modificación de las cuotas, sino también en la protección de la extensión de los elementos comunes, de manera que todo lo que no esté especificado en el título constitutivo como privativo lo será común por defecto, de modo que cualquier alteración de la superficie en favor de un elemento privativo podría serlo con merma de la extensión superficial de los elementos comunes.

En conclusión y conforme a la doctrina consolidada de esta Dirección General debe confirmarse que toda modificación de elementos de un conjunto inmobiliario en régimen de propiedad horizontal requiere que se dé cumplimiento a los requisitos que para su constitución se determinan en la Ley sobre propiedad horizontal, tanto en el supuesto de configuración «ex novo» de tal régimen como en el caso de mutación de un régimen fáctico a uno formalmente constituido. En el presente supuesto, no se completa la modificación con un acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios.

En el supuesto concreto, se trata de una mera corrección de la medida superficial para que corresponda con la real, y se ha acreditado la superficie construida con certificado de técnico competente, por lo que no es precisa adaptación de la declaración obra que se hizo en su día.

Resolución de 30-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Moncada, número 1.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: LÍMITE TEMPORAL.

Se reitera la doctrina jurisprudencial de que cuando el uso se atribuye en beneficio de hijos menores de edad no hay que fijar una duración temporal.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y, por otro, una limitación de disponer. No hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En tal caso sí sería necesaria la aportación de los datos identificativos de los hijos.

Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un «dies certus», salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil Catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral.

En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

En el presente caso es determinante el hecho de que, como resulta de la misma sentencia por la que se aprueba el convenio regulador de los efectos del divorcio, existen hijos menores de edad. Por ello, la objeción expresada por el registrador al exigir que se determine la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda no puede ser mantenida.

Resolución de 30-8-2023
BOE 12-10-2023
Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

PROCEDMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NECESIDAD DE DEMANDAR AL CÓNYUGE HIPOTECANTE SEGÚN EL REGISTRO.

Es necesario dirigir la demanda frente al cónyuge que según el Registro es cotitular de la finca e hipotecante.

Respecto de las alegaciones de la recurrente sobre el alcance de la calificación registral de títulos judiciales, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la decisión judicial, pero sí analizar si del título presentado resulta que en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que

podría ser afectado por la resolución judicial, con objeto de evitar su indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española). En el presente caso, el registrador no hace sino calificar la congruencia del título judicial con el procedimiento en que se ha dictado en relación con los asientos registrales, para preservar además los derechos del cónyuge del deudor que junto a éste figura como hipotecante.

Según el historial registral, la finca consta inscrita a nombre del deudor frente a quien se interpuso la demanda de ejecución hipotecaria, de nacionalidad brasileña, «con sujeción a su régimen económico matrimonial legal, por título de compra»; y la hipoteca objeto de ejecución se constituyó por dicho deudor y su esposa. Por ello, tiene razón el registrador al aplicar el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual: «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor (...)». Esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación de la recurrente sobre la manifestación contenida en la escritura de constitución de hipoteca sobre el carácter privativo de la finca hipotecada, pues a los efectos del presente expediente resulta determinante no la referida manifestación, sino la forma en que con en base en el citado título (y el anterior de compraventa) y a su calificación se practicó la inscripción, y los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los tribunales (cfr. artículo 1 Ley Hipotecaria), por lo que no se puede discutir ahora si la hipoteca debió o no estar otorgada por ambos cónyuges.

Resolución de 4-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN.

Es necesario otorgar escritura pública para cancelar una hipoteca.

Debe decidirse en este expediente si procede la cancelación de una hipoteca mediante instancia privada de los propietarios. De acuerdo con los arts. 82.1 LH y 179 RH, no puede más que confirmarse la calificación emitida por el registrador.

Ante la alegación hecha por los recurrentes respecto de la actuación de que han sido objeto, hay que recordar que de los hechos del expediente resulta que «existe una sentencia judicial firme en la que se condena a la mercantil Inversiones Inmobiliarias Gabón Spain SK, SL, a otorgar escritura pública de compraventa a favor de los mismos previa cancelación de todas las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa», por lo que tienen su acción de incoar ejecución de sentencia a los efectos de obtener la cancelación de la carga referida.

Resolución de 4-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de San Fernando, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede denegarse la inscripción de una base gráfica alternativa por el mero hecho de que un colindante se haya opuesto, si no se justifican suficientemente los motivos de duda.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, el registrador no funda sus dudas en la posible controversia latente respecto de la fracción de terreno, sino que se limita a expresar la existencia de oposición, sin analizarla ni valorarla. Por ello, no hay evidencia jurídica de la existencia de un conflicto latente sobre la titularidad del patio, limitándose el colindante opositor notificado que el patio pertenecía a la promotora, lo que no acredita. Y como declaró la Resolución de 5 de julio de 2022, no puede admitirse la objeción de la registradora de que existe un proceso judicial entre el promotor del expediente y quien presenta oposición, si no se aporta documento alguno que respalde tal afirmación.

Y como declaró la Resolución de 15 de junio de 2023, el hecho de que la georreferenciación alternativa aportada por el promotor invada geometrías catastrales no es motivo suficiente para rechazarla, pues precisamente por ser alternativa se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. Pero, ello no obsta para que las alegaciones del colindante catastral puedan ser tenidas en cuenta por el registrador para fundar su oposición a la inscripción, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Resolución de 5-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Monóvar.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PATRIA POTESTAD PRORROGADA CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A 2021.

Debe nombrarse un defensor judicial en caso de que la madre titular de patria potestad prorrogada tenga un conflicto de intereses con su hijo representado.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021).

El primer defecto señala que no se aporta la sentencia firme por la que se modifica judicialmente la capacidad, prorrogando la patria potestad, necesaria para acreditar dicha circunstancia. Dicha sentencia determina la extensión y límites de la incapacitación; por tanto, ha de ser tenida en cuenta para la calificación de la partición efectuada. Así resulta de la Resolución de esta Dirección General de 26 de octubre de 2021, entre otras. En consecuencia, este defecto debe ser confirmado.

La inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil es necesaria no sólo como prueba plena de dicha incapacitación y nombramiento de tutor, sino también a los efectos de ser oponible a terceros como dispone el artículo 218 del Código Civil y el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El tercer defecto señala que no consta que se haya nombrado defensor judicial que salve el conflicto de intereses existente entre la madre y el hijo cuya patria potestad está prorrogada, dado que se realiza la adjudicación de la herencia de forma distinta a la ordenada por el causante, realizando lotes que se adjudican a cada heredero y realizando una división del caudal ganancial adjudicando bienes de manera desigual, siendo los intereses entre ambos en este caso contrapuestos y no paralelos.

Esta Dirección General de Registros ha interpretado, en las Resoluciones que, entre otras, se citan en el apartado «Vistos», las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, determinantes de que estos últimos no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial. Para ello, ha atendido a diversos elementos de carácter objetivo que, en general, apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

Así, se crea una situación de elección y de decisión que debe ser tomada por parte de la persona con discapacidad, y, por tanto, hay un evidente conflicto de intereses, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda no lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sino creando una nueva situación que debe poner en posición a la persona con discapacidad que representa de decidir sobre los bienes que se le adjudican. Por ello, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí misma la representante del incapaz.

Resolución de 5-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 4.

BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO: CANCELACIÓN DE SUS AFECCIONES.

Debe contarse con el consentimiento expreso de la administración para la cancelación de las afecciones a que está sujeto el patrimonio público del suelo.

Nuestro sistema registral admite excepcionalmente la cancelación de derechos inscritos contra o sin el consentimiento del titular registral, como ocurre en los casos en que en el propio título constitutivo pactada expresamente se contemplara determinada causa de la cancelación o por transcurso del plazo de caducidad legal —cfr. Resolución de 6 de julio de 2022—. Pero como ha señalado reiteradamente esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 21 de julio y 3 y 4 de diciembre de 1986, 2 de septiembre de 1992 y 30 de mayo de 1996), la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como la de la documentación auténtica del hecho o acto inscribible para su acceso al Registro (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) conduce a la necesaria cancelación de un

asiento sólo cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (artículos 2.1.o y 79.2.o de la Ley Hipotecaria y 173 de su Reglamento).

En el ámbito de la legislación hipotecaria la regla general, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, es la de que no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, y además rige el principio general de titulación auténtica, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, criterio y principio, ambos, incompatibles con la admisión del silencio administrativo acreditado mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, como título material y formal inscribible. Estos criterios son aplicables no sólo en el ámbito de los asientos de inscripción, sino también, incluso con mayor fundamento (cfr. artículo 1, párrafo tercerio, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), respecto de las cancelaciones.

La prestación del consentimiento cancelatorio por parte de la Administración titular del correspondiente asiento registral, siendo un acto de la Administración por ser ésta el sujeto activo del mismo, no integra sin embargo y en rigor ningún acto administrativo, pues la cancelación registral es un acto que en cuanto a sus requisitos (excepto en lo relativo a los actos jurídicos separables que se dicten en relación con su preparación) y sus efectos no está sujeto al Derecho administrativo, sino al Derecho hipotecario o registral, y cuya revisión judicial no corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los del orden civil.

Es claro que cabe que los bienes integrantes del patrimonio público de suelo sean enajenados a personas físicas o jurídicas privadas cesando en su titularidad pública, pero ello no supone que desaparezca automáticamente la afección de destino y sus obligaciones asociadas a que están sujetos estos bienes. También es evidente que el hecho de que el planeamiento no reserve un determinado suelo residencial a vivienda protegida no supone que el propietario se exonere de la obligación de destinarlo a ese régimen cuando la misma venga impuesta por las condiciones asumidas en la enajenación.

De la documentación aportada no resulta acreditada la desafección de las fincas a su condición de destino para lo que no es suficiente, como se ha expuesto, la cédula de calificación urbanística, ni la certificación de la sociedad mercantil municipal sobre el destino de los ingresos, lo que no es sino una de las obligaciones asociadas a estos bienes y que debe cumplir el gestor del patrimonio.

Resolución de 5-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO.

En la partición hecha por contador partidor hay que considerar que tiene carácter unilateral y no precisa de intervención de los herederos, siempre que el contador no exceda los límites de lo particional. En este caso, si interviene una de las herederas por sí y como tutora de otro heredero, se dará una situación de conflicto de intereses.

Es doctrina jurisprudencial pacífica que las competencias del contador-partidor se ciñen a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso

para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo, realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieren fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios, aunque sí del cónyuge viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal. También es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales.

Reiteradamente ha señalado este Centro Directivo —cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018, entre otras— que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones. En el aspecto registral, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras citadas en los «Vistos»), en interpretación del artículo 1057 del Código Civil, que las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas. En el presente caso, en principio, si la contadora-partidora se ha limitado a realizar funciones estrictamente particionales y no ha desempeñado actos dispositivos o que se aparten de lo dispuesto en el testamento, no precisa el concurso de herederos, legatarios o legitimarios.

Ciertamente, la contadora-partidora cumple con la voluntad del causante en cuanto a poner a disposición del fondo instituido determinadas cantidades, si bien, el hecho de obligar a los herederos con cargas que deben sufragarse con disposición y venta de bienes de la herencia o con caudales propios de ellos, así como de contraer obligaciones de pago en metálico, hace que sea necesaria la intervención de los mismos o de sus representantes legales. En el presente supuesto, la opción de cargar al heredero con una obligación consistente en el pago de ciertas cantidades en metálico supone una toma de decisión, que en el caso de la persona discapacitada precisa del consentimiento de quienes han de cubrir las medidas de apoyo. Siendo que la tutora es además interesada como heredera en la sucesión, existe un conflicto de intereses que exige la intervención de un defensor judicial. Por tanto, este defecto señalado debe ser confirmado.

Resolución de 5-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Albacete, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVAMENTE DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Se confirma la doctrina sobre la caducidad de la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta la STS de 4 de mayo de 2021.

Conforme al art. 86 LH, caducada la anotación, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de los asientos posteriores, debiendo el registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución

judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos.

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reciente Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en esta materia, modificando en parte el criterio de las anteriores sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. En conclusión, el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este centro directivo— ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

Por lo que debemos mantener la doctrina tradicional a que se refieren los anteriores fundamentos de Derecho, si bien entendiendo que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal de expedición de certificación constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, de la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, además de constar la preceptiva nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, se había extendido, por haberse ordenado con posterioridad y expresamente, la prórroga de la anotación. Por lo tanto, el computo de caducidad debe contarse desde esta última, pero, cuando se presenta en el Registro de la Propiedad el decreto de adjudicación, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo y la caducidad de su prórroga contada tanto desde la fecha de expedición de la certificación de dominio y cargas, con arreglo al criterio que sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2021, como desde la fecha de la anotación preventiva de prórroga, uniendo a ello además la ampliación de plazo producida por la situación derivada de la Covid-19, por lo que procede su cancelación al estar caducada la anotación ordenada en los autos que dan lugar al decreto de adjudicación.

Resolución de 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 3.

BIENES GANANCIALES: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD EN UNA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Se admite la posibilidad de utilizar el pacto de atribución de ganancialidad en un caso de disolución de condominio en el que el condueño era titular con carácter privativo.

La extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. Como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás.

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. En general, los preceptos que rigen la sociedad conyugal legal, más que apoyar la consideración de que el pleno dominio de la finca adquirido por uno de los cónyuges en virtud de la extinción del condominio ha de tener carácter ganancial (mediante la aplicación del principio de subrogación real, presuponiendo el carácter ganancial del dinero con que el cónyuge adjudicatario ha de pagar su parte a los demás condueños — artículos 404, 406 y 1062 del Código Civil— con base en la presunción de que dicho numerario es de tal carácter —artículo 1361 del Código Civil—), ponen de relieve que lo más congruente es entender que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria del condueño adjudicatario, de decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa.

En la Resolución de 17 de septiembre de 2012 se sostiene la aplicación analógica de la regla cuarta del artículo 1346 del Código Civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que «cabría extender, por concurrir la misma "ratio iuris", a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: vid. Resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (cfr. artículo 1523 del Código Civil), y que coordina con la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el concurso de las otras propiedades totales de los demás)».

Ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges casados en régimen de gananciales permite que, para la determinación del carácter ganancial o privativo de un bien o derecho determinado, los cónyuges puedan, bien en el momento de la adquisición, bien con posterioridad, alterar el carácter que resultaría de aplicar las reglas establecidas en el Código Civil antes referidas. Según la referida doctrina de este Centro Directivo, 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. Como alega el recurrente y ha recordado este Centro Directivo (véanse Resoluciones de 11 de mayo de 2016 y 3 de noviembre de 2021) no hay que confundir el pacto de atribución de ganancialidad recogido en el artículo 1355 del Código Civil con el negocio de aportación de bienes del patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio común ganancial. Como han puesto de relieve tanto el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de diciembre de 2015) como esta Dirección General (Resoluciones de 29 y 31 de marzo de 2010), se trata de figuras claramente distintas.

El recurrente sostiene que en el presente caso se trata de un pacto de atribución de ganancialidad conforme al artículo 1355 del Código Civil y no de un negocio de aportación de bienes privativos al patrimonio ganancial. Este criterio debe ser confirmado, pues, aun cuando no se cite expresamente dicho precepto legal, si se tiene en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil), debe entenderse que los cónyuges, por pacto, están determinando que la totalidad de las fincas adjudicadas mediante la extinción de la comunidad tengan carácter ganancial.

Resolución 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Tías.

SOCIEDADES MERCANTILES: CONTROL DEL REGISTRADOR SOBRE LAS OPERACIONES SOBRE AACTIVOS ESENCIALES.

Solo en caso de que la condición de activo esencial sea notoria o apreciable de forma directa en el momento de la calificación, cabrá la calificación registral del cumplimiento del art. 160,f) del TRLSC.

Como cuestión previa, debe afirmarse que no puede tenerse en cuenta el acta de la junta general de la sociedad compradora en la que consta la aprobación del acuerdo relativo a la compraventa de la finca descrita, al haber sido aportada con posterioridad a la presentación de la escritura de compraventa para su calificación.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquélla para la mejora del gobierno corporativo. El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado —«activos esenciales»— comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en con-

sideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez —a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado—, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

Resolución de 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Segovia, número 3.

FINCA REGISTRAL: APLICACIÓN DEL ART. 18 TRLC EN LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Si no consta en el título declaración alguna respecto a la coincidencia de la finca con la descripción catastral, y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada la inscripción de la georreferenciación.

El título debe contener una serie de declaraciones sobre la descripción de la finca, como la referencia catastral, acreditada a través de la certificación catastral

descriptiva y gráfica, obtenida principalmente por medios telemáticos, que se incorpora al título, conforme al artículo 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que acredita, entre otras circunstancias la representación gráfica de la parcela, a través del archivo GML contenido en el anexo. Respecto de ella, el otorgante debe hacer una serie de declaraciones a pregunta del notario sobre su coincidencia o no con la realidad física del inmueble, conforme al artículo 18.2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. Si coincide, se describirá el inmueble en términos coincidentes con los de la certificación catastral, lo que implica una rogación tácita de rectificación de la descripción y de incorporación de la representación gráfica georreferenciada, como ha declarado la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, siempre que la calificación del registrador sea positiva.

Indudablemente, la Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares. En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación, que no puede decidir cómo ha de practicarse la inscripción en aspectos tan trascendentales como el objeto del derecho real, cuya descripción debe ser precisa, dado que el Registro de la Propiedad es una institución que controla la legalidad del tráfico jurídico y se presume exacto.

En el supuesto de este expediente, no constando en el titulo otra descripción que la registral ni manifestación alguna del interesado respecto a la correspondencia con la descripción obrante en la certificación catastral y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada tácitamente la georreferenciación, por lo tanto deberá mantenerse la descripción que figura en el Registro, sin perjuicio de que, previa calificación del registrador, pueda incorporarse la referencia catastral o denegarse motivadamente la incorporación de la misma, con expresión en todo caso del procedimiento que, en su caso, pueda seguirse para subsanar dichas discrepancias.

Resolución de 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Segovia, número 3.

FINCA REGISTRAL: APLICACIÓN DEL ART. 18 TRLC EN LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Si no consta en el título declaración alguna respecto a la coincidencia de la finca con la descripción catastral, y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada la inscripción de la georreferenciación.

El título debe contener una serie de declaraciones sobre la descripción de la finca, como la referencia catastral, acreditada a través de la certificación catastral descriptiva y gráfica, obtenida principalmente por medios telemáticos, que se incorpora al título, conforme al artículo 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que acredita, entre otras circunstancias la representación gráfica de la parcela, a través del archivo GML contenido en el anexo. Respecto de ella, el otorgante debe hacer una serie de declaraciones a pregunta del notario sobre su coincidencia o no con la realidad física del inmueble, conforme al artículo 18.2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. Si coincide, se describirá el inmueble en términos coincidentes con los de la certificación catastral, lo que implica una rogación tácita de rectificación de la descripción y de incorporación de la representación gráfica georreferenciada, como ha declarado la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, siempre que la calificación del registrador sea positiva.

Indudablemente, la Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares. En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación, que no puede decidir cómo ha de practicarse la inscripción en aspectos tan trascendentales como el objeto del derecho real, cuya descripción debe ser precisa, dado que el Registro de la Propiedad es una institución que controla la legalidad del tráfico jurídico y se presume exacto.

En el supuesto de este expediente, no constando en el titulo otra descripción que la registral ni manifestación alguna del interesado respecto a la correspondencia con la descripción obrante en la certificación catastral y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada tácitamente la georreferenciación, por lo tanto deberá mantenerse la descripción que figura en el Registro, sin perjuicio de que, previa calificación del registrador, pueda incorporarse la referencia catastral o denegarse motivadamente la incorporación de la misma, con expresión en todo caso del procedimiento que, en su caso, pueda seguirse para subsanar dichas discrepancias.

Resolución de 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Segovia, número 3.

FINCA REGISTRAL: APLICACIÓN DEL ART. 18 TRLC EN LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Si no consta en el título declaración alguna respecto a la coincidencia de la finca con la descripción catastral, y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada la inscripción de la georreferenciación.

El título debe contener una serie de declaraciones sobre la descripción de la finca, como la referencia catastral, acreditada a través de la certificación catastral descriptiva y gráfica, obtenida principalmente por medios telemáticos, que se incorpora al título, conforme al artículo 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que acredita, entre otras circunstancias la representación gráfica de la parcela, a través del archivo GML contenido en el anexo. Respecto de ella, el otorgante debe hacer una serie de declaraciones a pregunta del notario sobre su coincidencia o no con la realidad física del inmueble, conforme al artículo 18.2 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario. Si coincide, se describirá el inmueble en términos coincidentes con los de la certificación catastral, lo que implica una rogación tácita de rectificación de la descripción y de incorporación de la representación gráfica georreferenciada, como ha declarado la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, siempre que la calificación del registrador sea positiva.

Indudablemente, la Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares. En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación, que no puede decidir cómo ha de practicarse la inscripción en aspectos tan trascendentales como el objeto del derecho real, cuya descripción debe ser precisa, dado que el Registro de la Propiedad es una institución que controla la legalidad del tráfico jurídico y se presume exacto.

En el supuesto de este expediente, no constando en el titulo otra descripción que la registral ni manifestación alguna del interesado respecto a la correspondencia con la descripción obrante en la certificación catastral y existiendo discrepancias entre ambas, no cabe entender solicitada tácitamente la georreferenciación, por lo tanto deberá mantenerse la descripción que figura en el Registro, sin per-

juicio de que, previa calificación del registrador, pueda incorporarse la referencia catastral o denegarse motivadamente la incorporación de la misma, con expresión en todo caso del procedimiento que, en su caso, pueda seguirse para subsanar dichas discrepancias.

Resolución de 6-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Algete.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: TRANSMISIÓN DE CUOTA INDIVISA QUE COINCIDE CON UNA PARCELA CASTATRAL.

Procede la aplicación de los arts. 79 y 80 del RD 1093/1997 en caso de transmitir una cuota del 20 por ciento de una finca que, aun cuando estaba ya inscrita cono tal cuota, ahora se manifiesta que coincide como tal con una determinada parcela catastral.

Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. Resoluciones de 2 de enero de 2013 y 24 de abril de 2019), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; sólo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así, su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. En este caso, habrá que estar a los artículos 143 y 144 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid a que se refiere el registrador en su nota.

En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa de una finca ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes (relativas a la descripción, dimensiones,

localización o número de fincas resultantes, o cualesquiera otras que resulten pertinentes para tal valoración), y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable (vid. Resoluciones de 13 de marzo y 24 de abril de 2019). Este indicio revelador de «posible» parcelación urbanística sería suficiente para justificar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 en orden a que la Administración competente pueda pronunciarse. Además, existiendo eventual infracción de la unidad mínima de cultivo de la posible parcelación debe iniciarse el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La escritura de compraventa de la referida participación indivisa del 20%, recoge en su parte expositiva la descripción de la finca tal y como consta en el Registro. No obstante, dispone la primera de las estipulaciones que «don M. L. G. y doña M. C. G. P. venden y transmiten el pleno dominio de la participación de la finca descrita (que en el catastro es la parcela catastral identificada en la certificación catastral unida) (…) a doña A. A. L.». Se acompaña a la escritura la certificación catastral acreditativa de la referencia catastral 350050500VK59E0001LZ que tiene asignada la participación indivisa transmitida, como específicamente señala el notario. Es por ello que existen indicios de que lo que se está transmitiendo no es sólo la cuota indivisa de una finca rústica, que como tal participación ya constaba reflejada en el Registro desde 1980 como indica el recurrente, sino que en este caso se delimita aún más lo que es el objeto del contrato al especificarse que esa participación indivisa se corresponde con la parcela catastral a que se refiere la certificación que se acompaña.

Resolución de 7-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO: PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.

Para que un documento autorizado por notario extranjero pueda ser inscrito en e un Registro español, es necesario que cumpla con el principio de equivalencia.

Como bien señala el registrador, del artículo 36 del Reglamento Hipotecario y de la reiterada doctrina de este Centro Directivo resulta que el documento extranjero solo es equivalente al documento español cuando concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español, y que son: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública; que el autorizante dé fe, es decir, garantice, la identificación del otorgante y la capacidad de éste para el acto o negocio que se formaliza; y que se acredite su equivalencia al documento público español previsto para el mismo fin, teniendo en cuenta que este juicio de equivalencia ha de hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable, pues es a éste al que corresponde determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante, lo que a su vez impone que tal equivalencia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto de que el registrador no lo considere preciso, por conocer la ley extranjera.

Esa equivalencia ha de suponer que el documento refleja adecuadamente los juicios de identificación, capacidad y, en su caso, suficiencia de la representación de los otorgantes. No es exigible sin embargo que tales juicios se realicen en idéntica forma a la exigida para el documento español, siendo suficiente una certificación o declaración notarial o la observancia de cualquier otra forma que según la ley extranjera aplicable sea equivalente.

En el presente caso, la escritura calificada no contiene juicio explícito sobre la capacidad de los otorgantes ni la acreditación, según el citado artículo 36 del Reglamento Hipotecario, del cumplimiento de los requisitos que permitan concluir que existe esa equivalencia funcional.

Resolución de 7-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Callosa d´en Sarrià.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: PLAZO DE LA ACCIÓN DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

El plazo de duración de la acción administrativa para el restablecimiento de la legalidad será el que se hallará vigente al tiempo de la terminación de la obra, aunque la escritura se otorgue y se presente a inscripción en un momento posterior.

Partiendo de la distinción entre normas procedimentales y materiales, la norma registral aplicable siempre será la vigente al tiempo de la presentación en el Registro de la Propiedad, mientras que los requisitos sustantivos (libro edificio, eficiencia energética, norma urbanística) a que se refiere dicha norma registral, serán aplicables o no, en función del régimen transitorio de cada norma material.

De lo anterior se desprende con claridad que en este supuesto los requisitos para la inscripción de la obra nueva antigua en cuestión son los determinados por el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, pues es la norma vigente tanto en el momento de autorizar la escritura como en el de su presentación en el Registro a efectos de su inscripción. Uno de los requisitos que exige el mencionado artículo 28.4 es que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen la demolición de la obra nueva a inscribir, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. Es en este punto donde surge la discrepancia entre la notaría recurrente y la registradora. La regulación sustantiva de este plazo de prescripción de las acciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística corresponde a las Comunidades Autónomas, en este caso a la Valenciana.

La Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, introdujo un nuevo apartado sexto en el artículo 236 de la Ley 5/2014 —después recogido como apartado sexto del artículo 255 del texto refundido de 2021, con idéntico contenido—, que señala que «el plazo de caducidad de la acción de restauración de la

legalidad urbanística de la Administración que se aplicará será el que establece la ley urbanística en vigor, a fecha de finalización de la actuación urbanística». Si en este supuesto las obras de construcción de la vivienda cuya obra nueva ha sido ahora declarada en escritura pública y cuya inscripción registral se solicita finalizaron en noviembre de 2012, parece claro en consecuencia que la norma a aplicar para determinar el plazo de caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística de la Administración es el determinado por la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, vigente en dicho momento, que establece, para las obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones, un plazo de prescripción de cuatro años desde la total terminación de las obras para la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística por la Administración. Por lo tanto, habría ya transcurrido dicho plazo en el momento de solicitarse la inscripción y sería posible practicar ésta, si concurren los demás los requisitos exigidos por el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Resolución de 7-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En caso de dudas sobre la posible invasión de una finca ya inmatriculada el registrador ha de expresarlas con suficiente claridad en la nota de calificación.

La registradora ha acudido al contraste entre la representación gráfica catastral, esto es, la delimitación gráfica del inmueble que consta en la cartografía catastral, con la representación gráfica oficial del territorio, esto es, la ortofotografía oficial disponible en la propia sede oficial del Catastro. Tal posibilidad la refrenda la Resolución de 22 de noviembre de 2022 cuando prevé que el registrador pueda motivar su denegación en indicios de invasión resultantes de contrastes visuales por superposición entre la georreferenciación catastral cuya inmatriculación se pretende y la apariencia mostrada en la ortofotografía oficial disponible en la aplicación gráfica registral homologada. En el presente caso, de dicho contraste visual la registradora aprecia que «la parcela catastral con la que se corresponde la finca que se pretende inmatricular abarca parte de las construcciones de la parcela catastral colindante, y por otro lado, se observa otra zona en la que parece que parte de la parcela cuya inmatriculación se pretende queda en la delimitación de la parcela catastral colindante». Sin embargo, de la imagen que incorpora a su nota de calificación no resultan con claridad tales extremos.

Por tanto, ha de concluirse que cuando la certificación catastral está desplazada, de modo que su georreferenciación presenta la "inconsistencia" de que sus coordenadas son erróneas por estar desplazadas, resulta admisible que se pueda inmatricular la finca aportando una georreferenciación alternativa que corrija esa inconsistencia catastral y contenga la georreferenciación correcta de los vértices de ese mismo recinto geométrico catastral.

Resolución de 7-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Calafell.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DISTINCIÓN CON LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

Tras hacer un repaso de las diferencias entre propiedad horizontal y conjunto inmobiliario, se concluye que en aquella es posible la desafectación y segregación de un elemento común, siempre que se haga por unanimidad. La existencia de hipoteca no impide la operación, aunque se arrastra la carga.

En primer lugar, en cuanto el alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad.

La realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc. Precisamente esta riqueza de situaciones ha provocado que la regulación legal sea conscientemente flexible y reconozca la existencia de muy diversos tipos de complejos inmobiliarios privados. Se ha puesto de relieve, también, que en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios.

El artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal caracteriza a los complejos inmobiliarios por «estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales» y «por participar los titulares de estos inmuebles o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios». Más recientemente, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se fijan igualmente

los parámetros a qué atenerse para determinar cuándo una edificación ha de ser considerada como un conjunto inmobiliario privado, no exigiendo ya el destino a vivienda o local a que alude el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal. De este modo, no cabe duda y así se reconoce por la doctrina y ha admitido este Centro Directivo, que es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral, debate que en la actualidad carece de sentido al estar admitida expresamente tal posibilidad por el artículo 26.4, segundo párrafo, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: «El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias», lo que conduce a establecer el hecho diferencial que lo distinga de la propiedad horizontal tumbada, lo cual suele hacerse considerando que, en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos.

En la actualidad el artículo 26.6 del mismo texto legal exige en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas. Otra consecuencia inmediata es que la edificación que se lleve a cabo sobre los espacios o fincas de propiedad completamente separada accederá al dominio de conformidad con las reglas generales de nuestro Código Civil (artículo 353), a diferencia de lo que ocurre en el régimen de propiedad horizontal en el que la especialidad de su regulación excepciona la aplicación del principio de accesión (artículo 396 del mismo código).

Nada hay en el folio que permita sostener que el régimen jurídico de la finca es otro distinto al de la propiedad horizontal lo que determina la caracterización como elementos comunes de todos aquellos a los que no se les ha atribuido el carácter de privativos y, entre ellos, el suelo y el vuelo de la total finca. De las consideraciones que se han llevado a cabo con anterioridad resulta que la configuración del terreno como elemento común no impide en absoluto la fragmentación de parte de terreno y la atribución a la misma del carácter de elemento independiente del régimen de propiedad horizontal e incluso la desafectación del mismo pues a tal esquema obedece la regulación legal.

En el presente caso, tratándose de propiedad horizontal, en la que son comunes elementos como el suelo, vuelo, estructura o cubierta de las viviendas pareadas, se pretende un incremento de la superficie privativa a costa de los elementos comunes de la división horizontal previa desafectación y posterior segregación. En consecuencia (reiterando el criterio de la Resolución de 23 de marzo de 2018), se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo En base a lo expuesto, el defecto no puede confirmarse. Una modificación semejante del régimen jurídico preexistente es perfectamente posible, siempre y cuando exista unanimidad, lo que ocurre en el presente caso.

Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 12 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2017) la licencia municipal, o la declaración de innecesaridad de la misma, cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. Siendo la segregación una modificación de la finca, rigurosamente registral, deberá acomodarse la inscripción a la preceptiva licencia sin que pueda ni el registrador ni el notario modificar los

términos de su obtención. En ningún caso pueden admitirse discrepancias que impliquen una reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia. No obstante, en el presente expediente el registrador plantea alguna discrepancia, las cuales no conllevan una falta correspondencia entre el documento administrativo aportado y la operación documentada.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

El último defecto señalado en la nota hace referencia a la circunstancia de que al estar determinado elemento independientes gravado con hipoteca a favor de terceros no pueden, sin el consentimiento de estos, practicarse las inscripciones solicitadas. Debe partirse del artículo 122 de la Ley Hipotecaria que dispone que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (…)». La división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria).

Para el presente supuesto de segregación, desafectación y extinción del régimen de propiedad horizontal, procede reiterar la doctrina expresada en la Resolución de 26 de febrero de 2015. Se afirmó en la misma que «esta Dirección General ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal (Sentencias de 31 de diciembre de 1985; 28 de febrero de 1991; 7 de abril de 2004, y 28 de enero de 2011), en el sentido de que puesto que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario, cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron

en el embargo de la cuota, sin perjuicio de las acciones rescisorias que puedan ejercitarse en estos casos».

Resolución de 7-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Cuenca.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZOS.

El plazo para emitir informe en el recurso gubernativo no se ve afectado por el hecho de que el registrador se halle de ausencia legal.

Lo primero que debe advertirse es que no tiene razón el registrador cuando afirma que el plazo para la emisión del informe, en un recurso, cuando el registrador calificante está de licencia por ausencia, es el de su reincorporación. Los plazos legales de tramitación de los recursos no están al albur de la situación personal del registrador, en caso de ausencia o concurso, sino que deben observarse sin dilación, si bien corresponde en su caso el impulso de la tramitación y el cumplimiento de las formalidades legales al registrador accidental o interino.

Cabe practicar la inscripción a nombre de la recurrente y reanudar el tracto a su favor, sobre la finca 16 (hoy 16/bis), sin que se requiera para ello la previa agrupación formal con aquélla, como tampoco sería necesaria para poder georreferenciar la totalidad de la finca 1.304, como comprensiva de la 16 (hoy 16/bis) —dejando esta sin contenido registral— a través de los expedientes de los artículos 199 o 209 de la Ley Hipotecaria si se quisiera optar por ellos.

Resolución de 8-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVAMENTE DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Se confirma la doctrina sobre la caducidad de la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta la STS de 4 de mayo de 2021.

Conforme al art. 86 LH, caducada la anotación, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de los asientos posteriores, debiendo el registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos.

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reciente Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en esta materia, modificando en parte el criterio de las

anteriores sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. En conclusión, el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este centro directivo— ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

Por lo que debemos mantener la doctrina tradicional a que se refieren los anteriores fundamentos de Derecho, si bien entendiendo que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal de expedición de certificación constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, de la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente Resolución, cuando se presenta en el Registro de la Propiedad la certificación del acta de adjudicación, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo por lo que no procede la cancelación de asientos posteriores, al estar caducada la anotación ordenada en el procedimiento administrativo que da lugar al mandamiento cancelatorio, ni procede la inscripción de la adjudicación, por resultar inscrita la finca a nombre de un tercero.

Resolución de 8-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: EL TÍTULO PREVIO HA DE SER TAMBIÉN TRASLATIVO.

Se entiende que el título previo a los efectos del artículo 205 ha de ser también traslativo.

En relación con el segundo defecto de la nota, relativo a la exigencia de identificación de los medios de pago en los títulos previos, deben confirmarse la nota de calificación, en relación —como así se señala en ella— a los títulos previos que sean traslativos, como es la elevación a público de documento privado que sirve de antetítulo para la compraventa en relación a una de las fincas; a diferencia de las agrupaciones y segregaciones que se invocan como título previo de la inmatriculación de otras, ya que no constituyen transmisiones onerosas y que —como se verá— no sirven de antetítulo para la inmatriculación.

En relación con el tercer defecto, el recurso también debe ser desestimado, y la nota de calificación confirmada. Este Centro Directivo ya abordó esta cuestión en su Resolución de 19 de noviembre de 2015. En dicha Resolución, según doctrina reiterada con posterioridad. La nueva redacción legal exige que se trate de "títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido

la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público". La diferencia esencial entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea "traslativo", pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código Civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador.

Exigiéndose literalmente por el precepto legal la existencia de un doble título público traslativo, la conclusión debe ser la inadmisión, a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, como título previo del inmatriculador, de las escrituras de agrupación, segregación o cualquier otro título de modificación hipotecaria que, aunque impliquen actos de riguroso dominio, no son títulos traslativos. Es cierto que este Centro Directivo introdujo flexibilizaciones en la consideración de títulos traslativos, admitiendo la inmatriculación de determinados supuestos cuya naturaleza traslativa es controvertida, como podrían ser los casos de disolución del condominio (Resolución de 12 de mayo de 2016, reiterada posteriormente como por la Resolución de 1 de julio de 2016), la partición de herencia (Resoluciones de 14 de noviembre de 2016, 1 de junio de 2017 o 28 de septiembre de 2018) o la aportación a la sociedad de gananciales (Resolución de 27 de julio de 2018), pero en ellos hay un cambio de titularidad en el bien que no se produce en los supuestos de mera modificación hipotecaria.

Resolución de 8-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Torrelodones.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DE DOMINIO PÚBLICO.

Procede la denegación de la inscripción de una base gráfica alternativa en base al informe aportado por el colindante, administración pública, sobre la invasión del dominio público, aunque este no estuviera inscrito.

En el presente caso, el registrador basa su calificación negativa únicamente en la oposición del colindante notificado, que tiene la consideración de Administración Pública, que alega la invasión de dominio público ferroviario. Con la en-

trada en vigor de la reforma operada por la Ley 13/2015, se refuerza la obligación del registrador de protección del dominio público, aunque no esté inmatriculado, puesto que además del deber de comunicación de la práctica de ciertas inscripciones, que regula el artículo 38 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria impone la obligación de notificar previamente a todos los colindantes que puedan resultar afectados por la solicitud de inscripción de la georreferenciación de una finca.

El informe de la Administración Pública ha de ser concluyente y estar emitido por la autoridad competente, como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 10 de noviembre de 2022, como ocurre en el presente caso, por lo que como declararon las Resoluciones de 14 de enero de 2021 o 26 de abril de 2022, puede el registrador rechazar la inscripción de una representación gráfica catastral si de la documentación aportada por la Administración resultan fundadas su dudas acerca de la posible invasión del dominio público.

La alegación del recurrente relativa al hecho de que el informe de validación catastral de la georreferenciación alternativa aportado por el Administrador de las Infraestructuras Ferroviarias no respeta la cartografía catastral, no es óbice para que el registrador no pueda tener en cuenta el escrito de oposición del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, puesto que la Administración aporta una georreferenciación alternativa del dominio público que se considera invadido, alegando la inexactitud de la cartografía catastral al respecto. Respecto a la afirmación del recurrente por la que el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias no tiene su dominio inscrito ni aporta títulos de propiedad, no puede ser mantenida por ante esta Dirección General, por cuanto en el escrito de alegaciones afirma el Administrador de las Infraestructuras Ferroviarias que se han consultado los documentos oficiales del Inventario Jurídico de Bienes Inmuebles del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, cuya llevanza es una obligación legal, conforme a los artículos 32 a 35 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, correspondiendo la misma, precisamente, a dicho Administrador. Y finalmente, respecto de la alegación del recurrente sobre la falta de fundamentación de la nota de calificación registral, tampoco puede ser mantenida por esta Dirección General, toda vez que la calificación registral señala que la causa de la denegación de la inscripción es la posible invasión del dominio público, que deriva del informe emitido por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, quien solicita expresamente que en la inscripción de la representación gráfica se respetasen los límites de su dominio, dejando fuera los 41 metros cuadrados que resultan del informe catastral de validación gráfica.

Resolución de 11-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Béjar.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: OBJETO.

Debe entenderse objeto propio del convenio regulador la liquidación de la cotitularidad de los ex cónyuges respecto de la que ha sido vivienda familiar y sus anejos.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En definitiva, sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

Este Centro Directivo así mismo ha considerado que la liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual de los cónyuges, cualquiera que sea la forma de copropiedad existente, entra claramente dentro del objeto natural del convenio regulador, y lo mismo debe entenderse respecto a los anejos de la vivienda, generalmente plaza de garaje y trastero vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan número de finca propio (cfr., entre otras, Resolución de 27 de febrero de 2015).

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso debe prosperar. Consta en el título objeto de calificación que las fincas adjudicadas (inmuebles destinados a vivienda y garaje en el mismo edificio) constituyen el «domicilio familiar». Existe la causa familiar anteriormente expresada perfectamente compatible con el contenido de un convenio regulador aprobado judicialmente, que por ello es título hábil para la inscripción.

Resolución 11-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: PRINCIPIO DESUBROGACIÓN REAL.

En los casos de reparcelación, el principio de subrogación real permite que se pueda inscribir un título referido a la finca de origen sobre la de resultado.

Conforme al artículo 23 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana «el acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios

y cargas produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado». Y este principio de subrogación real es el que inspira la redacción del artículo 11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. También el artículo 17, aplicable por analogía al supuesto que ahora analizamos, está inspirado por el principio de subrogación real.

La escritura de concesión del usufructo fue presentada después de la de protocolización de la aprobación definitiva del proyecto de compensación que finalmente quedó inscrita. Por tanto, cuando tras dicha inscripción del proyecto de compensación se inicia, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el plazo de calificación y despacho de la escritura de concesión del usufructo, la situación registral vigente es la ya reseñada, en la que la finca de origen, sobre la que se concedió el usufructo, tiene ya su folio registral cerrado, por lo que no es posible ya reabrirlo para inscribir en él el citado usufructo. Sin embargo, sí sería posible inscribirlo directamente, por aplicación del principio de subrogación real, sobre la cuota indivisa de la finca de resultado que pertenece a los concedentes del usufructo, a condición de que conste (del expediente no resulta si es así o no) que tal cuota en la finca de resultado proceda exclusivamente de la citada finca de origen y no, también, de otras que no fueron objeto de la concesión del usufructo.

Con esa salvedad, no sería obstáculo para dicha inscripción sobre la cuota indivisa de la finca de resultado el que la vivienda que existía en la finca de origen haya sido declarada incompatible con la reparcelación y demolida, ya que, atendiendo a la escritura de concesión del usufructo resulta claramente que dicho usufructo se constituyó «sobre la finca y vivienda», y no sólo sobre la vivienda, por lo que aunque tal vivienda haya sido declarada incompatible con la reparcelación y objeto de demolición, el usufructo sigue teniendo por objeto la propia finca de origen, o ahora, por subrogación real, la cuota indivisa que a los constituyentes corresponde en la finca de resultado.

Resolución de 11-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

De entre los diferentes requisitos del expediente de reanudación de tracto, el de la citación a los titulares registrales o sus causahabientes es el más trascendente.

Antes de entrar en el fondo del recurso debe hacerse referencia nuevamente a la reiteradísima doctrina de esta Dirección según la cual el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, por lo que en su tramitación no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por este y aportados al interponer el recurso.

Asimismo, debe indicarse que, pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio (el 1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única. No obstante, si bien el procedimiento debe calificarse conforme a la legislación anterior, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas, la inscripción que se practique, ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, conforme ya declaró este Centro Directivo en la Resolución de 4 de enero de 2017, que pone de relieve que ello es así porque el modo de practicar los asientos y las circunstancias de éstos debe ajustarse siempre a las normas vigentes al tiempo de extenderse, aunque el título sea calificado e inscribible según una legislación anterior.

En cuanto al primero de ellos, la inscripción de las declaraciones de obra nueva se regula en los artículos 45 a 55 del del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Conforme al primero de ellos, en los títulos por los que se declare una obra nueva deberá constar al menos el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de metros cuadrados edificados. A este respecto cabe señalar como ha manifestado este Centro Directivo en varias ocasiones, entre otras en la Resolución de 23 de abril de 2014, que aunque se parte siempre del principio de rogación y de la obligación por parte de los interesados de suministrar los documentos que sean necesarios para la inscripción que se solicite, ello no impide que siempre que el registrador de la Propiedad tenga a su alcance determinados medios de otros registros u oficinas que sean fácilmente accesibles, pueda utilizarlos, aunque no esté obligado a ello, para facilitar la tramitación del procedimiento registral y aclarar algunos extremos. Como ocurre en el presente supuesto en que, si bien se aporta una mera consulta catastral, no hay inconveniente en que si el registrador puede acceder fácilmente a los datos del Catastro.

En cuanto a la necesidad de citación por tres veces, una de ellas al menos personalmente, al ser la inscripción solicitada de cancelación de menos de treinta años de antigüedad y no constar declarado en el auto el cumplimiento de lo exigido por el artículo 202, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, el defecto debe ser confirmado. En el supuesto de este expediente, del auto resulta que uno de los cotitulares de la finca de la que procede la segregada cuya inscripción se pretende, se opuso a las pretensiones del demandante, por lo que es evidente que conoció la existencia del procedimiento, sin embargo, no consta que se practicaran las preceptivas notificaciones de la forma señalada, en cuanto al resto de cotitulares.

Igualmente se confirma el defecto relativo a la necesidad de acreditar la oportuna licencia de segregación o declaración municipal de innecesariedad. Sentada la posibilidad de calificar los documentos judiciales, en los términos establecidos por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, se plantea la posibilidad de inscribir el testimonio de un auto dictado en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de una finca, que procede por segregación de otra que ya está inscrita, sin que conste.

Resolución de 12-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Astorga.

HERENCIA: REQUISITOS DE LA PARTICIÓN.

Para inscribir una partición de herencia es preciso aportar copia autorizada de los títulos sucesorios, el NIF de cada interviniente y determinar la participación indivisa de los adjudicatarios con arreglo al art. 54 RH.

Como cuestión previa, es necesario precisar que los documentos que acompaña la recurrente a su escrito de recurso, entre los cuales se encuentran los títulos sucesorios a que se refiere el defecto señalado con el número uno en la nota de calificación, no fueron aportados junto con la escritura presentada en el Registro y por tanto no fueron tenidos en cuenta por la registradora en su calificación, dándose también la circunstancia de que los documentos ahora aportados no son originales sino fotocopias.

Consecuencia lógica de lo que se acaba de exponer, y entrando ya en el fondo de las cuestiones debatidas, es la confirmación del defecto señalado por la registradora con el número uno en su nota de calificación, relativo a la necesidad de acompañar copia autorizada de las actas notariales y testimonio del auto judicial de declaración de los herederos abintestato de los causantes, al ser estos los títulos de las respectivas sucesiones, con forme al art. 14 LH.

El segundo defecto señalado por la registradora en su nota de calificación consiste en que se ha omitido el número de identificación fiscal de uno de los comparecientes en la escritura, doña G. F. De acuerdo con el art. 254 LH los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que «se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles», o bien tratarse de un acto o contrato distinto, pero con transcendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extienden a los comparecientes y a las personas o entidades en cuya representación actúen, con independencia de que su posición contractual sea la de transmitentes o constituyentes del respectivo derecho real o como adquirentes de este. En consecuencia, la omisión en la escritura calificada del número de identificación fiscal de esta impone la suspensión de la inscripción, según lo determinado por el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria.

Además, esta Dirección General ya ha establecido que es exigible el número de identificación fiscal también al comunero a quien no se le adjudica la finca en una disolución de comunidad. También se ha establecido por este Centro Directivo que el número de identificación fiscal es exigible también respecto de un heredero que interviene en la escritura aunque no se adjudique ningún inmueble en la partición de la herencia (vid. Resolución de 17 de septiembre de 2018) e incluso en un supuesto en que solo se adjudica un bien inscribible en el Registro al cónyuge viudo, mientras que las dos herederas no reciben ningún bien en España.

Esta nueva redacción del artículo 23 de la Ley del Notariado no sería ciertamente aplicable a la escritura cuya calificación ahora se debate, pues esta fue

autorizada en 2004, cuando no existía dicha disposición legal. Pero desde el punto de vista, no de la escritura, sino de su inscripción en el Registro, cabe citar la Resolución de 23 de julio de 2012, reiterada por las Resoluciones de 21 de marzo de 2013, 2 de abril de 2014 y 25 de marzo de 2015, que al diferenciar entre normas de naturaleza material o sustantiva y las de carácter procedimental o adjetivas, declara que «cuando se plantean problemas de derecho intertemporal o transitorio —a la hora de fijar las reglas y requisitos procedimentales que hay que cumplir para practicar el asiento— procede atenerse por analogía —a falta de norma explícita en las leyes especiales, que disponga otra cosa— al principio que con toda claridad resulta de la disposición transitoria cuarta del Código Civil, en cuya virtud los derechos nacidos y no ejercitados (en este caso, no inscritos) ciertamente subsisten con la extensión y en los términos que les reconoce la legislación precedente; pero han de sujetarse para hacerlos valer (en éste, para inscribirlos) al procedimiento dispuesto en la legislación vigente (que lo regula) en el momento en que el asiento se solicite».

De la interpretación del conjunto del documento resulta que el denominar en ocasiones doña A. a doña V. F. N. es un simple error material que puede ser fácilmente corregido por el buen sentido de la registradora. Además, en la medida en que es necesario aportar copia autorizada de las actas de declaración de herederos de don P. F. F. y de doña V. F. N., que habrán de ser objeto de nueva calificación por la registradora, ello llevará definitivamente a la confirmación sin ninguna duda de que se trata de un simple error material, y en caso de que no lo fuese y apareciese una supuesta persona llamada doña A., deberá ser calificado negativamente en su caso por este motivo.

El último defecto sobre el que ha de resolverse en este expediente se refiere a la falta de indicación de la proporción en que adquieren los herederos en cuanto a la herencia de doña V. F. N. y en la de don L. F. N. El recurso, de acuerdo con el art. 54 RH, tampoco puede prosperar en cuanto a este defecto.

Resolución de 12-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Astorga.

HERENCIA: USUFRUCTO CON FACULTAD DE DIPONER.

Para inscribir una partición de herencia es preciso la intervención de todos los interesados.

Se hace preciso examinar, en primer término, el sentido de la cláusula testamentaria debatida, y más en concreto el acierto o no de la interpretación que el notario autorizante hace de la misma, para lo que ha de partirse del tenor del artículo 675 del Código Civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», según la interpretación que ha hecho el TS.

La interpretación plasmada en la escritura calificada negativamente no puede ser compartida por este Centro Directivo, pues aun entendiendo que la figura del fideicomiso de residuo puede presentar paralelismos con otra también utilizada fundamentalmente en el derecho de sucesiones, el usufructo con facultad de disposición, y que la correcta diferenciación pueda ser compleja cuando los nudos propietarios no existan o estén indeterminados en el momento de la apertura de la sucesión (lo que en su día llevo a la construcción de equipar este usufructo, al que se denominó «pseudousufructo testamentario», con el fideicomiso), no es este el caso del presente recurso, en el que hay una clara institución de heredero a favor de personas determinadas y concretas.

Eliminada por consiguiente la posibilidad de considerar al viudo otorgante de la escritura como heredero fiduciario, con lo que ello implicaría en orden a su situación respecto de otras cuestiones como la liquidación de la sociedad de gananciales, queda claro que su posición jurídica es la de usufructuario —vía legado de usufructo universal— con facultad de disponer, institución excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la facultad de disposición de la cosa corresponde por naturaleza al derecho de propiedad, si bien se trata de una figura jurídica admitida en el Derecho civil que tiene su operatividad fundamentalmente en las disposiciones «mortis causa» (vid. Resoluciones de 9 y 11 de julio de 2005).

Resolución de 13-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 10.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE. CONCILIACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.

Para tramitar un expediente de doble inmatriculación es imprescindible que el registrador aprecie la existencia de dicha situación patológica. El expediente de conciliación registral requiere la identificación de la controversia y la posibilidad de avenencia y que el asunto no implique a una administración pública.

Respecto al calificativo «itinerante», está referido en todo momento a la finca y no a la actividad realizada por el recurrente. Del propio escrito de interposición del recurso y de la lectura de la Resolución de 8 de mayo de 2023 resulta que la porción de terreno y las parcelas que lo integran sufren una evolución, como también lo sufre la petición de inscripción, que en el supuesto de hecho de la resolución citada se refería a dos parcelas y ahora solo se refiere a una. Esa es la circunstancia a la que parece referirse la registradora con el calificativo de «itinerante», sin que del mismo pueda deducirse la imputación de delito alguno. De ser así, la registradora debería dar parte a la correspondiente autoridad judicial, con remisión del documento respectivo, haciendo constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación (cfr. artículo 104 del Reglamento Hipotecario).

Respecto a la interposición del recurso de queja, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 20 de abril de 2016, no cabe recurso de queja contra la actuación de un registrador que, bajo su propia y exclusiva responsabilidad, califica razonada y fundadamente al amparo del artículo 18 de la Ley Hipo-

tecaria sobre una cuestión jurídica. Por tanto, habiendo cumplido la registradora todas las obligaciones que le impone la Ley, no ha lugar a admitir el recurso de queja, que no puede estar basado en un mero desacuerdo en los términos utilizados para denegar la solicitud de inscripción.

Con la doble o múltiple inmatriculación los fines de seguridad jurídica y publicidad, a los que sirve el Registro de la Propiedad, se ven absolutamente dañados si se abre un nuevo folio registral para una misma porción de terreno. Por tanto, el elemento esencial de la misma, respecto del cual no ha de tener duda el registrador es de la coincidencia de la esa idéntica porción de terreno en dos folios registrales diferentes, ya sea la doble inmatriculación total, por afectar a toda la finca, o parcial, por afectar a parte de la misma, siempre que, en este último caso, el registrador competente logre identificar las fincas con base en su descripción registral y las mismas resulten contradictorias. En el supuesto de hecho, objeto del presente recurso, la doble inmatriculación es total respecto a la finca 9.574, pero lo es parcial respecto a la finca 38.033, pues se afirma que la primera está incluida en la segunda.

En el presente caso, la registradora declara que no puede apreciar la doble inmatriculación, pues del contenido del Registro y de las actuaciones del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que motivo el recurso que resolvió la Resolución desestimatoria de 8 de marzo de 2023 citada, resultaba que la finca 9.574 carecía de superficie y linderos y era un resto numérico.

De toda la documentación presentada, no se acredita la existencia de doble inmatriculación y como declararon las Resoluciones de 20 de octubre de 2020, 29 de noviembre de 2021 y 20 de octubre y 12 de diciembre de 2022, el primer requisito para iniciar la tramitación del expediente de doble inmatriculación del artículo 209 de la Ley Hipotecaria es que el registrador aprecie la existencia de la doble inmatriculación. Si, tras las investigaciones pertinentes, concluye el registrador que no hay indicios de doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación del expediente, sin perjuicio de la facultad de los interesados de acudir al procedimiento correspondiente.

Respecto del segundo de los defectos alegados, sobre la denegación del inicio del expediente de conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, debe recordarse que el objeto de dicho expediente es el de lograr una avenencia o acuerdo ante el registrador territorialmente competente, respecto de una controversia inmobiliaria, urbanística o mercantil. Su naturaleza es la de un expediente de jurisdicción voluntaria que, ante la falta de una regulación específica, más allá del citado artículo 103, se aplicará supletoriamente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 27 de junio de 2019.

En aplicación supletoria de dichas leyes, la registradora deniega la iniciación del expediente, conforme al artículo 141 de la citada Ley de la Jurisdicción Voluntaria, por no acreditarse en el escrito inicial: «1) Los datos y circunstancias de identificación del requerido o requeridos. 2) El domicilio o domicilios en que puedan ser citados. 3) El objeto de la conciliación que se pretenda. 4) El objeto de la avenencia». Este modo de proceder ha sido ratificado por la doctrina de la Resolución de esta Dirección General de 31 de enero de 2018. Se considera proce-

dente dicha exigencia por parte de la registradora, porque el objeto del expediente de conciliación registral es distinto del regulado por el artículo 199 y porque no coinciden las peticiones en ambos supuestos, puesto que como indica la registradora en su nota de calificación, ahora se habla de una de las parcelas y no de las dos parcelas a las que se aludía en el supuesto de hecho objeto de debate en la Resolución de 8 de marzo de 2023. Tampoco resulta de la misma el objeto de la conciliación que se pretende y el objeto de la avenencia.

Además, el registrador tiene que calificar que la posibilidad de acuerdo sea verosímilmente posible. En el presente caso, dicho acuerdo es difícilmente realizable, puesto que en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la denegación de cuya solicitud de inscripción provocó la Resolución desestimatoria de 8 de marzo de 2023, la oposición del colindante titular registral de la finca 38.033 fue contundente y concluyente, acreditando que la propiedad de la georreferenciación alternativa de la finca 9.574 era suya y dicha oposición causó la nota de calificación y la resolución desestimatoria.

Resolución de 13-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María nº 2.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN.

La insuficiente motivación de la nota de calificación, que n o puede ser suplida por medio del informe, obliga a estimar el recurso.

Se aprecia una clara incongruencia en la fundamentación jurídica de la nota de calificación, de forma que la negativa a practicar la inscripción se justifica en preceptos que no son de aplicación a la operación jurídica contenida en el documento presentado ni desde un punto de vista formal, ya que se trata de un documento judicial y no notarial, ni desde un punto de vista material, ya que se trata de una transmisión derivada de ejecución hipotecaria y no de una compraventa voluntaria. Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Como ha afirmado en reiteradas ocasiones esta Dirección General que el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de suspender o denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

En conclusión, dada la errónea motivación de la nota de calificación, el recurso debe estimarse y la calificación revocarse sin que ello signifique proclamar la inscribibilidad del documento calificado (cfr. Resolución de 1 de marzo de 2019);

de manera que esto no obsta a que se pueda poner una nueva nota de calificación en los términos que resultan de esta Resolución.

Resolución de 15-9-2023
BOE 25-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATOS SUJETOS A LA LEY DE 1964.

Tratándose de contratos sujetos a la Ley de 1964 existe derecho de retracto arrendaticio, aunque las diversas viviendas se vendan conjuntamente.

Ciertamente, del artículo 25.7, i.i., de la Ley de Arrendamientos Urbanos, resulta inequívocamente que no hay lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se vende conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble. La contundencia de esta norma ha sido reconocida por la jurisprudencia.

Indudablemente, al manifestarse en la escritura calificada que las viviendas objeto de la compraventa formalizada en la escritura calificada estaban arrendadas, una mediante contrato de renta antigua de 1 de julio de 1936, y otra mediante contrato de arrendamiento de 1 de enero de 1976, no resulta aplicable la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, sino el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre 1964. Por ello, debe constar en la escritura calificada si, al tiempo del otorgamiento, dichas viviendas están o no arrendadas mediante un contrato del que, según la ley aplicable, derive derecho de tanteo o retracto arrendaticio; y, de existir tal arrendamiento, ha de acreditarse que se han realizado las notificaciones prevenidas en dicha ley.

Resolución de 18-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Totana.

PACTO COMISORIO: REQUISITOS PARA ESTIMAR QUE EXISTE.

Para que se pueda estimar que existe un pacto comisorio prohibido es preciso que no se haya previsto un sistema de equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas.

En cuanto a la admisión del pacto de apropiación por el acreedor de las fincas recibidas y entregadas en permuta, cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (*vid*. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). También este centro directivo

ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

Hechas las anteriores consideraciones, no es menos cierto que, como ya admitió este centro directivo en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020 (con criterio reiterado en las de 15 de marzo de 2021 y 10 de marzo de 2022, entre otras), deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. La Sentencia de 21 de febrero de 2017, respecto de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «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».

A la vista del referido estado de la cuestión —en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo—, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Cosa bien distinta es que, por imperativo de la doctrina de la continuada influencia de la causa o del principio del derecho que rechaza todo tipo de enriquecimiento injustificado, las circunstancias del caso revelen que la apropiación del bien gravado por parte del acreedor comporta un inadmisible sacrificio patrimonial para el deudor, para el propietario del bien o para los dos.

A la vista de la doctrina y jurisprudencia expuesta, en la cláusula debatida, no se establece un procedimiento objetivo de valoración de las fincas permutadas que permita, llegado el caso de la resolución, determinar si el valor de las mismas excede del importe de la deuda de modo que el exceso pueda ser entregado al deudor o, en su caso, a los terceros titulares de derechos sobre la finca.

Resolución de 18-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: FINCA COLINDANTE CON MOTE VECINAL EN MANO COMÚN.

En caso de inmatriculación de una finca colindante con monte vecinal, debe denegarse si la administración forestal considera que se invade el monte. Por otro lado, han de realizarse las notificaciones oportunas para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

Como cuestión previa, en relación con los documentos que acompaña la recurrente a su escrito de recurso que no fueron aportados junto con las escrituras presentadas en el Registro, debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto de la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que la registradora no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada.

Entrando en el fondo de las cuestiones que son objeto de recurso, el artículo 22 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, establece con claridad que toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la Comunidad Autónoma. Este informe será solicitado de oficio por el registrador de la Propiedad, si bien este Centro Directivo ha aclarado reiteradamente que no basta para que sea exigible tal informe que se trate de inmatriculación de fincas ubicadas en un término municipal donde existan montes demaniales, sino que es necesario que la finca por inmatricular sea monte o colinde con un monte demanial o monte ubicado en un término municipal donde existan montes demaniales. Se trata de impedir el acceso al Registro de la Propiedad y evitar que se le atribuyan los efectos derivados de la inscripción a inmatriculaciones o excesos de cabida que puedan invadir el dominio público.

El Tribunal Supremo ha entendido (cfr. Sentencias de 18 de noviembre de 1996 y 17 de octubre de 2010) que los montes vecinales en mano común, tan frecuentes en Galicia, constituyen un caso de comunidad germánica, ya que la titularidad y aprovechamiento de éstos corresponden a los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, siendo inalienables, indivisibles e imprescriptibles, y sin atribución de su titularidad a los municipios o a otros entes locales. Esta peculiar titularidad de los montes vecinales en mano común ha sido consagrada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Cuestión distinta es que la registradora hubiese solicitado a la entidad competente correspondiente el informe previsto en el párrafo tercero del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, al tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas. En cualquier caso, con independencia de que el informe fuese o no necesario para la inmatriculación, el resultado es que la registradora ha recibido dicho informe y ha calificado los documentos presentados en función también de éste.

No corresponde a la registradora ni a esta Dirección General la valoración de la prueba que destruya la presunción ni por supuesto la determinación del dominio desde un punto de vista civil. Pero si un terreno ha sido clasificado como monte vecinal en mano común conforme, a lo dispuesto legalmente y se acredita con los documentos tenidos a la vista para la calificación —el informe del Servicio a cargo de los Montes— en el sentido de que la finca cuya inmatriculación se pretende está parcialmente incluida en un monte clasificado como monte vecinal en mano común, sí que entra en el ámbito de la calificación registral la suspensión de la inscripción debido a la inalienabilidad de los montes vecinales en mano común,

lo cual procedería en tanto no sea destruida esa presunción mediante sentencia firme y la finca en cuestión dejase de estar incluida en el ámbito del monte clasificado como monte vecinal en mano común.

El segundo defecto señalado por la registradora al que se acaba de hacer referencia consiste en que existen dudas acerca de que la finca cuya inmatriculación se pretende coincida en todo o en parte con la registral 4.971 de Carnota, correspondiente al monte vecinal indicado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (cfr. Resoluciones de 21 de abril de 2016, 24 de enero de 2017, 31 de enero de 2018 y 10 de agosto de 2020, entre otras). En el caso de este expediente, la registradora en su nota de calificación expresa los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular pueda coincidir con otra previamente inmatriculada, quedando perfectamente identificada la finca que pudiera verse afectada por la operación que pretende acceder al Registro. De lo expuesto, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas de la registradora están suficientemente fundadas y que, por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

El último defecto señalado por la registradora en su nota consiste en que lindando la finca que ha sido objeto de transmisión con monte vecinal en mano común, no se acredita la notificación fehaciente a efectos del derecho de tanteo y retracto previsto en el artículo 57 de la Ley 7/2012, de 28 de junio, de montes de Galicia. El apartado 5 del artículo 56, al que como hemos visto se remite el artículo 57.2, establece que «las personas titulares de notarías y registros de la propiedad no autorizarán ni inscribirán, respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acreditase previamente la práctica de dicha comunicación [se refiere a la previa comunicación fehaciente de los datos relativos a precios y características de la proyectada transmisión al titular del derecho a efectos de ejercicio del derecho de tanteo] de forma fehaciente». Por ello, en contra de lo que afirma el recurrente, la acreditación de dicha notificación fehaciente a la comunidad de monte vecinal en mano común previa a la transmisión, a efectos de posibilitar el ejercicio del tanteo por parte de esta, es necesaria para poder practicar la inscripción, según lo dispuesto en dicho artículo 56.5, por la remisión a este que contiene el artículo 57.2.

Resolución de 18-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32.

INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS.

Para la inscripción de una sentencia declarando la adquisición por usucapión es preciso que se identifique adecuadamente la finca y se aporten las circunstancias personales.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo, que el escrupuloso respeto a la función jurisdiccional que ha de guardar el registrador, implica el deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes, sin que pueda entrar en el fondo de las mismas a la hora de proceder a su calificación, ahora bien hay que conciliar dicho respeto con el alcance de la calificación registral de los documentos judiciales, cuando existen obstáculos derivados del propio Registro, alguno de cuyos aspectos concurren en el supuesto objeto de este recurso.

En el supuesto de este expediente, la negativa de la registradora a practicar la inscripción no implica en ningún caso que esté cuestionando la titularidad proclamada por el fallo judicial, el obstáculo que, a su juicio, impide la inscripción, es la defectuosa determinación de la finca o, dicho de otro modo, la incongruencia entre la descripción de la misma en el título y lo que resulta del historial de los libros del Registro. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la correcta identificación del objeto del derecho es necesaria para poder reflejar de forma indubitada en el Registro quién sea su titular. Como consecuencia de todo lo anterior, esta necesidad de claridad suficiente de los documentos inscribibles y de la exigencia de contener todas las circunstancias que la Ley y el Reglamento prescriben para los asientos, bajo pena de nulidad, debe reputarse de los documentos judiciales, siendo necesario que el pronunciamiento judicial sea suficientemente determinado. En el supuesto de este expediente, las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca cuya adquisición se declara están suficientemente fundadas.

Respecto a la necesidad de licencia de segregación a la que apunta la registradora para el caso de que finalmente la finca corresponda a superficie de la 5.176 que debió provocar la inscripción de una nueva registral, hay que tener en cuenta que el procedimiento se entabla para declarar el dominio a favor del demandante, con relación a la finca tal como aparece inscrita en el Registro. Ahora bien, si finalmente el procedimiento no se refiere a la finca registral actual sino a la parte que en su día se segregó, deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesariedad de la misma (cfr. Resolución de 8 de enero de 2010), salvo que del propio procedimiento de ordenación resulte la formación de nuevas fincas entre las que se encuentre la que se encuentre la del actor.

En cuanto al segundo de los defectos de la nota relativo a la necesidad de constancia de la fecha de fallecimiento de los inicialmente demandados a que hace referencia la sentencia, para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia del fallecimiento del mismo, circunstancia que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. Una vez el juez haya admitido la demanda o la sucesión procesal de los herederos, será suficiente que se refleje en el mandamiento la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición al mismo o mediante la aportación del certificado de defunción.

Finalmente, el último defecto hace referencia a que es preciso que se hagan constar todas las circunstancias personales del adquirente a cuyo favor ha de practicarse la inscripción, y aclarar en su caso si la adquisición lo es con carácter privativo o ganancial. El defecto debe igualmente confirmarse. Las circunstancias personales de aquel a cuyo favor ha de practicarse la inscripción han de venir reflejadas en el documento o reflejarse en instancia complementaria suscrita al efecto y debidamente legitimada.

Resolución de 19-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Medina Cudeyo-Solares.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO.

Entra dentro de las facultades del contador partidor si un heredero ha cumplido las condiciones o el modo impuesto por el testador.

La partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 11 de julio de 2013, sólo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia, la intervención de aquéllos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por contador-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

En el concreto supuesto de este expediente, el contador-partidor, y albacea, valora quién de los herederos ha asistido y cuidado a su madre antes y hasta el momento de su fallecimiento; además, insta un acta notarial en la que se recogen declaraciones testificales relativas a este hecho y con base en otras disposiciones del testamento, entiende que el heredero que convivía y atendió a su madre al tiempo de su fallecimiento es uno determinado al que corresponden y en el cuaderno particional le adjudica los tercios de mejora y libre disposición. En definitiva, valora el cumplimiento de la condición, o, si se quiere, del modo. Hecha la partición, agota todas las vías posibles de notificación al heredero que no interviene a los efectos de que pueda este sostener su oposición, sin que haya sido posible la recepción de la comunicación.

Puede concluirse que ha quedado suficientemente probado el cumplimiento de la condición a la que se refiere el testamento (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada por los recurrentes, de 12 de diciembre de 1906, en un caso de albaceazgo universal, que admitió la exclusión de un heredero por los albaceas por estimar que no se había cumplido la condición impuesta a uno de los instituidos de seguir conviviendo con el causante hasta su muerte). De no admitir esa

facultad del albacea contador-partidor, no se podría llevar a cabo la partición de la herencia en los términos ordenados en el testamento.

Resolución de 19-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Armilla.

OBRA NUEVA: TERMINACIÓN POR PARTES.

Se considera admisible la terminación parcial de obra que aparece en construcción.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que constando la declaración de obra nueva en construcción como un todo unitario, no existe inconveniente en que la constancia de la terminación pueda ser parcial, por fases e incluso por pisos; pues puede ocurrir en la práctica que haya elementos no terminados, sin que ello obste a la inscripción de la terminación de otros, siempre que se acredite debidamente, como sucede en ocasiones con los locales. La terminación por fases o entidades exige acreditar, no solo la terminación de la vivienda, sino también de los correspondientes elementos comunes, como resulta expresamente de la propia certificación del técnico.

Resolución de 20-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Procede denegar un asiento de presentación de una fotocopia.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación sólo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario (vid. también el apartado 3 del mismo artículo 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna»).

Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante una fotocopia que incumple el principio de titilación pública que, con carácter general, rige en el procedimiento registral, por lo que debe confirmarse la decisión de la registradora.

Resolución de 20-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Algete.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: REQUISITOS PARA SU EXIGENCIA.

Para que se exija la constancia del NIF es necesario que, o bien se trate de un acto que constituya, modifique, transmita o extinga un derecho real, o que tenga trascendencia tributaria.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes, y en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen». En el apartado cuarto de dicho artículo se añade que: «La falta sólo se entenderá subsanada cuando se presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen los medios de pago empleados».

De este modo, los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que «se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles», o bien tratarse de un acto o contrato distinto, pero con transcendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extiende a «los comparecientes» y a las personas o entidades en cuya representación actúen.

Más proximidad presenta con el supuesto al que se refiere la Resolución de 28 de julio de 2014, de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de una deuda ajena objeto de reconocimiento en dicho instrumento público. Esta Dirección General afirmó que es necesario hacer constar el número de identificación fiscal «de la entidad deudora y de su administrador, pues el reconocimiento de deuda, además de estar íntimamente vinculado al propio derecho de garantía como accesorio que es de la obligación principal por él garantizada (vid. artículo 1857.1.o del Código Civil), es acto que incluso considerado aisladamente no por tener carácter obligacional carece de transcendencia tributaria, transcendencia que será distinta según los casos (en operaciones sujetas o no a IVA, con o sin garantía real inscribible), y que en todo caso resulta evidente en los supuestos de reconocimiento de deuda con garantía por su asimilación, a efectos tributarios, a los préstamos (vid. artículos 15.2 y 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 25 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba su Reglamento)».

Al tratarse en este expediente de la prestación de fianza en garantía de un préstamo, debe considerarse determinante que, si según los artículos 15.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 25.2 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba su Reglamento, los reconocimientos de deuda se liquidarán como préstamos

personales, según el apartado segundo de esos mismos preceptos, la constitución de las fianzas en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, cuando —como añade el citado precepto reglamentario— la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo.

Resolución 20-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 2.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Procede denegar un asiento de presentación de una fotocopia. Tampoco cabe pedir anotación preventiva por defecto subsanable.

Como cuestión procedimental previa, el recurrente acompaña al escrito del recurso documentación que no fue presentada en el Registro al tiempo de emitir la calificación. Por lo tanto, no pudo ser analizado por el registrador para efectuar la calificación recurrida. En consecuencia, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

El registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

En el presente caso se trata de la presentación en el Registro de una instancia privada acompañada de fotocopias de una escritura. Por todo ello debe confirmarse la calificación del registrador, pues conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario no puede practicarse asiento de presentación de los documentos que por su naturaleza no puedan provocar operación registral alguna.

En relación con la solicitud de la anotación preventiva por defecto subsanable tampoco puede prosperar. En este sentido, si no puede practicarse asiento de presentación, tampoco es posible practicar anotación preventiva, pues requisito para poder practicar una anotación preventiva es que es que el título provoque la práctica del asiento de presentación.

Resolución de 21-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

Se reitera la doctrina ya conocida sobre la interpretación del art. 98 de la Ley 24/2001 y se aclara que en un caso de apoderamiento recíproco para futuras subsanaciones de la escritura se entiende implícito la autorización del autocontrato.

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencias número 645/2011, de 23 de septiembre, 643/2018, de 20 de noviembre, 661/2018, de 22 de noviembre, y 378/2021, de 1 de junio) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico.

Según la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Tampoco puede compartirse el criterio de la registradora por el que considera que el apoderamiento recíproco para subsanar pactado en la escritura subsanada no salva la autocontratación ni el conflicto de intereses. Pero en el presente caso es determinante el hecho de que, mediante una cláusula más del contrato de préstamo hipotecario y ante la eventualidad de que no se logre su inscripción en el Registro de la Propiedad, las partes se otorgan poder recíprocamente para que, ejercidas las facultades conferidas con relación al propio contrato, se obtenga la inscripción. Por tanto, es de esencia a la situación descrita la existencia de conflicto en cuanto el apoderado es la contraparte contractual. La integración en la causa del poder de la situación de conflicto no permite otra conclusión. En definitiva, como resulta del texto transcrito, la autorización a las otras partes contratantes no puede tener otra lectura que la de salvar el inmanente conflicto de intereses que, por definición, existe cuando se otorga el poder a favor de la contraparte para actuar en el ámbito del propio contrato, lo que, además, excluye una interpretación reductora o basada en la distinción entre conflicto de intereses y autocontratación.

Resolución de 21-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Tudela, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE RIESGO DE POSIBLE DOBLE INMATRICULACIÓN.

Para denegar una inmatriculación de una finca por causa de que parte de la superficie ya está inmatriculada es preciso concretar los detalles que justifican esta duda.

El registrador da cumplimiento con esa búsqueda previa al mandato del artículo 205. Pero, si el registrador tiene dudas sobre la posible coincidencia de la parcela cuya inmatriculación se solicita, con otras colindantes, continúa diciendo el artículo 205 de Ley Hipotecaria. Dicha notificación no se ha producido, al no tener la registradora dudas sobre la existencia de doble inmatriculación. Pero, de haberse producido, dada la respuesta del Ayuntamiento de Villafranca, este recurso podría haberse evitado porque la calificación hubiera sido positiva.

Por otro lado, como ha declarado esta Dirección General en la Resolución de 26 de octubre de 2021, para que el registrador pueda, para rechazar la inmatriculación, apreciar la coincidencia entre la finca a inmatricular y otra finca ya inscrita, no puede aquél limitarse a objetar que la finca a inmatricular «coincide en diversos detalles descriptivos con la registral (...) debiendo entenderse que la superficie de aquélla forma parte de ésta como matriz»; sin expresar motivo alguno ni cuáles son los detalles descriptivos que le han llevado a tal conclusión.

Resolución de 19-9-2023
BOE 26-10-2023
Registro de la Propiedad de Antequera.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

No procede cancelar por caducidad ex art. 82 LH si de los hechos concurrentes resultan indicios suficientes para estimar que la prescripción de la acción ha podido interrumpirse.

Se trata de determinar si ha sido interrumpida la prescripción de las acciones y si, en cualquier caso, corresponde o no al registrador apreciar si se ha producido esa interrupción. Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que (vid. «Vistos» y, por todas, Resolución de 18 de mayo de 2006) que no corresponde al registrador en su función calificadora, apreciar el instituto de la prescripción, (cfr. artículos. 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de este Centro Directivo de 7 de julio de 2005 y 15 de febrero de 2006), no pudiendo ser alegada esa circunstancia en la nota como causa impeditiva de la inscripción. El hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda ser apreciada directamente por el registrador; cuestión distinta es que se establezcan legalmente procedimientos especiales para facilitar la liberación de cargas, como el prevenido en el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Aunque el registrador no puede determinar si la prescripción existe o no porque su consideración es exclusiva de los tribunales, conforme al propio artículo 82.5.o de la Ley Hipotecaria, sí puede apreciar la constancia en el Registro de actos que pudieran ser indicativos de que se ha interrumpido el plazo. De los hechos resulta que por parte del acreedor o acreedores se han llevado a cabo actuaciones que suponen que consideran que el crédito está vigente y la prescripción interrumpida, sin que conste si en su momento el deudor hizo alegaciones frente al requerimiento de pago efectuado, como pudiera ser la pérdida de titularidad del crédito a que alude el recurrente; en definitiva, a la vista del historial registral de la finca, el registrador tiene indicios efectivos de que puede haberse interrumpido la prescripción.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 24-7-2023.
BOE 27-9-2023
Registro Mercantil de Granada, número II.

IMPORTE CON QUE DEBE CONSTITUIRSE LA RESERVA INDISPONBILE EN CASO DE REDUCCIÓN DE CAPITAL MEDIANTE ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PARA SU AMORTIZACION.

SE REVOCA

El "importe percibido por los socios en concepto de restitución de su aportación" del art.332.1 debe entenderse como el valor nominal de las participaciones amortizadas y, en consecuencia, la reserva indisponible debe constituirse únicamente por un importe equivalente al valor nominal de las mismas. (art. 332 LSC y Resoluciones de la DG de 11 de junio de 2020, 22 de mayo de 2018, 10 de mayo de 2017, entre otras.)

Resolución de 24-7-2023.
BOE 27-9-2023
Registro Mercantil de Granada, número II.

IMPORTE CON QUE DEBE CONSTITUIRSE LA RESERVA INDISPONBILE EN CASO DE REDUCCIÓN DE CAPITAL MEDIANTE ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PARA SU AMORTIZACION.

SE REVOCA

El "importe percibido por los socios en concepto de restitución de su aportación" del art.332.1 debe entenderse como el valor nominal de las participaciones amortizadas y, en consecuencia, la reserva indisponible debe constituirse únicamente por un importe equivalente al valor nominal de las mismas. (art. 332 LSC y Resoluciones de la DG de 11 de junio de 2020, 22 de mayo de 2018, 10 de mayo de 2017, entre otras.)

Resolución de 24-7-2023.
BOE 27-9-2023
Registro Bienes Muebles de Madrid, número III.

NO EXISTE OBLIGACION DE DISPONER DE NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL PARA LAS SOCIEDADES JURIDICAS EXTRANJERAS NO RESIDENTES Y QUE NO OPERAN EN ESPAÑA.

SE REVOCA

Las personas jurídicas extranjeras que carezcan de establecimiento permanente en España y que no operen de otro modo en España no resultan obligadas a disponer de número de identificación fiscal. No resultando obligada a disponer de número de identificación fiscal la sociedad extranjera no residente y que no opera en territorio español no puede exigirse la acreditación de dicho número a efectos de proceder a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

Resolución de 25-7-2023.
BOE 27-9-2023
Registro Mercantil de Alicante, número IV.

DEPOSITO DE CUENTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS.

SE REVOCA

No existiendo obligación legal, para exigir la necesidad de verificación contable debería haberse aprobado por acuerdo de Junta General o del órgano de administración.

Finalmente, indicar que conforme a la Ley 39/2022 de 30 de diciembre le corresponde al Consejo Superior de Deporte el control económico de las entidades deportivas que participan en competiciones profesionales

Resolución de 26-7-2023.
BOE 27-9-2023
Registro Mercantil Central, número III.

NO EXISTE OBLIGACION DE DISPONER DE NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL PARA LAS SOCIEDADES JURIDICAS EXTRANJERAS NO RESIDENTES Y QUE NO OPERAN EN ESPAÑA.

SE REVOCA

Las personas jurídicas extranjeras que carezcan de establecimiento permanente en España y que no operen de otro modo en España no resultan obligadas a disponer de número de identificación fiscal. No resultando obligada a disponer de número de identificación fiscal la sociedad extranjera no residente y que no opera en territorio español no puede exigirse la acreditación de dicho número a efectos de proceder a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

Resolución de 26-7-2023.
BOE 28-9-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

DEPÓSITO DE CUENTAS DE UNA AGRUPACIÓN DE INTERES ECONÓMICO: ESTADO DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA.

SE CONFIRMA

Estando obligada la agrupación de interés económico que solicita el depósito de sus cuentas a realizar el estado de información no financiera por reunir los

requisitos legales (todos los miembros de la agrupación son sociedades, art.41.2 Ccom.), debe llevarlo a cabo, verificarlo y depositarlo en el RM conforme a la normativa vigente. (art.1 de la Ley 12/1991 y Stcia TS 162/2007).

Resolución de 26-7-2023.
BOE 28-9-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

DEPÓSITO DE CUENTAS DE UNA AGRUPACIÓN DE INTERES ECONÓMICO: ESTADO DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA.

SE CONFIRMA

Estando obligada la agrupación de interés económico que solicita el depósito de sus cuentas a realizar el estado de información no financiera por reunir los requisitos legales (todos los miembros de la agrupación son sociedades, art.41.2 Ccom.), debe llevarlo a cabo, verificarlo y depositarlo en el RM conforme a la normativa vigente. (art.1 de la Ley 12/1991 y Stcia TS 162/2007).

Resolución de 24-7-2023.
BOE 12-10-2023
Registro Mercantil de Granada, número II.

IMPORTE DE LA RESERVA INDISPONIBLE EN CASO DE REDUCCIÓN DE CAPITAL POR ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PARA SU AMORTIZACIÓN.

SE REVOCA

Misma doctrina resoluciones 20133 y 20134 de 24 julio. Se reitera la doctrina de la DG que la reserva indisponible debe constituirse únicamente por un importe equivalente al valor nominal de las participaciones amortizadas. (art. 332 LSC y Resoluciones de la DG de 11 de junio de 2020, 22 de mayo de 2018, 10 de mayo de 2017, 24 de julio de 2023, entre otras.)

Resolución de 28-7-2023.
BOE 12-10-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL.

SE CONFIRMA

Aunque una denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española. En el caso objeto de este expediente

en la que estamos ante una denominación que coincide con una sociedad luxemburguesa de idéntico nombre, socio único de la sociedad afectada (arts.407.2 y 408.2 RRM).

Resolución de 28-7-2023.
BOE 12-10-2023
Registro Mercantil de Castellón, número II.

UNIPERSONALIDAD SOBREVENIDA DE UNA SOCIEDAD.

SE REVOCA

Aunque la declaración de socio único no se haga en la misma escritura de compraventa de participaciones sino en otra posterior otorgada el mismo día se cumplen todas las garantías que se pretenden con la base documental a que se refiere el art. 203.1 RRM, pues en dicha escritura declara el administrador, órgano encargado de la llevanza y custodia del libro registro, que la transmisión ya ha producido el efecto señalado y es otorgada en base a la certificación expedida por el administrador entrante con la firma del saliente

Resolución de 28-7-2023.
BOE 12-10-2023
Registro Mercantil de León.

CLAUSULA ESTATUTARIA DONDE DETERMINA EL VALOR RAZONABLE DE LAS PARTICIPACIONES CON UN CRITERIO DIFERENTE AL LEGAL. VALIDEZ DE LA CLAUSULA ESTATUTARIA RELATIVO A ASIGNAR LOS HONORARIOS DEL EXPERTO INDEPENDIENTE A CARGO DEL SOCIO EXCLUIDO.

SE REVOCA

Acorde a lo indicado en la Resolución de la DG de 15 de noviembre de 2016 se admite el establecimiento de un régimen estatutario diferente del legal para la determinación del valor razonable que tome como criterio el del valor contable, como es en este caso que se tiene en cuenta el valor contable que resulte del último balance aprobado en Junta. Admitida como válida esta cláusula estatutaria, y no habiendo norma en contrario, se debe entender también admitida que sea a cargo del socio eventualmente excluido, los honorarios devengados por el experto independiente designado por el Registro Mercantil para determinar el valor razonable de dichas participaciones, debiendo entenderse la norma del art.355 LSC de carácter dispositivo.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Breves apuntes sobre el derecho a la imagen en la era digital

Brief notes on the right to the image in the digital era

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El siglo XXI, el avance progresivo de las nuevas tecnologías, y las redes sociales, han puesto de manifiesto la necesaria protección de los derechos fundamentales afectados. Nos hemos centrado en alguna de las cuestiones que llegan hasta nuestros Tribunales en relación con el derecho a la imagen y su conexión con la protección de datos personales. Los escenarios han cambiado, los problemas surgen en cuanto a la utilización de fotos tomadas de cuentas privadas de las redes. Apuntamos algunos interrogantes y retos del legislador, así como los cambios existentes en el ámbito jurisprudencial.

ABSTRACT. The 21st century, the progressive advance of new technologies, and social networks, have revealed the necessary protection of the fundamental rights affected. We have focused on some of the issues that reach our Courts in relation to the right to image and its connection with the protection of personal data. The scenarios have changed, problems arise regarding the use of photos taken from private network accounts. We point out some questions and challenges for the legislator, as well as the existing changes in the jurisprudential field.

* 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.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen; redes sociales; libertad de información; medios de comunicación.

KEYWORDS: Right to one's own image; social networks; freedom of information; media.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIA IMAGEN.—II. LUGARES PÚBLICOS, NO PUBLICOS, REDES SOCIALES.—III. COMPARTIR IMÁGENES O VIDEOS. IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: JUICIO DE PONDERACIÓN.: A. Prevalecimiento del derecho a la imagen frente al de información: La utilización de la foto de perfil de las redes sociales y el consentimiento. B. Publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Inexistencia de intromisión ilegítima.—V. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN: PUBLICACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA TRAS LA DECLARACIÓN DE LA INTROMISIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN.—VI. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA IMAGEN DE LOS MENORES.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIA IMAGEN

La imagen de la persona es la representación o descripción de su apariencia física, que nos la hace presente, nos la representa,[1] cualquiera que sea el medio de reproducción utilizado: retrato, pintura, fotografía, filmación, grabación de la voz.

El derecho a la propia imagen abarca el aspecto físico como instrumento básico o primario de identificación y proyección exterior, además de constituir el factor imprescindible y decisivo para el propio reconocimiento como individuo. De esta manera, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal. Derecho reconocido constitucionalmente en el art. 18 como derecho fundamental de toda persona consustancial a su dignidad como persona.[2]

Pero, además, se haya conectado al nombre y a la voz[3], que son elementos que convierten en recognoscible al ser humano (caracteres que permiten conocer la identidad, su naturaleza y las circunstancias de la persona)[4] ya que son los rasgos propios del ser humano.

Imagen es, así, la representación del conjunto de elementos externos y perceptibles que configuran al sujeto. Como *derecho de la personalidad*,[5] la imagen tiene *naturaleza bifronte*, lo que significa que permite a su titular controlar la representación de su aspecto físico, porque le identifica. Esto lleva aparejado que el sujeto puede determinar la información gráfica donde la imagen sea captada y difundida. Y, por otro lado, el titular tiene derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por un tercero que no tenga su autorización.

Los derechos de la personalidad hacen referencia a un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar por constituir manifestaciones de la *dignidad de la persona* y de su propia *esfera indivi-*

dual. La propia Constitución subraya la inherencia de tal conjunto de derechos al propio concepto de persona (art. 10).

Esta era la doctrina clara hasta ahora en el mundo analógico: En el aspecto positivo se otorga por el propio titular la posibilidad de reproducir su propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella, contratando su utilización para fines comerciales o publicitarios, incluso mediante precio. Y, en su aspecto negativo o de exclusión, permite prohibir la obtención, reproducción o divulgación, por cualquier medio, de la imagen de una persona sin su consentimiento.[6]

Todo ello ligado al derecho moral a la imagen por su titular. Hay una esfera de protección de la esfera moral y relacionada con la *dignidad humana* del derecho a la imagen.

De esta forma y con las salvedades establecidas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/82, todas las personas, tienen el derecho a su imagen íntimamente conectado con el de la intimidad. De ahí, precisamente que constituya una intromisión ilegítima en ambos derechos el captar fotos de una persona sin su consentimiento y con la técnica del teleobjetivo, aunque dicha persona sea muy conocida, si se encuentra en un lugar poco concurrido o reservado, buscado de propósito para salvaguardar los derechos vulnerados. También las personas públicas tienen derecho a su propia imagen como cualesquiera otras personas cuando asisten a un acto público o en lugares abiertos al público.

La doctrina ya puso de manifiesto algunas de carencias de esta Ley Orgánica de 1982, donde no separa en su articulado el estudio de cada uno de los derechos objeto de protección, y donde no se fijan los límites de éstos con las libertades constitucionales de expresión y de información.[7] De ahí que haya tenido que recaer todo el peso de completar dichas carencias en la jurisprudencia, cuya labor ha sido durante más de cuarenta años y continúa siendo encomiable. Durante años los Tribunales han resuelto los diversos supuestos de intromisión ilegítima en los referidos derechos, y han adaptado aquella normativa a las nuevas necesidades sociales.

Hoy las cosas han cambiado, vivimos en el mundo digital, de las nuevas tecnologías, y de las redes sociales. El control que tenía el titular sobre su imagen en el mundo analógico ahora no lo es tanto por lo que los problemas sobre su protección han cambiado.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero 2020 ha indicado que «el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales de las personas, y en los que los usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, *se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interactuación*».[8]

A esto se añade que las imágenes que permitan la identificación de una persona constituyen datos personales (art. 4.1 RGPD), por lo que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen habría de comportar, al tiempo, la vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Por otro lado, hay que señalar que hay una *nueva Cultura 2.0 con su código moral y ético, producto de la revolución digital y de los Social Media* que permite a millones de personas interconectarse y establecer intercambio de contenidos y de conversaciones a través de la Red gracias a la cual la cual las personas están más cerca las unas de las otras, estableciéndose nuevas formas de relaciones sociales, basadas en la pertenencia a comunidades virtuales, a grupos de interés y de seguimiento de marcas personales o corporativas, lo cual contribuye a *nuestro propio marketing digital*.

La imagen en esta nueva cultura está ligada a los rasgos de personalidad. Todos tenemos una marca personal. Sólo tenemos que descubrirla y potenciarla. Tener una marca personal es en la mayoría de los casos una cuestión de ser y querer, esta marca, existe porque está en la mente de alguien, y para que esto suceda, tiene que ser visible ante los demás.

II. LUGARES PÚBLICOS, NO PUBLICOS, REDES SOCIALES

Antes, en el mundo analógico, los problemas se presentaban con la *captación de imágenes en lugares públicos*… captación de imágenes con teleobjetivos en playas recónditas, o en yates en alta mar….

Tras el nacimiento de las redes sociales,[9] los problemas aparecen con las *fotos del perfil de las cuentas de Facebook*, o cualquier tipo de foto de cualquier red social,[10] por ejemplo. El perfil es de acceso normal por una generalidad de personas, aunque de hecho puede ser accesible por cualquiera.[11] En general, quien accederá al perfil o visualiza el contenido de la propia página, normalmente serán sus propios contactos porque se conocen y se le ha aceptado expresamente. Aunque también puede ocurrir que alguien "brujulee" por determinados perfiles para acceder a él. así como quien, activamente, busque el perfil y acceda a él. Lo que determina que en realidad no pueden considerarse lugares privados.

Si sigo una cuenta me descargo la imagen y la pongo en mi perfil, o lo pongo en mi historia y alguien hace captura de pantalla con su móvil, se amplía la difusión de la imagen y se divulga tanto dentro de la red social, como para otros usos y fines.

Publicar o colgar una imagen en la cuenta no es equiparable al otorgamiento de un *consentimiento tácito* para el uso de la imagen por otros fuera del ámbito de la propia red social (recordemos que para consentir es necesaria capacidad de obrar, hay que distinguir entre menores de y mayores de edad).

Y, *¿si se obtiene la imagen del perfil de un personaje público*? Pues al no ser las redes sociales lugares abiertos al público, debería obtenerse su consentimiento para la publicación con finalidades distintas a las propias de la red social. Da igual que el personaje sea público o no.

Aunque DE VERDA Y BEAMONTE mantiene lo contrario indicando que "si la persona es conocida y se informa de un suceso de relevancia social, no debieran existir inconvenientes para poder ilustrar la información relativa a dicha persona pública con una imagen tomada de su perfil de Facebook, como no existe ningún obstáculo para que, en aras de la libertad de información, pueda publicarse una fotografía suya, captada en un lugar abierto al público."

Por otro lado, podría considerarse lícita la utilización por terceros de la información gráfica de una persona conocida públicamente que ha compartido en sus

redes sociales por entender que tal acto podría identificarse con la noción de acto público (acto celebrado con conocimiento, acceso y asistencia de público, de la colectividad en general) contenida en el art. 8.2.a) LO 1/1982.

Y, ¿si la imagen no es estática, sino que aparece integrada en un vídeo? Pues que se mantienen las anteriores afirmaciones. Recordemos que el video es una reproducción de imágenes, acompañada o no de sonidos, en una plataforma o red social. Video que puede compartirse y tiene acceso al público en general, o no. Y que por las características del formato *on line*, puede ser visto y compartido *simultáneamente* por miles de personas, esto es, que al mismo tiempo puede reproducirse y compartirse a su vez por miles de personas de manera recurrente.

Este tipo de situaciones se pueden entender como actos púbicos a los efectos del art. 8.2 a) LO 1/1982, independientemente de su naturaleza virtual.

III. COMPARTIR IMÁGENES O VIDEOS

Inicialmente podemos decir que *compartir* es hacer a otra persona partícipe de algo que es suyo. Las redes sociales tienen unos iconos para compartir el contenido, con rapidez. La necesidad de compartir contenido, integrado por imágenes, en las redes sociales se debe a que tras ver o leer algo interesante según las preferencias de cada uno se siente la necesidad de trasmitirlo, de pasar a ser el propio creador de contenido.[12]

Generalmente es el propio sujeto, titular de su cuenta el que crea contenido (pasa tiempo realizándolo) y es quien quiere que sus amigos, o su audiencia a su vez lo comunique, y la única forma de hacerlo es compartiéndolo. Incluso se pueden agregar enlaces para redes sociales que sean fáciles de ver y conduzcan a publicaciones listas para compartir. En este caso, a través de pequeños símbolos que aparecen en las redes sociales el usuario hace clic en ellos, y así accede automáticamente a un mensaje listo para publicar en una plataforma determinada, o en varias a la vez. Los iconos para compartir también pueden incluir el envío de contenido a una dirección de correo electrónico.

Los iconos sociales para compartir pueden mejorar la experiencia del usuario de su sitio. Con ello se persigue que los seguidores conozcan determinado contenido y que a su vez lo transmitan a sus propios contactos. De modo que se genera más conciencia sobre su personalidad, su marca personal, así como sobre el contenido más relevante que tiene su sitio.

También hay iconos muy útiles para ampliar la difusión de los mensajes y, además, minimizan el tiempo que lleva redactar una publicación sobre algún contenido de la propia marca del usuario que quiere compartir en las redes sociales.

Esto origina, a su vez, un intercambio de fotos y contenido. Imaginemos el siguiente supuesto: varias personas han asistido a un mismo acto público, en la que todos ellos posan para las fotografías. Cada una de ellas tiene sus propias redes sociales y quieren dar a conocer el acto para dar publicidad al evento realizado. Cada uno de ellos puede guardar las fotos publicadas por uno de ellos, o las de todos los demás, para ponerlo en su red social dándole un contenido propio en la misma línea "editorial" que la que han realizado sus compañeros o amigos. Se entiende

que hay un consentimiento tácito para la publicación de las fotos por todos ellos puesto que todos han posado para la realización de la fotografía.

Y, ¿si se utilizan las fotos dándole otro contenido, por ejemplo, criticando el acto, denigrando la actuación de sus compañeros…? ¿Qué ocurre en tal caso? Desde luego no puede considerarse que hay un consentimiento para ello, además se causa un daño directo originador de infracción civil con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Y, en el caso de una imagen noticiable, es decir, aquella que es digna de ser publicada, y, además, divulgada como noticia, por lo que resulta interesante que se pueda compartir. Nótese que divulgar consiste en extender, poner al alcance del público algo.

La SAP de Zaragoza de 21 de mayo de 2020[13] afirma que, incluso cuando las redes sociales no constituyan un lugar abierto al público, especialmente en el caso enjuiciado en que *la cuenta no era pública y la foto se obtuvo del muro de un «amigo» del afectado que compartió la imagen,* el hecho de que el titular de la imagen ostente la condición de personaje público, sí justifica la publicación de la misma en prensa si ostenta relevancia informativa. Acaba primado el derecho a la información frente al derecho a la propia imagen por el interés de la imagen para la opinión pública, con independencia del lugar —no público— del que fue obtenida.

Afirma la Audiencia que "el carácter de cargo público que el actor tiene le da un interés social a la publicación de la fotografía del que no gozarían otros supuestos. […] [L]a justificación de la publicación de la misma tiene su origen en el cargo público que desempeñaba el actor y en el interés que la opinión pública tiene en conocer la existencia de conductas contrarias de sus representantes electos al sentir generalizado de los ciudadanos."

IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: JUICIO DE PONDERACIÓN.

Los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de sus derechos, y el contenido de los mismos sigue siendo el mismo en la era digital del siglo XXI que en la era analógica de los años 80. Por consiguiente, la persona sigue pudiendo controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. El entorno digital no es el «lugar abierto al público» al que se refiere el art. 8.2.a para precluir la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Si la captación, reproducción o publicación de la imagen no se encuentra justificada por el interés público y la libertad de información, tendrá que existir autorización inequívoca al efecto pretendido y sólo a éste. Se trata de un consentimiento concreto y bien definido, que ni se extiende a otros usos ni tampoco a actos posteriores (STC 27/2020, de 24 de febrero).

A. Prevalecimiento del derecho a la imagen frente al de información: La utilización de la foto de perfil de las redes sociales y el consentimiento

En la STS de 15 de febrero de 2017,[14] el supuesto de hecho reside en que un periódico local había publicado un reportaje acerca de un episodio violento

sufrido en el seno de una conocida familia de Zamora. Un individuo hirió a su hermano con arma de fuego y después se suicidó. En el reportaje se da cumplida información, incluso *con la publicación de la fotografía del agredido, que había sido tomada de su perfil de Facebook*. La sentencia entiende que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima en este derecho, aunque sí en el derecho a la propia imagen.[15]

La cuestión que nos interesa radica en que *el actor tenía una cuenta de Facebook en la que se incluía su fotografía, de libre acceso. Se pretende que la inclusión por su titular en un lugar de libre acceso de su fotografia* era circunstancia constitutiva de actos propios que excluyen el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen. De seguir este argumento se entendería que estaríamos ante un supuesto de alguna de las causas de justificación de los apartados 1 y 2 del art. 8 de la LO 1/1982, por tratarse de una actuación autorizada y ser la imagen algo como meramente accesorio. ¿Pero, realmente esto es cierto?

Nos encontramos con una *situación tecnológica nueva* y con un supuesto distinto. ¿Realmente que un titular de una cuenta de Facebook ilustre con una fotografía su perfil, implica que otorga su consentimiento para que la imagen sea utilizada para otros fines diferentes? Evidentemente no. Y menos aún, que pueda considerarse que presta su consentimiento para ilustrar un suceso de violencia familiar que termina con el suicidio del agresor. No hay un consentimiento expreso otorgado para la publicación de la fotografía, solo hay un consentimiento para poner en su perfil. Ni siquiera la imagen era «meramente accesoria» de la noticia (art. 8.2.c). Por eso dictamina el Tribunal que hay una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

Apoya su argumento la Sentencia del TS en que "la finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación". El titular otorga el consentimiento para esta finalidad y no otra.

De ahí que no tenga en cuenta la argumentación de El Correo de Zamora quien insiste en la *teoría de los actos propios* para intentar excluir la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

Y, ¿cuál es la finalidad del consentimiento del titular de la imagen en una r4d social? Pues en principio que el público pueda ver su fotografía. Y la autorización tácita implica que se otorga como "consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet", pero no supone autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta.

Ese consentimiento no se expande al consentimiento expreso que exige la ley en el art. 2.2. Por otro lado, ni las ediciones en papel ni digital de un periódico tienen la condición de consecuencia natural del carácter accesible de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía la consideración de personaje público.

Esta doctrina sentada en 2017 por el Tribunal Supremo se vuelve a confirmar en la STS de 19 de diciembre de 2019 donde se insiste en que la imagen que uno sube a Facebook o a cualquier red social para utilizarla como perfil tiene como finalidad que los terceros puedan tener acceso al contenido de la cuenta e inte-

ractuar con su titular, pero no queda legitimada su utilización en un medio de comunicación si no se cuenta con el consentimiento Y menos cuando la imagen se pone al servicio de una información noticiable como la de la STS de 2017 un episodio violento, o como en el supuesto de hecho de esta sentencia con la detención y entrada en prisión del sujeto.[16]

Al igual que en el caso anterior, en esta sentencia se concreta también que no puede argumentarse que la imagen trate de ilustrar acerca de la detención e ingreso en prisión de un psicólogo, todo ello bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores.

La sentencia afirma que la persona adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, pero tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. Una cosa es que en la noticia se incluya información gráfica y otra que pueda utilizarse "cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente".

En conclusión, no cabe que cualquier información sobre el sujeto ni cualquier difusión pública de su imagen se encuentre amparada por la libertad de información.

En la STS de 28 de julio de 2022[17], se insiste por el Alto Tribual en que, si no existe interés público, la captación y reproducción de la imagen de una persona debe contar con su consentimiento. Un consentimiento que debe darse «al efecto», y que no puede presumirse otorgado para otros usos, otras finalidades u otros hechos posteriores.

Pero en esta sentencia se recoge la configuración de las distintas plataformas y redes sociales.

«YouTube es un sitio web, que permite a sus usuarios subir vídeos para que otros puedan visionarlos en cualquier momento y de manera online». Pero Youtube «permite configurar la privacidad de los vídeos incorporados para controlar quién puede acceder a su contenido y dónde aparecerá, bajo tres niveles u opciones: público, oculto o privado. En la primera de ellas, cualquier usuario de Youtube puede ver los vídeos de tal forma anexados. Además, se pueden compartir con cualquier persona que use la plataforma».

Tanto Facebook como Twitter permiten a los usuarios subir vídeos para que otros puedan verlos en línea en cualquier momento, y lo pueden hacer también desde su teléfono móvil o computadora. En ambas plataformas los usuarios pueden ajustar la privacidad de sus vídeos y eliminarlos por completo. En Facebook, los usuarios pueden anexar vídeos a su perfil o página, y también pueden transmitir vídeos en vivo a través de Facebook Live. Además, Facebook también tiene una suerte de videoteca donde los usuarios pueden descubrir y visualizar vídeos populares de todo el mundo.

Y en el caso de Twitter, los vídeos se pueden subir directamente a Twitter o a través de servicios de alojamiento de vídeo externos como YouTube o Vimeo.

Además, Twitter también tiene una función de transmisión en vivo llamada Periscope, que permite a los usuarios transmitir en vivo y compartir vídeos en tiempo real con su audiencia.

En Facebook, cuando un usuario comparte un vídeo en su perfil o en una página, puede seleccionar la audiencia específica que tendrá acceso al vídeo.

En el supuesto de hecho de esta sentencia las imágenes habían sido incorporadas a Youtube por el hijo del actor, y que éste en ningún momento cuestionase esa circunstancia, entiende la sentencia que ello implica un consentimiento a tal incorporación.

Prevalece la libertad de información acerca de un asunto grave y de interés público cuyo protagonista era un personaje de proyección pública que además hacía en esas imágenes una ostentación de su alto nivel de vida. Hay que tener en cuenta que la ponderación tiene en cuenta el elemento del mayor o menor grado de reserva y discreción que cada persona mantiene para sí y su familia.

En conclusión, no es una cualidad específica de Youtube el que el usuario pueda seguir teniendo el control sobre los vídeos incorporados a la plataforma. Naturalmente que el titular de la imagen no se desprende de su derecho, porque no existe «una supuesta presunción de autorización de uso indiscriminado que derivase del simple y único dato de la incorporación del vídeo a esta plataforma». No obstante, como en los supuestos de las sentencias anteriores, se concreta que el consentimiento que un usuario pueda haber otorgado para publicar una imagen no legitima para que ésta pueda ser utilizada con una finalidad distinta.

B. Publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Inexistencia de intromisión ilegítima

Todo lo contario ocurre en el caso de la STS de 20 de julio de 2018[18] donde se analiza la utilización privada en cuentas de Twitter de particulares con imágenes que se hallan disponibles al público en Internet que sí puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general.

La inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla. Conforme a lo previsto en el art. 2.1 LO 1980., los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, twits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el twit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, *excluyen el carácter ilegítimo de la pretendida intromisión en el derecho a la propia imagen.*

El derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto o incondicionado, sino que tiene unas limitaciones que la propia ley establece (arts. 2.1 y 8 2 LO 1980), lo que obliga a hacer el llamado *juicio de ponderación*. La persona tiene derecho a evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización, pero la intromisión se encuentra permitida «cuando la propia y previa conducta del afectado, o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel».[19]

V. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN: PUBLICACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA TRAS LA DECLARACIÓN DE LA INTROMISIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN

La STS de 27 de abril de 2022,[20] aborda el estudio de si tras la declaración de la intromisión del derecho a la imagen debe para su restablecimiento incluirse la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. Cuestión que está clara en relación con la intromisión en el derecho al honor pero que, en relación con la imagen, *el perjudicado deberá acreditar además la necesidad de la medida y su proporcionalidad.*

El derecho a la propia imagen tiene su propio tratamiento. Por ejemplo, una persona acusada de graves conductas criminales no tiene por qué tolerar la difusión de su imagen al servicio de hechos que nada tienen de conexión con los hechos objeto de la información. También se protegen las imágenes de personas fallecidas, evitando su divulgación (véase el caso de las imágenes de accidentes, o el de la sentencia de Paquirri), siempre pensando en proteger la memoria del fallecido.

En el supuesto de la sentencia, la imagen que se protege es la de «una persona carente de relevancia pública con anterioridad a los hechos luctuosos que fueron objeto de la información». De ahí que se condene solidariamente a los demandados a publicar a su costa, con la misma difusión que tuvo la información en la que se incluyó la fotografía de la hija del demandante, una nota informativa del contenido de la sentencia. (STS de 22 de octubre de 2020).[21]

VI. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA IMAGEN DE LOS MENORES

Los menores son particularmente frágiles de ahí que sean personas especialmente protegidas. [22]

Los menores de edad son en el mundo de las redes sociales sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; donde además participan en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades.

De ahí que haya sido el legislador de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil quien haya modificado esta percepción al indicar que se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal.[23]

Se modifica el concepto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor y los requisitos de consentimiento establecidos una década antes por la LO 1/1982, ya que se prescinde del requisito del consentimiento, sea

ya del menor suficientemente maduro o en todo caso del de sus representantes legales.

Pero, además, el legislador en este punto ha estado atento a la necesidad de alfabetización digital y mediática, como herramienta imprescindible para que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.[24]

En el mundo analógico el tratamiento gráfico de las imágenes de menores se siguen ciertos criterios según el tipo de información. Así en los medios de *prensa escrita*, si estamos ante una información neutra o positiva, las imágenes pueden publicarse sin pixelar, pero en ese caso se requiere el permiso de los padres". Pero, debe pixelarse el rostro de los niños cuando la información en la que se incluyen pueda causarles algún daño o perjuicio en caso de ser reconocidos. En estos casos, incluso cuando los padres dieran el consentimiento, el diario debería igualmente pixelar su rostro. Criterio que no se aplica a imágenes tomadas en "lugares remotos" ya que no se considera necesario pixelar el rostro, aunque la imagen sea negativa porque se entiende que los menores difícilmente serán reconocidos.

Y en el mundo de la *televisión*, no se difunde el nombre, la imagen u otros datos que permitan identificar a los menores de edad sin el consentimiento preceptivo. Ni tampoco se revela ningún dato que permita identificar a los menores si eso perjudica su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, especialmente si están relacionados con hechos delictivos, ya sea como víctimas, autores o como testimonio de un suceso.

Pero, todo ha evolucionado y las nuevas tecnologías y las redes sociales son utilizadas con profusión por los menores.

Y, aquí es donde además entra en juego la Ley de Protección de Datos.

Aunque el RGPD establezca la edad de 16 años para que un menor pueda publicar algo en redes sociales,[25] la Ley 3/2018 de Protección de Datos (LOPDGDD), rebajó la edad a los 14 años. Con lo que, a partir de 14 años, los menores podrán gestionar su privacidad en redes o internet en general de manera libre, sin consentimiento de los progenitores. En cuanto a los menores de 14 años, los progenitores o los tutores legales son quienes tienen el poder de decisión sobre el menor, aunque éste se niegue.

Si, por el contrario, son los progenitores los que quieren publicar la imagen del menor (mayor de 14 años), éste podrá negarse y no autorizar la publicación.

Resulta posible que la ex pareja publique en redes sociales las fotos de los hijos. En este caso será ilegal si el menor lo es de 14 años, y no se tiene el consentimiento de la ex pareja. De producirse, se pueden llevar a cabo distintas acciones, en primer lugar, se puede pedir al otro progenitor que retire la fotografía publicada en redes sociales o internet, o denunciar ante la propia red social o denunciar la publicación no autorizada. También se podrá acudir al Juzgado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria para que se retire la fotografía, con apercibimiento al progenitor que ha publicado a que no vuelva a realizarlo. O, acudir en vía penal, tanto en dependencias policiales como en el propio Juzgado, si ya se está atentando contra la imagen o derechos del menor.[26]

En todo caso si se publica la imagen del menor sin su consentimiento es una conducta susceptible de sanción a los progenitores de menores con multas de has-

ta diez mil euros como indemnización para los menores.[27] En la Ley de Protección de datos se recogen las multas aplicables por publicar fotografías sin consentimiento, de menores o mayores de edad, variando según la gravedad de la infracción, sanciones impuestas por al AEPD.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, tiene como fin garantizar la implementación de medidas de sensibilización de la *violencia sobre la infancia y adolescencia, entre otras situaciones, de las redes sociales y de internet,* y garantizar la retirada de los contenidos ilegales en las redes que supongan también violencia sobre los menores.

VII. CONCLUSIÓN

Los mecanismos jurídicos que proporciona nuestro ordenamiento para la adecuada protección de los derechos fundamentales, específicamente a la imagen, por sí misma y en relación con la intimidad, y la protección de datos personales, podrían resultar insuficientes para dar respuesta a los nuevos interrogantes que se plantean en el escenario digital, específicamente en el ámbito de las redes sociales.

No obstante, la actuación continua de los tribunales, teniendo al frente al Tribunal Supremo, resuelven las nuevas cuestiones que se les plantean con precisión.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, Alicia: "Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook", en *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021. Pags. 119-155

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero." *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017. Nº 6, 302-312.

SALVADOR CODERCH, P.; RUBÍ PUIG, A. y RAMÍREZ SILVA, P.: "Imágenes veladas: Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios", en *Indret*, 2011. Nº 1, 1-51.

IGLESIA MONJE, Mª Isabel de la: "El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 91, Nº 752, 2015, págs. 3619-3631.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: Carencias, interrogantes y retos del legislador", en *Revista Boliviana de Derecho,* ISSN-e 2070-8157, Nº. 23, 2017, págs. 168-191

ROVIRA SUEIRO, Mª. E.: "Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendien-

te?, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 8/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 1

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 313.

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (202/2019). De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social", en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* vol. 11 (2019), Madrid, ed. Dykinson, 2020, pgs. 199 y ss

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad", en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* Vol. 10, 2018 (2018), ISBN 978-84-1324-321-4, págs. 217-226

"Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)", Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (civil y mercantil), vol. 9 (2017), Madrid, ed. Dykinson, 2018, pgs. 347 y ss.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.

- STC, Sala 2ª de 24 de febrero de 2020. Número Sentencia: 27/2020 Número Recurso: 1369/2017. Ecli: ECLI:ES:TC:2020:27
- SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009
- STS, Sala Primera, de 28 de julio de 2022 Número Sentencia: 593/2022 Número Recurso: 67/2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3212:2022. Ecli: ES:TS:2022:3212.
- STS, Sala Primera, de 27 de abril de 2022 (334/2022). Número Sentencia: 334/2022 Número Recurso: 5222/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 1707:2022. Ecli: ES:TS:2022:1707
- STS, Sala Primera. Sección Primera, de 22 de octubre de 2020. Número Sentencia: 551/2020 Número Recurso: 6043/2019. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 4522:2020. Ecli: ES:TS:2020:4522
- STS, Sala Primera. de 3 de abril de 2019. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Número Sentencia: 202/2019 Número Recurso: 2106/2018. Numroj: STS 1142:2019. Ecli: ES:TS:2019:1142
- STS Sala Primera de 15 de febrero de 2017. Número Sentencia: 91/2017 Número Recurso: 3361/2015. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 363:2017. Ecli: ES:TS:2017:363
- STS Sala Primera de 20 de julio de 2018 Número Sentencia: 476/2018 Número Recurso: 2355/2017. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 2748:2018. Ecli: ES:TS:2018:2748

- SAP de Santander, Sección: Segunda, de 17 de mayo de 2021. Número Sentencia: 240/2021 Número Recurso: 2/2021. Numroj: SAP S 409:2021. Ponente: José Arsuaga Cortázar. Ecli: ES:APS:2021:409.
- SAP de Zaragoza, Sección: Quinta, de 21 de mayo de 2020. Número Sentencia: 327/2020 Número Recurso: 880/2019. Ponente: Alfonso María Martínez Areso. Numroj: SAP Z 633/2020. Ecli: ES:APZ:2020:633

X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- 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).
- CE
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

NOTAS

[1] En definitiva, la imagen es también lo que se *representa* (interpretar un papel, sustituir a otro, ser símbolo de algo), con lo que hay semejanza o afinidad, y la importancia de la apariencia, —lo que se puede ver o percibir de una persona o de un objeto desde afuera, aquello que se ve a simple vista, lo que muestra externamente una persona de sí misma hacia los demás.

[2] El derecho a la propia imagen es uno de los bienes inmateriales más importantes para la persona y su existencia, aunque paradójicamente, no resulten los más apreciados, y menos hoy en día consecuencia de las redes sociales. Precisamente su naturaleza inmaterial, la dificultad de probar los daños, la imposible reparación constituyen, entre otros, factores que obligarían a replantearse la función de la responsabilidad civil en este ámbito, como así señalaba ROVIRA SUEIRO ("Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 8/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 1)

[3] Que puede referirse simplemente al sonido producido por la vibración de las cuerdas vocales, o que puede concretarse, además, en la calidad, o el timbre o su intensidad. Lo cual sirve para reconocer a la persona, pero también para poner de relieve las facultades que tiene la persona (importante en los músicos)

[4] A través de estos elementos se puede conocer, además, el estado de salud en que se encuentra la persona, (para bien —lozanía, robustez, fortaleza, vigor, vitalidad, energía—, o, para mal —afección, dolencia, indisposición, padecimiento, trastorno, mal, dolor, malestar, sufrimiento, perturbación, achaque, arrechucho, gotera, molestia, decaimiento, alteración, plaga—); la cualidad o condición de la persona (estado, situación, posición, clase, categoría, cualidad, carácter, índole, genio, temperamento. Pero también aptitud, propiedad, facultad, habilidad, carácter, condición, esencia, índole, naturaleza, ralea, atributo, aspecto, calaña, capacidad).

[5] El derecho a la propia imagen se configura como un *derecho de la personalidad* que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, y así se concretó por las SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009.

[6] El Derecho a la imagen es un derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE, «que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta».

[7] YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 313.

[8] STC, Sala 2ª de 24 de febrero de 2020. Número Sentencia: 27/2020 Número Recurso: 1369/2017. Ecli: ECLI:ES:TC:2020:27

[9] Las redes sociales son plataformas digitales formadas por comunidades de individuos con intereses, actividades o relaciones en común (como amistad, parentesco, trabajo) que permiten el contacto entre personas y funcionan como un medio para comunicarse e intercambiar información.

Fuente: https://concepto.de/redes-sociales/#ixzz8H9mgrIZ8

[10] Las redes sociales se pueden clasificar en dos tipos: *Redes sociales horizontales o genéricas* que son las que no poseen una temática determinada, sino que apuntan a todo tipo de usuarios. Estas redes funcionan como medios de comunicación, información o entretenimiento. Son muy numerosas y populares, por ejemplo: Facebook o Twitter.

Y, las *redes sociales verticales*, que son las que relacionan personas con intereses específicos en común, como música, hobbies, deportes. Por ejemplo: Flickr, red social cuya temática

es la fotografía. Dentro de estas redes se encuentran las *redes verticales profesionales*, como LinkedIn, que involucra individuos que comparten el ámbito laboral o que buscan ampliar sus fronteras laborales.

[11] AGÜERO ORTIZ, Alicia: "Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook", en *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021. Pag. 147.

[12] Hay estudios que señalan que el 53% de los usuarios abandona un sitio web si este tarda más de 3 segundos en cargarse, porque se frustran o no completan acciones en internet si eso implica esperar unos segundos de más.

[13] SAP de Zaragoza, Sección: Quinta. Número Sentencia: 327/2020 Número Recurso: 880/2019. Ponente: Alfonso María Martínez Areso. Numroj: SAP Z 633/2020. Ecli: ES:APZ:2020:633.

[14] STS Sala Primera de 15 de febrero de 2017. Número Sentencia: 91/2017 Número Recurso: 3361/2015. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 363:2017. Ecli: ES:TS:2017:363

[15] "Si una fotografía es accesible al público por haberse subido a Facebook, ello no legitima a un tercero para publicarla en un medio de comunicación sin consentimiento", en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)", Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (civil y mercantil), vol. 9 (2017), Madrid, ed. Dykinson, 2018, pgs. 347 y ss.

[16] YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (202/2019). De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social", en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* vol. 11 (2019), Madrid, ed. Dykinson, 2020, pgs. 199 y ss

[17] STS, Sala Primera, de 28 de julio de 2022 Número Sentencia: 593/2022 Número Recurso: 67/2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3212:2022. Ecli: ES:TS:2022:3212

[18] STS Sala Primera de 20 de julio de 2018 Número Sentencia: 476/2018 Número Recurso: 2355/2017. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 2748:2018. Ecli: ES:TS:2018:2748

[19] YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad", en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* Vol. 10, 2018 (2018), ISBN 978-84-1324-321-4, págs. 217-226

[20] STS, Sala Primera, de 27 de abril de 2022 (334/2022). Número Sentencia: 334/2022 Número Recurso: 5222/2021. Ponente: Antonio García Martínez. Numroj: STS 1707:2022. Ecli: ES:TS:2022:1707

[21] STS, Sala Primera. Sección Primera, de 22 de octubre de 2020. Número Sentencia: 551/2020 Número Recurso: 6043/2019. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 4522:2020. Ecli: ES:TS:2020:4522.

[22] *Artículo tercero. Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

[23] LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LO 1/1996),

Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.…

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministe-

rio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Otorgamiento del consentimiento por parte de los progenitores a la que puede oponerse el Ministerio Fiscal por considerarla intromisión ilegítima, lo cual tiene su correspondencia procesal en los arts. 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

[24] *Artículo 5. Derecho a la información. 1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos*. Art. 5 de la LOPJM introducido por el art. 1.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

[25] En el artículo 8.1 del RGPD se establece que "(…) *el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años."*

[26] SAP de Santander, Sección: Segunda, de 17 de mayo de 2021. Número Sentencia: 240/2021 Número Recurso: 2/2021. Numroj: SAP S 409:2021. Ponente: José Arsuaga Cortázar. Ecli: ES:APS:2021:409.

Vid mi artículo sobre "El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 91, Nº 752, 2015, págs. 3619-3631.

[27] ¿Qué ocurre si el menor en una situación como esta decide denunciar? La cuestión fue planteada en un Tribunal de Roma, donde un hijo de 16 años denunció a su propia madre por colgar sin su consentimiento fotos y comentarios sobre él, lo que le provocaba una enorme "presión mediática". La progenitora contaba con un fuerte seguimiento en redes sociales, lo que justificaba la petición del menor para retirar las fotos. Por ello, la jueza ordenó la eliminación de todo el material y los comentarios y prohibió a la madre a seguir subiendo fotos de su hijo, so pena de una indemnización de hasta 10.000 euros.

El fallo del Procedimiento 39913/2015 se fundamenta principalmente en el artículo 96 de la Ley italiana de Derecho de Autor (Ley 633/1941), que establece que la imagen de una persona no puede estar expuesta sin su consentimiento, salvo excepciones; y en el decreto legislativo 196/2003 sobre el tratamiento de datos personales. Tribunale di Roma ordinanza del 23 dicembre 2017, procedimento 39913/2015.

https://www.ilsole24ore.com/art/anche-sanzioni-pecuniarie-genitore-che-pubblica-foto-figlio-web-AEvC46bD?refresh_ce=1

1.2. Derecho de Familia

Protección del interés superior de menor en materia de vivienda. Cuestiones jurisprudenciales

Protection of the best interests of the child in matters of housing. Jurisprudential issues

por

ISABEL Mª NICASIO JARAMILLO
Doctora en Derecho civil. Magistrada

EUGENIO PIZARRO MORENO
Doctor en Derecho civil e Internacional Privado US
Profesor Titular UPO

RESUMEN: Los avatares que generan la adecuada combinación de dos principios de alcance constitucional, el interés superior del menor y el derecho a la vivienda, además de tratarse de potenciales cuestiones de eventual recreación de conflictos vinculados al derecho de familia, suelen conformar situaciones en las que la búsqueda de soluciones judiciales han de poner en juego el valor de la excelencia, que no ha de ser otra cosa, en este ámbito, que la aplicación de criterios normativos que contribuyan a la búsqueda y realización de principios de justicia material. Con el objetivo de identificar estos principios y su aplicación jurisprudencial está redactado este trabajo de investigación.

ABSTRACT: The vicissitudes generated by the appropriate combination of two principles of constitutional scope, the best interests of the child and the right to housing, in addition to being potential issues of eventual recreation of conflicts linked to family law, usually lead to situations in which the search for judicial solutions must put into play the value of excellence, which must not be anything else, in this area, than the application of normative criteria that contribute to the search and realization of principles of material justice. With the aim of identifying these principles and their jurisprudential application, this research work is written.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor, vivienda, atribución de uso, derecho familia.

KEYWORDS: Best interest of the minor, housing, attribution of use, family law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL.—II. APUNTES HISTÓRICOS DE DERECHO COMPARADO, NACIONAL Y FORÁNEO. II.1. Evolución en el common law. II.2. Efectos no patrimoniales del matrimonio en el common law. II.3. Derecho interno autonómico. Ideas generales.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR A LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL. III.1. Cuestiones clásicas. III.2. Un nuevo paradigma a través de la temporalidad del uso.—IV. EVENTUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS EN RELACIÓN CON EL DOMINIO. IV.1. Vivienda familiar cotitularidad de ambos cónyuges o progenitores. IV.2. Vivienda titularidad exclusiva de uno de los cónyuges o progenitores. IV.3. La vivienda en los supuestos de custodia compartida. IV.4. El cese del uso atribuido por convivencia marital con un tercero. IV.5. La atribución del uso de la vivienda familiar debe ajustarse a los intereses concretos de los menores.—V. LOS MENORES ANTE EL DESAHUCIO DE VIVIENDA. STC 113/2021 DE 31 DE MAYO. V.1. La problemática de los desalojos forzosos de menores. Panorama legal y jurisprudencial. V.2. La STC 113/2021 de 31 de mayo: procesos de proporcionalidad y prevalencia del interés superior del menor en los juicios civiles que llevan aparejado lanzamiento. V.3. Eficacia expansiva de la sentencia. V.4. Eventual reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración motivada por la frustración del lanzamiento. V.5. Análisis crítico de las posibles conclusiones.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el interés superior del menor, ocupan un lugar relevante las cuestiones referidas a la vivienda y los menores. La primera problemática que se nos representa en materia de vivienda y menores se circunscribe de forma natural a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial o familiar. La respuesta legal la ofrece el artículo 96 del CC (en relación con el derecho común, pues las distintas leyes forales han establecido su regulación propia respecto de la cuestión, que analizaremos en el epígrafe siguiente), precepto ampliamente citado, cuestionado, interpretado e incluso corregido jurisprudencialmente, conforme han ido evidenciándose los problemas derivados de su rígida redacción e instaurándose con criterio preferente el sistema de custodia compartida de los menores.

Tras la resolución inicial de la composición familiar consecuencia de la ruptura del núcleo convivencial de los progenitores, pronto afrontan notorios problemas a los que, casuísticamente, la jurisprudencia ha intentado dar respuesta. La vivienda familiar constituye en la actualidad uno de los activos principales de la familia y por ende, de los individuos que la componen. La inversión material, pero también afectiva y emocional que constituye la adquisición o determinación de la vivienda familiar determina la trascendencia de la decisión sobre su uso. No debe olvidarse que constituye, asimismo, un elemento trascendental de la pensión de alimentos, identificada como habitación. Unir necesariamente custodia sobre los

menores y vivienda, han lastrado, a nuestro juicio, en gran manera, los acuerdos y la concordia necesarios tras la ruptura del matrimonio. El cónyuge que es desposeído del uso del domicilio familiar a favor de los menores y del otro cónyuge, se ve obligado a buscar un nuevo domicilio, a costearlo, en ocasiones a soportar las cargas financieras de la vivienda familiar, y a contribuir, habitualmente, a los alimentos de los menores. En muchos casos ello llevará a un mayor empobrecimiento de los cónyuges o convivientes, —no se olvide que los términos "divorcio" y "dividir" tienen la misma raíz— que se adiciona a los conflictos derivados de la separación de la familia.

La jurisprudencia también ha cuestionado la subsistencia del uso atribuido de la vivienda familiar en los casos de acceso de un tercero a dicha vivienda, como conviviente del excónyuge a quien había sido atribuida. Desde posicionamientos, a nuestro juicio, inspirados por la justicia material del caso, el Tribunal Supremo ha declarado la extinción del uso atribuido, desposeyendo a la vivienda del carácter de vivienda familiar[1].

Paralelamente a los procesos familiares, constituye un pronunciamiento actual de relevancia notoria la reciente STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, introduciendo un juicio de proporcionalidad concreto en los casos de procesos civiles cuando existen menores, con apoyo en el interés superior del menor, que de facto puede conducir a la paralización de muchos lanzamientos, sólo sobre la base de dicho interés, especialmente cuando el demandante es lo que hoy se conoce como gran tenedor[2].

La irrupción legal del concepto del deudor vulnerable se inició con la conocida Ley 1/13, de 14 de mayo, para los procedimientos de ejecución hipotecaria, y ha ido progresivamente extendiéndose a los lanzamientos de vivienda habitual de familias vulnerables, a través de diversos instrumentos legales y judiciales: una comunicación legalmente dispuesta entre los servicios sociales y los juzgados en los procesos de desahucio de vivienda habitual, con suspensión del proceso o de su lanzamiento para la adopción de las medidas asistenciales pertinentes; o las medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia, dirigidas a todos los supuestos de lanzamiento de vivienda de unidades familiares en situación de vulnerabilidad, tanto se traten de lanzamientos derivados de resolución de contratos arrendaticios, como de procesos civiles y penales de ocupación de inmuebles sin título. Y finalmente las distintas medidas de protección de colectivos vulnerables consolidadas en la Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, especialmente, significativas en el orden procesal en relación con los procedimientos de resolución arrendaticia o posesorios, pero también en materia de ejecución ordinaria e hipotecaria. Se constata la intención del legislador de consolidar legalmente una respuesta social al lanzamiento de familias vulnerables, conforme ha sido reclamado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Exposición de Motivos de la Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se hace eco de los pronunciamientos internacionales en materia de vivienda y lanzamientos forzosos en los siguientes términos: "*Es lógico que, dada su relevancia social, el derecho a la vivienda se recoja en importantes declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Uni-*

das, de 10 de diciembre de 1948. Su artículo 25.1 prevé que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él o ella, como a su familia, la vivienda. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, reconoce también en su artículo 11.1, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado incluyendo, entre otros, una vivienda igualmente adecuada. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sigue esta misma línea, reconociendo a lo largo de su articulado la necesidad de garantizar la accesibilidad como presupuesto fundamental para el disfrute de una vivienda adecuada. La Unión Europea también ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la vivienda de toda persona, que se recogió en la Carta Social Europea de 1961 y se reforzó en la Carta Social Europea revisada en 1996, según la cual las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas «a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes». También el artículo 19 del Pilar Europeo de derechos sociales, incorpora la vivienda entre los principios y los derechos esenciales para el funcionamiento de los sistemas de bienestar europeo y, por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 establece en su artículo 34.3 que «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

En esta misma línea se ha expresado la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que se pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y estatales aplicables, y que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna. En suma, la normativa internacional más actual es consciente del proceso de segregación de facto en el acceso a la vivienda de la que es víctima gran parte de la población, especialmente jóvenes y familias y colectivos vulnerables. Como consecuencia, sus postulados demandan un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general. Sólo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión, reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental e incluyendo en el mismo el acceso a los servicios básicos definidos en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, contribuyendo así a garantizar la vida digna en un entorno adecuado y a erradicar la pobreza en todas sus forma"s.

Las principales modificaciones de la Ley 12/2023 se introducen en la Disposición Final 5ª de la Ley, a través de diversas modificaciones de la LEC, cuyo análisis completo excede del estudio que abordamos. La reforma ahonda en la coordinación entre administraciones en los lanzamientos de personas en situación o riesgo de exclusión social (art. 150.4 LEC). Esta coordinación se desarrolla

en los procedimientos de desahucio arrendaticio, por precario, posesorios y de protección de derechos reales inscritos, introduciéndose una necesaria resolución judicial expresa sobre la suspensión del procedimiento o lanzamiento en caso de vulnerabilidad del demandado, no sólo en los casos de vulnerabilidad económica, sino también social. Se establece la obligación en los procesos a que se refiere el artículo 439 LEC, de especificar en la demanda la condición de gran tenedor del demandante y la de vulnerabilidad económica del demandado, introduciéndose en estos casos un procedimiento previo de conciliación o intermediación, requisitos todos que se configuran como presupuestos de admisibilidad de la demanda; requisitos similares se establecen en el artículo 655 bis y en el artículo 685 LEC, para los supuestos de subasta de bienes inmueble y ejecución hipotecaria. Igualmente se añade una disposición adicional séptima para regular idéntica comunicación a las administraciones prestacionales en los casos de adopción de medidas cautelares en los procesos penales del artículo 245.2 CP, tanto en los supuestos de vulnerabilidad económica como social.

El sentir legal ha ido calando en los pronunciamientos judiciales, hasta concluir con la sentencia del Tribunal Constitucional, que intentaremos analizar, fuertemente cuestionada por su voto particular, que no se dicta en aplicación de ninguna de las normas expuestas, asentándose en su totalidad, en el interés superior de los menores afectados.

II. APUNTES HISTÓRICOS DE DERECHO COMPARADO, NACIONAL Y FORÁNEO.

II.1. Evolución en el *common law*

Bajo las iniciales A. R. B., JR., se publicaba en la *Virginia Law Review*, (Mar., 1922, 370-373)[3], un breve análisis cuyo título es toda una declaración de principios: *¿Puede una mujer mantener contra un hombre una acción de reclamación por pérdida de los afectos de su esposo?* La pregunta en sí nos deja confusos —y así lo advertimos en otra investigación (PIZARRO, 2020, 131)—, derivado quizás de que la posibilidad inversa sí estaba permitida: la de que el esposo pudiera, en cierto modo, accionar contra su esposa por "pérdida de afecto marital". No es difícil vislumbrar que nos encontrábamos en los preludios del reconocimiento legal de la separación y el divorcio; el problema era que la acción, nudo gordiano del sistema, como vemos en seguida, no se reconocía de manera ambivalente al hombre y a la mujer. Esta fue la reflexión del Lord Chancellor en *Lynch v. Knight*[4], asunto que fue resuelto en 1861:

Nótese una posible traducción:

«*Si bien se trata de una primera impresión, si se puede demostrar que se nos presenta una concurrencia de pérdida y daño por el hecho demandado, estamos obligados a decir que esta acción es inadecuada. Tampoco es permisible que la pérdida del consorcio o de la sociedad conyugal pueda dar un motivo de acción*[5] *solo al marido. Pero la pérdida o ruptura de la sociedad conyugal no es una pérdida pecuniaria, y entiendo que puede ser una pérdida que el derecho reconozca; eso sí, tanto para la esposa como para el marido*».

Es obvio que el Lord Justice se equivocaba sobre la trascendencia económica de la ruptura matrimonial, aunque la verdadera objeción de este asunto era impedir la aplicación de esta acción a favor de la esposa en el Common Law por su eventual falta de capacidad para demandar sola, libre y conscientemente. Ello paralizaba, de igual modo, la posible suspensión del consorcio conyugal, lo que tenía implicaciones notables en el entramado patrimonial de la familia. Esta declaración muestra, sobre todo, que la cuestión económica ligada a los supuestos de crisis conyugales no había merecido al juez anglosajón un particular pronunciamiento sobre sus consecuencias.

Muy anterior en el tiempo —hablamos de los primeros años de 1700, s. XVIII—, en el Derecho genuinamente inglés que luego se exportó a la realidad norteamericana, llamó social y jurídicamente la atención el asunto *Duke v. Dutchess*[6], en el que la infidelidad de una duquesa genera la ruptura del matrimonio y la correspondiente decisión judicial sobre las cuestiones familiares. No existía aún el reconocimiento del divorcio, que no llegó hasta el año 1857, con la única excepción de una regulación particularísima a través del Clandestine Marriages Act de 1753, más de un siglo antes, para formalizar la institución a ojos de la iglesia protestante. El que representa, sin duda, el más esforzado trabajo por contar el recorrido del matrimonio anglosajón y sus efectos, personales y patrimoniales, es la monografía de Lawrence STONE[7], donde, en resumen, se analizan un conjunto de asuntos matrimoniales enjuiciados en la Corte eclesiástica de Canterbury, y en el que el autor articula la distinción entre *Uncertain Unions*[8], sobre la celebración del matrimonio ("the making of marriage") antes de la mencionada Marriage Act de 1753, y las *Broken Lives*, sobre la ruptura[9] del matrimonio ("the breaking of marriage") antes de la Divorce Act[10] de 1857.

Sin embargo, al decir de la doctrina más generalizada, una de las diferencias —en el ámbito sustantivo y procesal— con el sistema español es que en Inglaterra y Gales prevalece un principio de plasticidad que hace factible la adaptación normativa a la justicia del caso concreto. Una de estas manifestaciones es la conocida regla de las "cartas sobre la mesa", ya que todas las partes procesales tienen un deber legal no solo de decir la verdad, sino de aportar toda la información y documentación que tengan en su poder, incluso si les perjudica[11]. Este principio general tiene sus efectos más conmovedores en el ámbito de las consecuencias económicas del divorcio o *financial remedies*, ya que el derecho inglés no contempla régimen económico matrimonial alguno. El matrimonio no afecta a la titularidad o administración de los bienes de cada cónyuge; sin embargo, si la relación se rompe y no hay acuerdo entre las partes, el tribunal tiene total discreción para distribuir los bienes como le parezca justo, una vez conozca en detalle la historia de la pareja y su situación financiera. Para ello aplicará, según considere conveniente, el principio de necesidad (ambas partes deben tener todas sus necesidades cubiertas), el de reparto (todos los bienes han de repartirse partiendo de una regla de igualdad entre los cónyuges) y/o el de compensación (el cónyuge que ha abandonado una carrera lucrativa para cuidar de la familia debe ser retribuido)[12].

En definitiva, el recorrido histórico y una concepción jurídico-económica de perfil más liberal conducen a que la clave del sistema del régimen económico matrimonial anglosajón sea precisamente la ausencia normativa de un sistema. Este argumento puede unirse a la hipótesis, defendida incluso en la doctrina patria[13],

de que el escollo principal en que se encuentra la vivienda (y su uso, en caso de crisis conyugal y en relación con las consecuencias que ha de tener sobre los menores) tiene su génesis en el establecimiento *ex lege* del régimen ganancial, modelo familiar desfasado por la propia evolución natural de las cosas.

II.2. Efectos no patrimoniales del matrimonio en el *common law*

La idea más contundente que debemos expresar, en términos de análisis comparativo, es que el matrimonio anglosajón no tiene, *per se*, efectos patrimoniales[14]. Tampoco se produce, técnicamente, una comunidad de bienes (*community of property*); pero, es indudable que la ruptura del vínculo sí ha de producir unas consecuencias patrimoniales que jueces y tribunales tienen en su mano dirimir, con amplias libertades y consideraciones. Este conjunto de medidas se conoce como *anciallary relief*[15].

En relación con el patrimonio inmobiliario, el juez o tribunal, entre otra información, hará inventario y avalúo de menos de seis meses de antigüedad de cualquiera de los bienes inmuebles de los excónyuges, y solicitará la declaración de eventual redención de hipoteca, para determinar en qué vivienda-domicilio quedan los menores. Esta influencia se ha dejado notar en los países de ascendencia Common Law, y la mayoría de ellos impone restricciones sobre la vivienda familiar que no pueden tener otra justificación que la necesidad habitacional cuando hay menores[16].

Por concluir con palabras de ORTEGA (2017, 205)[17]: "Cuando dos personas heterosexuales contraen matrimonio, o dos personas del mismo sexo se inscriben como pareja de hecho (en Inglaterra el matrimonio homosexual no está permitido), todos los bienes que figuren a su nombre siguen siendo de su única titularidad. Cualquier obligación que tenga a su nombre sigue siendo de su cuenta exclusiva. Nada cambia en cuanto a la relación jurídica con terceros fuera de la pareja. Si el marido es demandado por deudas, la esposa no corre el riesgo de ver embargados sus bienes. Esto es, obviamente, en la medida en que ella pueda acreditar que los bienes son de su exclusiva propiedad. Por ejemplo, si la esposa tiene una casa a su nombre, ya sea adquirida antes o durante la vigencia del matrimonio, y sobre la cual el esposo no haya hecho ninguna contribución económica ni para su adquisición ni para su mejora, si el esposo tiene acreedores los bienes de la esposa siguen siendo de ella y no podrán embargarla[18].

De ahí que exista el mito de que en Inglaterra tienen "separación de bienes", en relación con terceros, puesto que los cónyuges conservan su propio patrimonio durante toda la vigencia del matrimonio. Desde el punto de vista del abogado español, ésta es la pregunta más frecuente cuando las partes inician un procedimiento de divorcio y surge la cuestión de la aplicación del Derecho inglés. En este contexto, pensar que existe el régimen de "separación de bienes" no puede estar más lejos de la realidad".

De la jurisprudencia que cita el autor, nos quedamos con la importante *McFarlane vs. McFarlane* (2006), relativa a las consecuencias económicas del divorcio, donde se identificaron la necesidad, la compensación y el reparto (*needs, compensation and sharing*) como los tres elementos a tener en cuenta para resolver, en

justicia, un caso de derecho de familia. Esto es, hay una serie de factores que el tribunal debe tener en cuenta a la hora de tomar su determinación, incluyendo, primero, la existencia de menores, y a partir de aquí, las necesidades presentes y futuras, recursos, capacidad de generar ingresos, edad, duración del matrimonio y las contribuciones de cada cónyuge a la economía familiar. Como puede apreciarse, las soluciones en los regímenes comparados tienden a equipararse.

II.3. Derecho interno autonómico. Ideas generales

No está de más recordar que han sido cuatro las comunidades forales que han abordado con mayor denuedo la regulación de esta materia: en orden cronológico, Valencia[19], Aragón[20], Cataluña[21] y País Vasco[22]. Es conveniente atender a las líneas directrices de la regulación autonómica. Vaya por delante que todas han previsto la limitación temporal del derecho de uso sobre la vivienda, aunque, mientras que en Aragón y Valencia esa limitación está diferida a la voluntad de las partes o de la autoridad judicial (limitación subjetiva), en Cataluña y País Vasco está determinada por las circunstancias (vgr., en tanto en cuanto subsista la prestación de alimentos o dure la custodia de los menores; limitación objetiva). Como hemos recogido *infra*, el TC entendió que la ley valenciana era inconstitucional por invadir competencias del Estado, pues la Comunidad valenciana no pudo evidenciar que existiera en esta materia una tradición jurídica asociada al fuero, lo que supone eludir el presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE[23]. Acaso la mayor novedad, dejando al margen los aspectos identificativos comunes con otras legislaciones, es que se preveía la compensación por pérdida del derecho de uso de la vivienda familiar —se computaba, total o parcialmente, como contribución a los gastos ordinarios, su atribución sobre el criterio del interés superior del menor y, en consonancia, al cónyuge más necesitado[24].

Así viene a establecerlo también la ley aragonesa, donde se establecen las dos premisas: si la custodia se atribuya a uno de los cónyuges o progenitores[25], es obvio que en beneficio de los menores se le atribuirá también el uso de la vivienda, aunque introduce la salvedad de que "el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor"; sin embargo, si se establece un régimen de custodia compartida, el derecho de uso se asigna al cónyuge que tenga más dificultades de acceso a la vivienda, lo que introduce un elemento valorativo no siempre fácil de aquilatar.

Para ambos casos, es obvio decir que las partes han podido pactarlo en el convenio regulador; lo que no lo es tanto es que este principio que eleva al lugar merecido la autonomía de la voluntad, y cuya expresión es el *<standum est chartae>*[26], se encuentra fuertemente arraigado en el Derecho foral aragonés, al punto de que se regula incluso en su Derecho positivo. Este pacto puede ser privado, en cuyo caso no ejercerá su campo de acción sobre terceros ajenos a él. Por lo demás, como nota singular, aunque la atribución del uso es tenida en cuenta en relación con el establecimiento y cuantía de la pensión compensatoria, no se toma en consideración sin embargo para computarla respecto de la pensión de alimentos, como sí hacen las restantes regiones forales con competencia sobre la materia.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR A LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL

III.1. Cuestiones clásicas

Sobre esta cuestión[27] existe un importante debate jurídico —OLIVA (2017; 45 ss)–. es cierto que más doctrinal que jurisprudencial[28] pero con importantes elongaciones prácticas, que ha ido además evolucionando, como se ha indicado anteriormente, conforme se instauraba la custodia compartida en el panorama judicial y la sociedad se abría a nuevos modelos familiares. De considerarse un derecho familiar, desprovisto de todo contenido patrimonial y amparado en la protección de la familia, a discutirse su naturaleza de derecho real o patrimonial, pasando por la consideración de una limitación en la transmisión del dominio, con analogía en el artículo 1320 del CC, la naturaleza jurídica de la atribución del uso del domicilio pretende dar respuesta, no tanto a su atribución inicial tras la ruptura de la convivencia, sino especialmente al mantenimiento del uso en el tiempo, e incluso tras la enajenación de la vivienda. La doctrina se pronuncia en la actualidad por patrimonializar el uso adjudicado, estimando posible una compensación económica en la liquidación del régimen económico matrimonial o de la cotitularidad de la vivienda, y apostando por una temporalidad del uso, cada vez más aceptada jurisprudencialmente (lo que veremos en seguida).

Conviene recordar que la Resolución de la DGRN de 19 de enero de 2016 (actualizada, entre otras, por la más reciente de 29 de noviembre de 2021, ya también bajo el remozado nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), afirma que lo procedente es considerar "este derecho de uso como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96 del Código Civil, párr. últ.). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento".

Pretendemos analizar no ya naturaleza jurídica del uso, sino su justificación bajo la referencia al interés superior del menor, para dar respuesta a los problemas de transmisión de la vivienda familiar, sin necesidad de vulnerar las reglas básicas de la titularidad de los inmuebles. Pues como ha explicado agudamente la doctrina, la alteración de la concepción de la naturaleza del uso del domicilio familiar, ha venido propiciada por el deslumbramiento de la inscripción registral del uso y de la oponibilidad frente a terceros, admitida desde el inicio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[29].

Para ahondar en esta cuestión, distinguimos la finalidad de la atribución del uso debido a la titularidad del inmueble, recordando que, en caso de titularidad de tercero, y a salvo la regulación legal sobre subrogación contractual en el arrendamiento de la vivienda, la atribución del uso de la vivienda familiar no crea un derecho distinto del que existía con anterioridad al proceso matrimonial. Finalidad que equivale a la causa próxima de la atribución del uso entre los cónyuges, pues la fundamentación en todo caso de la adjudicación es y debe ser el interés superior del menor, como analizaremos detenidamente[30].

III.2. Un nuevo paradigma a través de la temporalidad del uso.

Decía, con perdón por tratarse de cita referencial, Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ (2020; 115)[31] que hacía constar SÁNCHEZ ALONSO[32] "…(que) en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se mantuvo que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:

«5ª a) Se propone la reforma del artículo 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas. La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente. b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: — La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. — En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal. c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada

en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido»"[33].

A pesar de que podamos recurrir a resoluciones de alto y persuasivo valor jurídico, no jurisprudencia, resulta de particular interés el análisis que había realizado la —en su época-DGRN, en resolución de 30 de mayo de 2018. Los hechos que condujeron al pronunciamiento pueden resumirse de la forma que sigue[34]:

a. Un matrimonio se divorcia y, de mutuo acuerdo, presenta un convenio regulador que, con el beneplácito del ministerio fiscal, pues hay menores, es aprobado en sentencia por el juez de instancia, donde se acuerda, por una parte, asignar a la madre la guarda y custodia del hijo menor y, por otra, se fija el siguiente régimen para la vivienda:

"El uso y disfrute del domicilio conyugal se atribuye a la esposa, junto con los bienes y enseres que en él se encuentran, distintos al ajuar adjudicado al esposo, salvo los que de mutuo acuerdo ya han sido retirados por el esposo. A estos efectos, ambas partes hacen constar que el esposo ya ha salido del domicilio conyugal con anterioridad al día de la fecha, habiendo retirado sus efectos y enseres personales."

b. El Registro de la Propiedad donde se pretende inscribir el acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar niega la práctica de la inscripción porque, según su criterio, es necesario que conste la duración o extensión temporal de dicho derecho.

c. La calificación negativa del Registrador de la Propiedad se recurre ante la DGRN[35].

A tales efectos será necesario hacer constar:

— En todo caso, la duración o extensión temporal de dicho derecho, como circunstancia identificativa necesaria del mismo para su inscripción de conformidad principio de especialidad hipotecaria, y principio general de derecho de nuestro ordenamiento en contra prohibiciones o limitaciones de dominio y de las facultades dispositivas perpetuas o indeterminadas en su contenido y extensión. Art 9 Lh y 51 RH.

Todo ello de conformidad art. 96 Código civil y doctrina de la DGRYN entre otras en resoluciones de 18 de noviembre de 2009 y 14 de mayo de 2009, como un derecho de carácter familiar, no como un derecho real patrimonial, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario para la disposición sobre dicho inmueble o en su defecto autorización judicial, criterio refrendado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de enero de 2010".

Da la sensación de que la calificación registral confundió la necesidad de declarar y establecer la temporalidad de su uso, con la imposible necesidad de fijación de un plazo temporal concreto, específico, que limitara, *mutatis mutandi*, el uso. No otra explicación puede tener el correctivo que aplica la resolución, pues, mientras que el registrador niega la inscripción basándose en que la naturaleza de este derecho de uso tiene un carácter familiar-no real, e impide su definición (lo que va en contra del principio de especialidad registral), la DGRN va a entender que no puede obligarse a determinar un plazo o extensión temporal concreto para el derecho de uso y disfrute del domicilio conyugal como se pretende[36].

"Lo cierto es que la práctica forense ante los Juzgados de Familia, de forma absolutamente pacífica y mayoritaria, nunca delimitan temporalmente el uso de la vivienda familiar, que se atribuye al progenitor custodio, por cuanto que dicha fijación de plazo no resulta en la práctica posible por resultar, atendiendo a la

naturaleza de los intereses en juego, indefinido y sujeto, en su caso, al oportuno procedimiento de modificación de medidas, cuestiones sujetas obviamente a la jurisdicción civil (de familia).

En cualquier caso, esta atribución constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro. De no ser así, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido, como indicaba la ya clásica RDGRN de 25 octubre 1999. Como hemos dicho, la particular e inefable naturaleza jurídica de este uso jurídico vinculado, en esencia y en la práctica, a la viabilidad habitacional de la familia en su nueva configuración (excónyuge e hijos)[37], se convierte en un problema jurídico —inscripción registral para facilitar su oponibilidad a cualquier enajenación— que enerva un potencial derecho de terceros, pero que, sobre todo, resuelve en acto una necesidad de justicia material (uso de los menores y excónyuge custodio).

Por ello, y "en consecuencia, habida cuenta que la negativa a la calificación está asentada en resoluciones que se mencionan en la citada calificación, de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2012 y 14 de mayo de 2009 (referida no a la necesidad de atribución temporal del uso de la vivienda familiar tras un proceso de divorcio), ajenas en sentido estricto a la cuestión que fundamenta la negativa a la inscripción, y teniendo en cuenta que dichas resoluciones, que fundamentan la negativa a la inscripción, no entran en el análisis del supuesto de hecho concreto en el que nos encontramos en el presente caso —que siempre se refiere exclusivamente a la necesidad o no de fijar un plazo de duración a la atribución del uso de la vivienda— y que no es necesaria la fijación de la delimitación temporal del derecho atribuido conforme a la doctrina señalada, de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, solicito que se revoque la calificación, acordando la inscripción conforme a las adjudicaciones de la titularidad y el uso indicados en el convenio regulador homologado por la Sentencia judicial cuya inscripción se interesa"[38].

IV. EVENTUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS EN RELACIÓN CON EL DOMINIO

IV.1. Vivienda familiar cotitularidad de ambos cónyuges o progenitores

En el caso de que la vivienda sea de titularidad de ambos cónyuges o convivientes, a nuestro juicio, la atribución del uso en aplicación de las reglas del artículo 96 del CC, a las que seguidamente nos referiremos, constituyen un mero criterio de distribución del uso entre copropietarios, amparado, eso sí, en el interés superior de los menores, como interés superior al de los titulares del inmueble.

Tras la disolución del régimen económico matrimonial y antes de su liquidación (en los casos de crisis matrimoniales), la vivienda adquirida en común se sujeta al régimen de comunidad de bienes. Como tiene declarado el Tribunal Supremo, el uso de un comunero de la cosa común no puede impedir el uso de los restantes comuneros, permitiendo la acción de desahucio por precario entre comuneros[39]. Se trata, por tanto, de regular el uso tras la ruptura familiar de la

que ha sido vivienda familiar, por razón de su consideración como tal, y debemos entender que hasta la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o la venta de la vivienda[40]. En este caso, la ley pondera los distintos intereses de los miembros de la familia, para fijar como criterio legal la atribución a los menores como exponente del interés superior de los mismos. Considerar que la atribución del uso del domicilio familiar en el caso de la cotitularidad de la vivienda es una regulación legal y temporal del uso a uno de los condóminos de la vivienda, por razón de la existencia de menores y de la consideración de la vivienda como vivienda familiar, afecta a la duración de la atribución del uso concedido.

Recordemos que el artículo 96.1 del CC impone la atribución del uso del domicilio familiar, existiendo menores, a los hijos y al cónyuge que con él convivan. La jurisprudencia del TS ha ido evolucionando desde posiciones absolutamente rigoristas en la interpretación del precepto —estimando que en todo caso la atribución de la vivienda a los hijos menores es una manifestación del interés superior del menor, que no puede ser alterada, ni limitada temporalmente por el juez, so pena de vulnerar la ley— hasta posturas más flexibles, que permiten que esta atribución no sea automática en los casos en que la vivienda no reúna las condiciones de permanencia y estabilidad que califican a la vivienda como vivienda familiar, o cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse sus necesidades habitacionales cubiertas; pero también en los casos de introducción de un tercero en la vivienda por el progenitor custodio o de custodia compartida. En realidad, la progresiva apertura de la interpretación de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como ya hemos avanzado, es permeable a la evolución social, que se aleja de conceptos sociales paternalistas y dependientes, y del reconocimiento de que la opción legal sobre el interés superior del menor y atribución del uso de la vivienda no se ajusta en todos los supuestos al verdadero interés de los concretos menores, no desligado del interés de sus progenitores[41].

El Tribunal Supremo ha reiterado que la atribución del uso de la vivienda familiar no afecta a la titularidad del bien, y que tratándose de bienes de titularidad de ambos progenitores o ex-cónyuges, siempre queda abierta la posibilidad de ejercicio de la acción de división de la cosa común del art. 400 CC, que en todo caso, preservará el uso concedido. La citada sentencia de 24 de marzo de 2021 razona: *"es doctrina de la Sala que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad. La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a que corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda (sentencias 1123/2008, de 3 de diciembre, 861/2009, de 28 de enero de 2010, 782012 de 27 de febrero y 5/2003 de 5 de febrero, entre otras). Pero la subsistencia del derecho de uso pese a la división (y por consiguiente venta en su caso) sólo procede cuando, de conformidad con lo acordado en el procedimiento de familia, incluido en su caso el correspondiente procedimiento de modificación de medidas corresponda tal derecho de uso. Es decir, el mantenimiento o la extinción del derecho de uso no está en función del ejercicio de la acción de división, ya que, por sí misma, esta acción no da lugar a la extinción del uso atribuido"*[42].

Habría que considerar que esta idea, conjugada con la oponibilidad del uso a través de la inscripción, convierte cualquier posibilidad de una transacción u

operación económica sobre el inmueble en una quimera. Para indagar el contenido de estos pronunciamientos, debemos analizar las consecuencias derivadas del ejercicio de la acción de división de la cosa común de la vivienda familiar respecto del uso atribuido de la misma, a fin de no dejar la cuestión en meras declaraciones programáticas que terminarán necesariamente en un procedimiento ulterior de modificación de medidas.

Declarada la división de la vivienda familiar, y partiendo de que en la generalidad de los casos la vivienda se considerará indivisible materialmente, la división real de la copropiedad se puede realizar, en primer lugar, a través de un acuerdo de división de la finca entre los cotitulares, que deberán pactar consiguientemente lo procedente en relación al uso atribuido, pacto admisible en los términos del artículo 96.1 del CC, sin perjuicio del control judicial en relación a los intereses de los menores[43].

De no existir acuerdo, supuesto normal, habida cuenta del nulo interés que para el cónyuge o cotitular a quien se ha atribuido el uso de la vivienda puede reportar su división, el art. 400 del CC contempla la adjudicación de la totalidad del inmueble a uno de los condóminos, previo pago al otro de su parte en la comunidad, o la venta a tercero. Si cónyuge titular del uso se adjudica la finca, abonando al otro la parte del precio, el uso del domicilio se extingue naturalmente, pues la finca es titularidad exclusiva del progenitor a quien se ha atribuido[44]. La necesidad de atribución del uso o de su mantenimiento es evidente que, en tal caso, decae en absoluto.

Si la vivienda la adquiere el cónyuge que no es titular del uso, más allá del pago del precio de su cuota al cónyuge titular, requerirá bien la compensación por el uso, de extinguirse el mismo por acuerdo entre los progenitores, bien su mantenimiento. En este caso, consideramos que la situación se reconduce a los supuestos en que el uso atribuido lo es de la vivienda titularidad exclusiva del otro progenitor, que, como adelantamos ya, tiene su fundamento en la prestación de alimentos y asistencia del artículo 154 del CC, y afectará, en consecuencia, a la prestación por alimentos[45].

Los supuestos más problemáticos aparecen con la adquisición de la finca por un tercero, habiendo declarado el Tribunal Supremo la oponibilidad frente al mismo del uso atribuido[46]. Si por hipótesis resultara económica la adquisición de una finca en estas condiciones, junto con la evidente reducción del precio de adquisición del inmueble, se nos aparecen necesarias dos consideraciones: la primera, que la distribución del precio entre ambos titulares no puede ser equivalente, pues notoriamente uno de ellos, quien no es titular del uso, sufre una merma en su patrimonio que debe ser compensada económicamente, mediante la valoración a futuro del uso garantizado.

La patrimonialización del uso[47] de la vivienda familiar es sostenida por una parte importante de la doctrina. SANTOS MORÓN (2017) se inclina a una compensación derivada del notorio valor económico del uso. Similar concepción resulta de las regulaciones autonómicas valenciana y vasca, donde la atribución del uso de la vivienda en cotitularidad, e incluso de titularidad exclusiva, se traducirá en una eventual compensación económica entre los cónyuges, derivada de la pérdida del uso, de modo similar a un arrendamiento en la legislación vasca[48].

La segunda consideración que nos provoca la adquisición de la finca por un tercero nos aboca a la automática extinción del uso al alcanzar los menores la mayoría de edad, quedando el progenitor custodio en este momento en clara situación de precario frente al tercero. El Tribunal Supremo resalta que la atribución del uso a los menores tiene como momento final la adquisición de la mayoría de edad de estos, momento en que la necesidad de alimentos hacia los hijos menores se debe referir a los criterios de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pudiendo el progenitor alimentante incluso optar por la prestación alimenticia a los hijos en su propio domicilio[49].

Esta extinción a nuestro juicio debe ser automática, pues el tercero ni es ni puede ser parte en el proceso de modificación de medidas, ni en proceso aparte puede un juez distinto al que ha atribuido el uso, resolver sobre su extinción.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la situación de precarista del cónyuge a quien se ha atribuido el uso de un domicilio cedido a la familia para su convivencia[50]. Pero no existe pronunciamiento jurisprudencial sobre la extinción del uso del domicilio vigente y oponible al tercero adquirente en el momento de la adquisición de la finca. A nuestro juicio, esta extinción automática facilitaría la posibilidad de interposición de un proceso de precario, en el momento de la adquisición de la mayoría de edad de los menores. Pero también la discusión de la vigencia o extinción del uso por causas distintas del proceso familiar (por ejemplo, falta de uso de la vivienda), pretensión que sería ejercitable ante los juzgados de primera instancia, desligada del proceso matrimonial y de la relación entre los progenitores, al haberse convertido el uso en una carga existente de la vivienda adquirida.

En este sentido la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha recogido la jurisprudencia citada anteriormente, declarando la extinción automática del uso del domicilio atribuido al cónyuge custodio al alcanzar el último de los hijos la mayoría de edad. Es evidente que la norma determina la extinción automática del uso atribuido de la vivienda familiar en las sentencias que se dicten bajo su vigencia, esto es, a partir del 3 de septiembre de 2021. En los procesos anteriores deberá estarse a la naturaleza del procedimiento y al eventual procedimiento de modificación de medidas. Si la sentencia estableció una limitación temporal de la atribución del uso hasta la mayoría de edad del último hijo, o así se contempló en el convenio regulador, estimamos que esta limitación no vulneraría el contenido del artículo 96.1 del CC, por lo que conllevará la extinción inmediata del uso, con la posibilidad de lanzamiento del cónyuge al que se le había atribuido el mismo. La situación en que quedan los hijos mayores de edad a partir de este momento, normalmente aún dependientes económicamente de sus padres, debe ser resuelta en el procedimiento de reclamación de alimentos pertinente, ya competencia de la jurisdicción ordinaria civil en aquellos partidos donde la jurisdicción de familia es especializada. La necesidad del alimentista podrá cubrirse por cualquiera de los progenitores incluso mediante la convivencia con el mismo, lo que no puede ser atacado con una custodia previa ya extinguida.

En caso de que la sentencia o el convenio aprobado no contemplen la extinción del uso al alcanzar los hijos la mayoría de edad deberá acudirse a una modi-

ficación de medidas. Debe por ello instarse un procedimiento contradictorio, en el que la modificación será normalmente estimable, pues el presupuesto de la sentencia, la existencia de hijos menores de edad ha desaparecido al alcanzar estos la mayoría de edad. Pero en caso de que el uso haya sido acordado por convenio entre los cónyuges o convivientes, teniendo en cuenta, que las previsiones del artículo 96 del CC lo son siempre en defecto de pacto, no parece que pueda estimarse una modificación de una medida no contemplada con límite temporal, si ello no resulta de la interpretación del convenio.

Debemos analizar, finalmente, los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda, derivada de una ejecución hipotecaria, por un eventual impago de la hipoteca que gravara la vivienda o por un embargo derivado de deudas gananciales, e incluso privativas de cualquiera de los cónyuges o progenitores.

Si la vivienda familiar está gravada por una hipoteca, ha de recordarse que la jurisprudencia del TS desliga el préstamo hipotecario del concepto de carga matrimonial, tratándose de una deuda de la sociedad conyugal y la reconduce al título obligacional, de manera que si, como es habitual, el préstamo para la adquisición de la vivienda fue suscrito por ambos cónyuges de manera solidaria, sobre ambos pesa la amortización del préstamo[51]. El incumplimiento por el cónyuge que no tiene atribuido el uso de su parte correspondiente del pago de préstamo, sin perjuicio de la acción de resarcimiento que pueda promover el otro cónyuge, puede conducir al impago del préstamo y por ello a la ejecución hipotecaria. La ejecución, basada en una carga previa a la atribución del uso, no se verá afectada por el uso atribuido, y la inscripción registral del uso ni siquiera conlleva la introducción de un nuevo tercer poseedor, pues titular del uso es el cónyuge y no los menores, teniendo el cónyuge titular del uso, bien la condición de deudor hipotecario, bien de hipotecante no deudor. Ni siquiera consideramos atendible la situación de los menores en el incidente posesorio del art. 675 LEC, pues la posesión de los hijos no es sino tributaria de la de los cónyuges deudores.

En los supuestos de embargo de la vivienda familiar, si la deuda es ganancial o común, la inscripción del uso del domicilio estimamos que no puede afectar a los derechos de terceros, por la responsabilidad patrimonial universal de ambos cotitulares, de acuerdo con el art. 1911 del CC. En el supuesto de que el embargo se trabe por deuda propia del cónyuge que no tiene atribuido el uso, posteriormente a la inscripción del uso, la disolución del régimen matrimonial por la sentencia de separación o divorcio permitirá una ejecución sólo sobre la cuota indivisa propiedad del cónyuge deudor y el adquirente deberá soportar, en su caso, el derecho de uso inscrito, en similares condiciones que las expuestas al analizar la división de la cosa común.

IV.2. Vivienda titularidad exclusiva de uno de los cónyuges o progenitores

En estos casos, la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge o progenitor con quien conviven los menores es una clara expresión de una prestación asistencial o alimenticia, inserta en las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad del art. 154 del CC[52]. La Ley opta epor la imposición de la prestación de la asistencia y habitación a los menores por el cónyuge

no custodio a través de la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, sin perjuicio de las prestaciones alimenticias correspondientes. Presume ex lege, que ello es lo más conforme al interés superior del menor, para asegurar la estabilidad habitacional y personal de los menores. De este supuesto es tributaria la mayoría de la jurisprudencia del TS, sobre la inexorabilidad de la atribución del domicilio al cónyuge con quien conviven los menores; y la propia interpretación que resquebraja el precepto legal.

Considerar la atribución del uso de la vivienda como parte de la prestación asistencial y alimenticia inserta en el art. 154 del CC va a conllevar dos efectos coherentemente unidos: la prestación alimenticia que se impone al cónyuge no custodio se verá reducida en atención a que una parte de los alimentos los presta mediante la atribución del uso, lo que a su vez, conlleva la merma de su propia situación económica, al tener que procurarse su propia habitación. Y segundo, la prestación asistencial o alimenticia a través de la adjudicación del uso de la vivienda carecerá de justificación cuando las necesidades habitaciones de los menores se hallen completamente satisfechas.

La flexibilización de la jurisprudencia del TS en la interpretación del art. 96.1 del CC, permitiendo que no se haga atribución del uso de la vivienda familiar cuando los menores tienen cubiertas sus necesidades de vivienda, sólo tiene justificación, a nuestro juicio, en este caso, en que la vivienda familiar es titular exclusiva de uno de los cónyuges o progenitores. En el caso de cotitularidad de ambos, como hemos expuesto, la atribución del uso se desvincula de la necesidad, pues ambos son propietarios, y se fundamenta en la utilización del bien común hasta su división. Aun cuando los progenitores tengan otra vivienda con que hacer frente a las necesidades de los menores, siendo la familiar de titularidad conjunta, el uso se deberá distribuir conforme a lo expuesto en el párrafo primero del art. 96.1 del CC, de reclamarse por el cónyuge custodio dicho uso, y hasta la disolución de la comunidad de bienes.

Pero si la vivienda es titularidad exclusiva del cónyuge no custodio, la incidencia en el disfrute de su propiedad del uso atribuido al otro cónyuge se justifica en exclusiva por la necesidad de los menores. Si esta no concurre, o cuando deja de concurrir, el interés de los menores no puede erigirse en instrumento de privación al propietario del uso de su propiedad, a menos que se pretenda identificar que el interés superior del menor va unido a la inamovilidad del domicilio. Y a diferencia del supuesto de titularidad conjunta de la vivienda, en que el titular del uso es el cónyuge custodio, el titular del derecho de uso atribuido en el caso de vivienda de titularidad exclusiva del cónyuge o progenitor no custodio es el menor, pues es el acreedor de la prestación asistencial y alimenticia[53] aun cuando de manera refleja se atribuya el uso al cónyuge custodio.

La jurisprudencia del TS ha mantenido reiteradamente, pese a la interpretación que aquí se propone, que el titular del derecho de uso es el cónyuge custodio. Sin embargo, si bien ello es posible estimarlo en el supuesto de cotitularidad de la vivienda, pues ambos cónyuges o progenitores tienen derecho de propiedad sobre la finca, no lo es, a nuestro juicio, en el caso de atribución de la vivienda de titularidad exclusiva, pues el único sustento de dicha atribución son los alimentos debidos ex art. 154 del CC a los hijos[54].

En este supuesto que venimos analizando, la defensa del derecho de uso se instrumenta a través de la limitación del derecho de disposición del titular que la atribución del uso conlleva, y se manifiesta mediante una acción de anulabilidad del acto dispositivo, con el apoyo de la inscripción registral, para evitar la consolidación del acto traslativo por la existencia de un tercero de buena fe. La STS de 14 de enero de 2010, ya citada, con referencia al último párrafo del artículo 96 del CC, así lo ratifica, en los supuestos de que el uso de la vivienda ha sido atribuido al cónyuge no titular del inmueble: "*Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)*". La reforma del art. 96 CC operada por la citada Ley 8/2021, ha recogido íntegramente esta interpretación.

La limitación del poder de disposición permitirá accionar la anulabilidad del contrato. La acción de nulidad debe permitir, a nuestro juicio, discutir a través de la reconvención, la existencia de circunstancias que modifiquen o extingan el uso atribuido, lo que debería conducir a una atribución competencial al juez que ha resuelto sobre dicha atribución, evitando con ello reiteración de litigios o reenvíos de procedimientos por motivos competenciales. Igualmente, y como ha resaltado la doctrina, la limitación del poder de disposición será oponible al tercero cuando se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad. Pero también cuando por cualquier causa conozca la verdadera situación posesoria del inmueble, por no poder invocarse en este caso la buena fe.

IV.3. La vivienda en los supuestos de custodia compartida

El art. 96 del CC no contempla la atribución del uso del domicilio en los casos de custodia compartida, régimen de custodia y guardia interpretado jurisprudencialmente, como es sabido, como el más conforme al interés superior de los menores y el preferible en todo caso, por lo que comporta de corresponsabilidad entre los progenitores y mantenimiento de las relaciones y roles previos de la familia. El propio Tribunal Supremo ha reclamado de manera insistente la necesaria reforma del precepto para la regulación legal del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida.

La irrupción de la custodia compartida en las medidas familiares adoptadas por los tribunales ha conllevado una necesaria separación de los aspectos claramente patrimoniales que siguen a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio en el caso de custodia exclusiva, desligando al pronunciamiento sobre la custodia de los menores de estos aspectos que sin duda distorsionan las pretensiones y la resolución, y facilitando o al menos tendiendo a facilitar la paz familiar.

Porque el Alto Tribunal considera que en el caso de custodia compartida la resolución sobre la atribución del domicilio familiar no se fundamenta en el número primero del art. 96 del CC, sino en el número 2 del precepto, precepto que si

bien contempla un supuesto de hecho diferente, la distribución de los hijos entre los dos progenitores presenta notas de similitud y permite al juez valorar lo procedente respecto de la vivienda familiar[55].

Los criterios que conforme a la mencionada jurisprudencia deberán ser objeto de valoración en orden a una atribución del uso atenderán, al contrario que en el caso de la rígida imposición del párrafo primero, a la necesidad de fijación, en todo caso temporal, de una vivienda donde desarrollar la custodia o convivencia el cónyuge que más problemas de acceso a la vivienda tenga, e incluso al carácter privativo o común de la vivienda, para ayudar a dicho cónyuge a la transición derivada de la ruptura familiar. La STS de 12 de junio de 2020 —ROJ 1688/2020— explica que *"en los casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquel de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a la vivienda (…) para que de esta forma pueda llevarse a cabo durante los períodos en los que corresponda tener a los hijos en su compañía. Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida (…) el criterio de la Sala es que no procede hacer la atribución indefinida del uso de la que fuera la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en la vivienda"*.

De donde resulta que en estos supuestos de custodia compartida, cuando existe una necesidad de atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges o padres, se concebirá como transitoria y temporal, como medio de facilitar el tránsito a la nueva situación, desapareciendo con ello gran parte de los conflictos y limitaciones anteriormente analizados[56].

IV.4. El cese del uso atribuido por convivencia marital con un tercero

La convivencia de un tercero con el cónyuge custodio en la vivienda familiar cuyo uso tiene atribuido genera importantes conflictos, que han querido ser resueltos por el TS, con una jurisprudencia que se aleja de los propios dictados del art. 96 del CC, si bien con amparo sin duda en criterios de justicia y evitación del incremento de la conflictividad familiar.

El Supremo, en Pleno, se pronuncia por primera vez sobre esta cuestión en su sentencia de 20 de noviembre de 2018[57], no en todo caso seguida por los restantes tribunales. En el supuesto de hecho de esta sentencia, la madre, que tenía atribuido el uso con sus hijos menores, de los que tenía la custodia exclusiva, de la vivienda familiar, de carácter ganancial en su día y por ende común, comenzó en dicha vivienda la convivencia con un tercero. El TS realiza interesantes reflexiones sobre la prevalencia del interés superior de los menores respecto de otros intereses concurrentes en la familia, particularmente los intereses de los progenitores, sosteniendo que el interés de los niños no puede ser ajeno al de los padres, y al propio desenvolvimiento de sus relaciones afectivas y sus capacidades económicas. Sin embargo, no es esta la línea de resolución que sigue con posterioridad la sentencia, probablemente por la propia rigidez jurisprudencial que la Sala ha mantenido del párrafo primero del art. 96 del CC. Antes bien, sostiene que la causa de extinción del uso de la vivienda familiar es que ha perdido esta condición, pues

la introducción de un tercero en la convivencia y en el inmueble viene a suponer que la vivienda deja de servir a los fines del matrimonio, para servir a los fines de una familia distinta.

La crítica a la sentencia, a nuestro juicio, debe realizarse desde un doble aspecto (sin negar la justicia material que puede derivarse del caso, dada la posibilidad de liquidación del régimen ganancial o de división de la vivienda común). En primer lugar, el concepto de vivienda familiar, con las notas de permanencia y estabilidad familiar que la caracterizan para evitar el pronunciamiento sobre otros inmuebles de la familia, es prospectivo, que tiene la inercia de proyectarse en el futuro, pues es notorio que la convivencia se rompe con la crisis matrimonial o familiar, y precisamente a futuro, la vivienda no puede servir a los fines matrimoniales ni de la unión del grupo familiar. Es en tal caso la finalidad de garantizar la estabilidad buscada de los menores tras la ruptura, la que justifica esta rigidez de la interpretación de su interés superior respecto de la atribución del uso del domicilio. El Tribunal en su sentencia, de forma excesivamente paternalista a nuestro juicio, exige que el mantenimiento de la vivienda como familiar, a efectos de su uso, sirva "a los fines del matrimonio" y que los cónyuges "cumplan con el derecho y deber propio de la relación", pese a la ruptura de la convivencia y del mismo matrimonio.

En segundo lugar, la sentencia parecía querer ahondar, pero de la que se aparta, en una línea argumental que a nuestro juicio debe imperar, y que de hecho, se está imponiendo a través de la custodia compartida. El interés superior del menos establecido legal y generalmente, de manera taxativa por la ley, no se ajusta a las situaciones personales y familiares del menor, y de su entorno, no permitiendo la necesaria adecuación a sus necesidades, e incluso establecido añadidamente a los conflictos derivados de la ruptura convivencial, un conflicto de claro matiz económico referido a la rígida atribución del uso de una vivienda[58]. Insistimos: el interés superior del menor ni puede establecerse apriorísticamente, desligado de la realidad personal y familiar del concreto niño al que se quiere proteger, ni puede desligarse del interés real de sus progenitores, en tanto la estabilidad personal pero también económica de los padres, redundará sin duda en el beneficio y bienestar de los menores.

En concreto, viene a manifestar que *"la solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés (del menor), ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC: (i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», como dice la sentencia recurrida. (ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione*

una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

IV.5. La atribución del uso de la vivienda familiar debe ajustarse a los intereses concretos de los menores

Hasta ahora hemos intentado asomarnos, de forma somera, a la ingente problemática que conlleva la atribución del uso del domicilio familiar tras la ruptura de la convivencia, dejando expresamente al margen otros muchos aspectos, no carentes de provecho, como la problemática de los hijos mayores de edad o de los hijos dependientes[59], ajustándonos a la valoración del interés del menor como línea de trabajo en estas notas. Hemos intentado justificar los fundamentos de la regulación legal, superada ya por la realidad, que deben permitir una solución de la problemática generada en cada caso. La norma no puede por su inflexibilidad generar más conflictos para los cónyuges en una situación de por sí conflictiva, y la interpretación de la norma por los tribunales, debe posibilitar la adaptación al caso y la superación en la medida posible de la etapa de ruptura, no consagrando roles de dependencia, ni enraizando rencores, que impiden la adaptación a la nueva situación familiar. Sin duda esto no se ajusta al interés superior de los menores afectados.

Es el concreto interés de los niños afectados el que debe y puede ser valorado en cada caso, al fijar una atribución del uso del domicilio familiar. En el caso de la vivienda de titularidad conjunta de ambos progenitores, participando ambos de la propiedad, se consagra legalmente la justificación de la atribución de su uso a uno de los titulares, a falta de acuerdo, compatibilizándolo con el ejercicio de la acción de división de la cosa común. Por ello, y al margen de la edad de los niños, la división de la comunidad condiciona la atribución de su uso, sin perjuicio de otras circunstancias alimenticias que pudieran verse modificadas por esta supresión. Parece que la venta de la vivienda facilitará la restauración de situaciones económicas difíciles, y permitirá el establecimiento de cada cónyuge de su domicilio y ámbito de intimidad independientes.

Nuevamente los tribunales deben resolver las cuestiones que se le planteen evitando perpetuar los conflictos, y reconduciendo a las partes a un procedimiento de modificación de medidas cuando se estima la acción de división de la cosa

común. La ejecución de la sentencia y la venta de la vivienda solucionará naturalmente los problemas del uso, como hemos propuesto.

En relación con el uso de la vivienda titularidad exclusiva del cónyuge no custodio, el recurso a la necesidad de la habitación de los menores debe ser ampliamente desarrollado, porque el amparo de la atribución se basa en la necesidad alimenticia de los hijos. Si esta puede ser cubierta, incluso a través de un arrendamiento abonado por el cónyuge no custodio, no parece que pueda seguir perpetuándose la privación del uso de un inmueble a su propietario, agravando las condiciones derivadas de la crisis matrimonial. La estabilidad habitacional de los menores puede ser un elemento valorable en la ponderación de su interés superior y del resto de los concurrentes. Pero en muchas ocasiones, la escasa edad de los niños, la nula existencia de arraigo, falta de escolarización o cercanía incluso de otros inmuebles de la familia, no apoyan la proporcionalidad de la medida analizada[60].

El legislador debe abordar la reforma del precepto, como parece avanzar el Anteproyecto de ley en materia de corresponsabilidad parental, hacia fórmulas más flexibles y temporales, más conformes con la realidad social actual.

V. LOS MENORES ANTE EL DESAHUCIO DE VIVIENDA. STC 113/2021 DE 31 DE MAYO.

V.1. La problemática de los desalojos forzosos de menores. Panorama legal y jurisprudencial

La problemática actual de los procedimientos que conllevan el lanzamiento de viviendas se ha desplazado desde el procedimiento de ejecución hipotecaria, donde implosionó a raíz de la crisis económica de 2008, hasta a los procedimientos arrendaticios y de precario (estos últimos por la irrupción masiva del fenómeno de ocupación de viviendas) en los últimos años, y especialmente tras la situación postpandemia. Las distintas normativas, estatales y autonómicas, que se suceden para dar respuesta a las situaciones de lanzamiento sin alternativa habitacional, ponen de manifiesto una clara apuesta por la función social de los inmuebles destinados a vivienda[61].

El difícil enfoque de los lanzamientos de viviendas de familias vulnerables social y económicamente ha sido abordado, tanto en las Observaciones Finales a los informes periódicos de España sobre vivienda, como en comunicaciones individuales, por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el ámbito del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En las Observaciones Finales al sexto informe periódico de España publicadas el 25 de abril de 2018, el Comité recomienda que España *"adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios y desalojos forzosos, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o a la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las*

decisiones que ordenen los desahucios, tengan acceso a un recurso judicial efectivo", recomendando que se asegure "*una coordinación adecuada entre los tribunales y los servicios sociales, así como entre los servicios sociales mismos, a fin de brindar una protección adecuada a las personas que puedan quedarse sin hogar como resultado del desahucio*"[62].

Recordemos que el Comité considera desalojo forzoso aquel incompatible con el Pacto, lo que exige, tal como recuerda en el dictamen del caso *Ben Djazic et alt.*, de 20 de junio de 2017, que: "la medida debe estar prevista por la ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas, las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de los derechos humanos o que los expongan a ellos"[63].

A esta necesidad de coordinación puede responder la reforma del artículo 441.5 LEC (en la actual redacción dada por Ley 12/2023) al que reenvía en ejecución el artículo 549 *in fine*, no siempre con efectivo resultado. A veces la regulación legal es mejor análisis posible: "*En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La información deberá comprender los datos exactos de identificación de dichas Administraciones y el modo de tomar contacto con ellas, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se comunicará inmediatamente y de oficio por el Juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada. En caso de que estas Administraciones Públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, se notificará al órgano judicial a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de diez días. En los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad. Recibida*

dicha comunicación o transcurrido el plazo, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas".

El TEDH también se ha pronunciado sobre la eventual vulneración en los lanzamientos del artículo 8 del CEDH[64]. En la sentencia FJM contra Reino Unido, de 29 de noviembre de 2018, el TEDH declaró que la pérdida de una casa es una de las maneras más extremas de interferencia en el derecho al respeto del domicilio, de forma que cualquier persona en riesgo de una injerencia de tal entidad, debería poder solicitar a un tribunal independiente la ponderación de los derechos en conflicto[65].

Entre los distintos pronunciamientos judiciales referidos a los lanzamientos de familias sin recursos, destacó desde el principio el auto del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013, en que, valorando el interés superior del menor, se apartaba de los plazos previstos en los artículos 441, 549 y 704.1 LEC, para el lanzamiento de la vivienda, extendiendo la suspensión del lanzamiento hasta la finalización del curso escolar. Es resaltable en este caso que el demandante del proceso de desahucio era la entidad municipal de la vivienda de Madrid[66].

Junto con algún otro pronunciamiento judicial aislado, y valorando el interés superior de los menores existentes en la misma, la Sala 3ª del TS, en su sentencia de 10 de diciembre de 2020[67], exige, antes de autorizar la entrada en la vivienda para la recuperación de la posesión, que el juez compruebe que la administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a los ocupantes en situación de vulnerabilidad, comprobando que los menores no se sitúen en situación de desamparo por falta de un lugar donde residir con dignidad. Para la Sala, la medida de desahucio conlleva un riesgo de desamparo de los menores, real y cierto. Por ello, reitera su jurisprudencia contenida en la citada sentencia de 23 de noviembre de 2017, declarando que resulta incompatible con la debida protección de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los arts. 11 y 12 LO 1/1996 de 15 de marzo de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 27 de la Convención sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los arts. 18.2 y 24 CE, una resolución del juzgado contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulte exigible que el juez pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo. Y asimismo que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión comporta.

V.2. La STC 113/2021 de 31 de mayo: juicio de proporcionalidad y prevalencia del interés superior del menor en los juicios civiles que llevan aparejado lanzamiento

Como explica el contundente voto particular de la sentencia emitido por el Magistrado Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO a la sentencia, debemos partir del pro-

cedimiento del que resulta el recurso de amparo resuelto por ella. La demandante de amparo es demandada por una entidad privada propiedad de la vivienda que habita con sus hijos menores, a través del cauce procesal del art. 250.1.7 LEC. El procedimiento, heredero del juicio de protección registral de los derechos inscritos del anterior art. 41 de la LH, por razón de los principios legitimadores de la inscripción registral, exige que la parte demandada preste caución para oponerse a la demanda, oposición que sólo puede fundarse en las causas tasadas, entre las que no se incluyen las circunstancias personales del ocupante sin título. Si el demandado no presta caución, no se opone, o la oposición es desestimada, la sentencia condenará a la devolución de la posesión detentada sin título, y consiguientemente al lanzamiento de la vivienda. A partir de ahí se puede promover el proceso de ejecución, que ya lo será de título judicial (la sentencia), cuyas causas de oposición vienen tasadas en el art. 556 LEC, sin que tampoco tenga cabida alguna la valoración de las circunstancias personales o sociales del ejecutado.

La demandada no contestó a la demanda, se dictó sentencia en los autos del juicio declarativo, y es en el proceso de ejecución cuando se persona en los autos, invocando las circunstancias de vulnerabilidad económica y convivencia en el hogar con tres menores de edad, uno de ellos nacido durante el proceso y con un grado de minusvalía del 65%. Tanto la resolución del juzgado de primera instancia, como la posterior resolución de apelación, desestimaron el motivo de oposición por la taxatividad de los motivos establecidos en la Ley, formulándose tras ello recurso de amparo.

Para el Tribunal Constitucional, recogiendo su doctrina anterior, la motivación de las resoluciones judiciales cuando afectan a la protección de la familia y a los menores de edad, es una motivación reforzada, porque la respuesta que se da está relacionada con derechos fundamentales o intereses de relevancia constitucional. Esta motivación exige la exteriorización del nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento, y los fines que justifican la institución.

Lo que la sentencia avanza en este caso es la necesidad de inclusión en esta motivación, por afectar al interés superior del menor, de un juicio de proporcionalidad de la medida de desalojo, que debe valorar las circunstancias concurrentes de precariedad económica, interés superior del menor, ausencia de alternativa habitacional, la naturaleza jurídica de la sociedad promotora, una sociedad gestora de inmuebles que no ve afectada su derecho a la vivienda, y el hecho sobrevenido del nacimiento del menor con una discapacidad. A ello no puede oponerse un listado tasado de motivos de oposición, por venir afectado el interés superior del menor. Pesa en la resolución del Tribunal a nuestro juicio, el que la demandante de amparo había formulado diversas peticiones alternativas: suspensión hasta que la administración diere una alternativa habitacional a la familia o al menos 6 meses coincidentes con la finalización del curso escolar.

De hecho, al decir del voto particular, lo que en realidad hace la sentencia es introducir una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley: las circunstancias familiares de la parte ejecutada con hijos menores de edad[68]. Ello implicaría, de facto, que los efectos de la sentencia se aplicaran *erga omnes*.

V.3. Eficacia expansiva de la sentencia

Ha sido cuestión clásica deslindar el alcance o la también llamada eficacia expansiva de la sentencia; el término no es, en absoluto, innovador, pues ya era usado por la jurisprudencia del TS en la década de los ochenta[69], si bien es cierto que las dudas se cernían, principalmente, sobre los procedimientos administrativos[70]. Es decir, por expresa disposición legal —ex art. 86.2 de la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa— y por expresa decisión jurisprudencial —vid. *infra*—, las sentencias anulatorias de actos o disposiciones administrativas alcanzaban, no solo a las partes demandantes o recurrentes, sino también a cualquier tercero que pudiera verse afectado por la resolución. Lo que no parecía tan claro es que esa eficacia expansiva se diera cuando la resolución reconocía un derecho subjetivo.

Idéntico debate es el que se reproduce ahora respecto de las sentencias de ejecución y, en particular, en relación con la STC 113/2021, de 31 de mayo, que venimos analizando. Existe ya un artículo doctrinal debido a MARTÍNEZ DE SANTOS (2021, *in fine*)[71] que aborda la interesante cuestión de si el pronunciamiento constitucional de la sentencia se extiende como jurisprudencia aplicable a supuestos de «desahucios vulnerables» —permítase la expresión empleada para sintetizar-[72].

"Demos un último paso. Cuando se ejecuta una sentencia firme condenatoria, el proceso de ejecución debe proyectarse exclusivamente sobre lo dispuesto en el fallo, sin que pueda aprovecharse este proceso: i) para modificar indebidamente lo resuelto en la sentencia, pretendiendo que la ejecución también alcance a aspectos que aquélla no recogía; ii) para que la ejecución se proyecte sobre sujetos a los que tampoco se refería la sentencia, ni la ley permita hacer extensivos sus efectos; y iii) ni, en cualquier caso, para discutir cuestiones que ya quedaron zanjadas y resueltas con «autoridad de cosa juzgada» (ex art. 207.3 LEC). Los tres supuestos muestran cómo la intangibilidad de las resoluciones firmes es un presupuesto necesario del derecho a la ejecución forzosa; aunque este derecho tenga el carácter de fundamental, si en su ejercicio no se respeta la eficacia de cosa juzgada o la invariabilidad de las resoluciones, se lesionará el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente del derecho a la ejecución, sin que pueda replantearse en el proceso de ejecución cuestiones resueltas en el proceso declarativo, o pretender dar valor en aquél a lo que se consideró irrelevante en éste. No les descubro nada nuevo cuando afirmo que la protección que reclama el Tribunal Constitucional puede afectar a todas las ejecuciones civiles y, tampoco, que cuando el propio Tribunal reconoce en varias ocasiones que estamos ante un supuesto singular, no habría una doctrina clara aplicable a otros supuestos, salvo que concurriera la circunstancia sobrevenida del nacimiento de un hijo con un grado de discapacidad. No hubo una incorrecta aplicación de la norma por los órganos de la jurisdicción ordinaria y, desde luego, no puede permanecer ningún proceso sujeto a ulteriores circunstancias familiares sobrevenidas, que es lo que parece darse a entender".

La secuencia de frases contundentes, y ciertas, no acaba aquí: "Y observe el lector la sucesión de singularidades: no basta la literalidad de la ley en el proceso de ejecución de título judicial, sino que en atención a las circunstancias familiares

que pueda alegar el ejecutado (y justificar o, quizá deba también el órgano judicial investigar de oficio), desaparece cualquier limitación legal (las causas de oposición tasadas) y, transformando la ejecución en una especie de proceso declarativo abreviado, el órgano judicial y no solo el Juez Civil deberá comprobar si viene obligado a una motivación reforzada cuando pudiera estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de las familias.

Si esto es lo que se está pidiendo de los órganos civiles, no solamente se ha creado derecho introduciendo un nuevo motivo de oposición a la ejecución, sino que además se ha creado también procedimiento, porque se olvida que esas circunstancias sobrevenidas pueden darse o conocerse por el Juez después del transcurso del plazo de oposición a la ejecución. ¿Qué impediría entonces plantear un incidente de nulidad de actuaciones? o, ¿nuevas circunstancias familiares como la violencia de género?".

Lo cierto es que las argumentaciones de MARTÍNEZ DE SANTOS son difícilmente rebatibles: más aún cuando añade que, "en cualquier caso, no estamos ante ninguna novedad y se han dado otras circunstancias sobrevenidas (algunas se recogen en el voto particular) al haberse dictado la sentencia tres años después de solicitarse el amparo. Y digo que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es novedoso porque la STS, Sala Tercera, Sección 3ª, 1581/2020, 23 de noviembre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3894) resolvió que el juez no podía, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso, porque estaría permitiendo —y hasta posibilitando, de hecho— la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (en la Ley 5/2018 y la STC 32/2019) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optasen por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas"[73].

A partir de aquí, pueden extraerse varias conclusiones con las que no queda más remedio que mostrarse en sintonía:

(i) la primera es que la sentencia mayoritaria omite recordar que el mandato del art. 39 CE precisa de normas legales de desarrollo. Intervención por tanto necesaria del legislador, que luego y solo así ha de aplicar después el intérprete.

(ii) La segunda es que la doctrina que recoge la sentencia mayoritaria como expresiva de la aplicación del interés superior del menor se refiere siempre a situaciones en las que o bien se cuestionaba la constitucionalidad de la norma legal que concretaba el mandato de protección (así, SSTC 64/2019 y 99/2019), lo que presuponía la existencia de dicha norma; o bien se reprochaba al juez no haber efectuado una ponderación correcta dentro de las posibilidades que la disposición legal o reglamentaria permitía. Y lo mismo sucede con el deber de motivación reforzada en relación con la protección de personas con discapacidad.

Solo quedaría por añadir un punto de debate; al margen de que nuestro ordenamiento jurídico vete la eficacia expansiva de las sentencias de ejecución, no

es conveniente desdeñar el poder expansivo de la *eficacia persuasiva* de las sentencias[74].

V.4. Eventual reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración motivada por la frustración del lanzamiento

Conviene, en este punto, aclarar que esta idea es una eventualidad de la que, a fecha de hoy, no se conoce ningún pronunciamiento jurisprudencial; pero entendemos, con mucha cautela, que ha de ser una posibilidad jurídica viable la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, como en el caso actuado, se frustra el lanzamiento, en un caso, o no se produce la solución habitacional, del otro, ambos legítimos, en el sentido de previstos por la ley. La CE es contundente en su artículo 106, apartado 2, que dice:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Partiendo de este precepto constitucional, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se encarga de regular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en concreto en su título preliminar, capítulo IV. No está de más recordar que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva, ya que no exige acreditar que el daño potencialmente indemnizable se ha realizado por acción u omisión culposa o negligente.

La sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, rec. 2506/2011 de 22 de junio de 2012, clarificó los requisitos necesarios para que exista la responsabilidad:

"Por ello hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta"[75].

Así mismo y por su parte, la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la remisión que realiza el artículo 32 apartado 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

No obstante, no tiene el supuesto analizado un fácil encuadre justificativo de la eventual responsabilidad; las 3 opciones sistematizadas que podemos encontrar, alineándonos junto con la mejor doctrina[76], podríamos calificarlas como sigue:

a. Responsabilidad patrimonial objetiva por hecho o acto propio. Es la analizada hasta ahora.

b. Responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia. No se trata de un supuesto de error judicial, sino de un auténtico título de imputación por un déficit en la actuación o soporte del funcionamiento normal de la Administración de justicia[77].

c. Responsabilidad normativa (vid. *infra*, nota núm. 72).

d. Responsabilidad patrimonial por limitación de derechos. Según explica FERNÁNDEZ-FONTECHA[78], donde, después de recalcar que, aunque el párr. 2º del art. 106 CE no lo señale expresamente, estamos también ante un supuesto de responsabilidad objetiva; el matiz viene dado porque, según también la teoría que defendemos para argumentar esta acción de responsabilidad, "naturalmente, esta versión del artículo 106.2 CE es determinante de una nueva explicación sobre la teoría de las limitaciones de libertades y derechos, que se estudia actualmente de forma separada en los manuales de Derecho Administrativo, como si estuviese desligada de la responsabilidad, cuando, como hemos tratado de justificar, forma una parte esencial de la aplicación del citado artículo, junto con la llamada responsabilidad por riesgo o por creación de riesgo. Una lectura del artículo 106.2 que tiene que entender no aplicable la doctrina de la determinación de la responsabilidad en el marco de lo que establezca la ley, como se ha sostenido por autores que han entendido una referencia a un procedimiento como si fuera una referencia a la determinación de los supuestos de responsabilidad. En ese caso, de seguirse esa teoría, el artículo 106.2 en realidad no sería vinculante y la responsabilidad sería regulada por la Ley o el Reglamento", para lanzar después la brillante y contundente idea de que "en el caso de esos daños graves y ciertos es donde se plantea el problema de la objetivación en sentido estricto. En los demás casos, hay ilegalidad, inactividad contraria a derecho, *daños incidentales derivados de una actuación lícita*[79], negligencia o funcionamiento anormal. En el caso de la incidencia de la norma dictada conforme al procedimiento establecido no hay ninguno de esos factores de conexión con el elemento culpabilidad o negligencia. Hay una norma que causa un perjuicio grave a una persona, o a una clase identificable de personas y ese perjuicio es indemnizable por la aplicación directa del artículo 106.2 de la Constitución, precisamente en virtud de su contenido y en coherencia con la cláusula de Estado de Derecho".

Podemos usar un ejemplo paralelo, extraído de la práctica forense[80], por resolución de la Delegación del Gobierno se decretó la expulsión de un ciudadano, con la consiguiente prohibición de entrada, pues había sido condenado por sentencia a la pena de 6 meses de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa. Dicho ciudadano interpuso recurso contencioso-administrativo en el que se denegó la medida cautelar de suspensión, por lo que finalmente el reclamante fue expulsado a Jordania. La sentencia de expulsión fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia que determinó la anulación del acuerdo de expulsión, por lo que a continuación, dicho ciudadano regresó a España, siéndole asimismo concedida autorización de residencia permanente y siéndole reintegrado el importe tanto del billete de avión, como el del coste el visado.

Ulteriormente, presentó una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la anulación judicial de la resolución que acordó su expulsión y que fue desestimada. Esta desestimación fue

recurrida, correspondiendo resolver a la AN, quien, de nuevo, nos da las claves del fundamento de la responsabilidad.

Y así la Sala establece que la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial «*se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla»; de esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante del daño, que en los supuestos de reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a unos criterios reiterados que exigen valorar si la actividad administrativa a la que se imputa el daño «se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso» (sentencia de 22 de enero de 2018)… lo relevante para la valoración son las características de razonabilidad de la decisión y la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisibles en Derecho, sin perjuicio de que, por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido (en este sentido, sentencia de 9 de diciembre de 2015), por lo que si se aprecia que la resolución administrativa anulada a la que «se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo» (entre otras, sentencia de 8 de abril de 2014 ; en el mismo sentido, por citar solo algunas, sentencias de 5 de febrero de 1996, de 4 de noviembre de 1997, de 10 de marzo de 1998 , de 16 de septiembre de 1999 , de 13 de enero de 2000, o de 18 de julio o de 11 de octubre de 2011 y de 14, 20 y 23 de febrero de 2012)*».

Con todo, y a pesar de lo anterior, la Audiencia Nacional estima que no cabe duda de lo razonado y razonable de la decisión de expulsión atendida la controversia jurídica existente y la falta de un criterio uniforme en la aplicación de los preceptos en que se basó la Administración al acordarla, por lo que no se dan los requisitos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial solicitada.

V.5. Análisis crítico de las posibles conclusiones

Finalmente, y atendiendo a una visión conjunta de las cuestiones planteadas, podemos realizar las siguientes consideraciones críticas a modo de conclusiones, aunque éstas hayan de ser necesariamente provisionales o no definitivas, a la espera de evolución normativa y jurisprudencial.

I. En primer lugar, debe resaltarse que el pronunciamiento de amparo se refiere a un procedimiento en que se ejecuta una sentencia que ha adquirido firmeza. Las limitaciones de oposición con que el demandado cuenta en el juicio declarativo no impiden que el pronunciamiento judicial haya adquirido fuerza de cosa juzgada, y la ejecución de la sentencia viene amparada por el artículo 117 de la CE, incluyéndose en el contenido de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. El juicio de proporcionalidad que se exige al juzgador no puede obviar la concurrencia de otro derecho fundamental, también atendible, y que lleva ínsita la necesaria proscripción de dilaciones en la ejecución.

Sin perjuicio de la eficacia expansiva de la sentencia y el carácter sugestivo que tiene toda decisión que emane del TC, cuestiones a las que nos hemos referido ya, ni los pronunciamientos del TEDH ni del Comité del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, tienen carácter vinculante para los tribunales ordinarios, por lo que adquiere singular importancia la incorporación al acervo de la jurisprudencia constitucional del juicio de proporcionalidad en los lanzamientos, al margen de los cauces procesales de oposición a la ejecución. Ello sin perjuicio de informar la interpretación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales suscritos por España (art. 10 CE) y sin perjuicio de constituir motivo de recurso de revisión frente a una sentencia firme una sentencia del TEDH que viniere a reconocer la vulneración del Convenio, en los supuestos de los artículos 510.2, 511 y 512.1 LEC.

II. No existe un derecho subjetivo a reclamar al Estado el recurso habitacional por el afectado por un desalojo forzoso, pues no se ha configurado como tal derecho subjetivo el derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello aun cuando el artículo 8 de la actual Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, incluya en su artículo 8, en sede de lo que denomina *el estatuto básico del ciudadano*, el derecho de todos los ciudadanos a *disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso, o de cualquier otro régimen de tenencia.* Y correlativamente refuerce, además, la función social de la propiedad a través del reconocimiento de los deberes y cargas del propietario incluidos en el derecho de propiedad de la vivienda, no llega a reconocer un derecho subjetivo accionable del ciudadano ante la justicia.

Por ello consideramos la falta de observancia de los requisitos para la procedencia de los lanzamientos, conforme a los instrumentos internacionales suscritos por España, en especial la falta de alternativa habitacional y la ausencia de agotamiento por el Estado de sus recursos, puede ser causa de responsabilidad de la administración correspondiente, y por ello de una lógica y proporcional reparación[81].

Consideramos que ello además tiene reflejo actual en el artículo 7 de la Ley 12/2023 de 24 de marzo, por el derecho a la vivienda, cuando al definir los principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda, expone:

1. Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover

las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley.

2. Para el cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, en los términos dispuestos por esta ley y de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda.

La tendencia seguida por las leyes autonómicas antes referenciadas, en relación a la posibilidad de intervención pública en los casos de viviendas vacías, o la introducción del concepto de gran tenedor en las medidas de protección diseñadas a partir de la pandemia por Covid-19, permitiendo suspensión de lanzamientos y prórrogas de arrendamientos, contienen ya la valoración o ponderación adecuada de las circunstancias, y determinan una concepción de los derechos en conflictos de la que ha sido permeable el TC. Finalmente, el juicio de proporcionalidad que realiza el TC y al que conduce a los tribunales de instancia, pondera de un lado el derecho de los menores a una vivienda digna, y la necesaria valoración del interés superior de los mismos; de otro, el derecho de propiedad sobre viviendas no destinadas a tal fin, subyacente en la tutela pretendida. Ello supone, como claramente apunta el voto particular de la sentencia, erigir el interés superior de los menores en auténtico derecho subjetivo de alcance constitucional a la vivienda de los niños, oponible frente a terceros en el seno de un procedimiento que implique su lanzamiento.

III. A nuestro juicio, el juicio de proporcionalidad que la STC que analizamos realiza, supone la introducción en la jurisprudencia constitucional de la doctrina de los desalojos forzosos que hemos apuntado anteriormente[82], que además se reitera en la STC 161/2021, de 4 de octubre, referida al desahucio de una persona con discapacidad. Ello obligará, al margen de las causas de oposición a la ejecución del título judicial, a una motivación especial de la resolución que ordene el lanzamiento, donde se incluya el juicio de proporcionalidad, que a los efectos de este trabajo, valore el interés de los menores afectados por la medida de lanzamiento, en atención a su especial vulnerabilidad.

IV. Teniendo en cuenta que la resolución que se ejecutaba (nos referimos, de nuevo, a la STS 113/2021) se había dictado en un procedimiento, que aun limitado en su cognición, permitía la oposición de la demandante de amparo, que se amparaba en una disposición legal y en la protección de un derecho, la propiedad privada, reconocido en el ordenamiento jurídico interno, donde la demandada tuvo ocasión de conocer el lanzamiento con anterioridad y tuvo ocasión asimismo de procurarse los medios de defensa adecuado, el juicio de proporcionalidad que la STC exige es la valoración del lanzamiento de los menores sin que conste una solución alternativa habitacional y sin que el demandante requiera para su uso de vivienda el inmueble objeto del procedimiento. De ello derivará necesariamente, no la imposibilidad del lanzamiento, pero sí su suspensión temporal, con importantes consecuencias para todas las partes.

V. Lo anterior nos conduce a las siguientes reflexiones:

— Los límites de este concepto defensivo con que hemos llenado el controvertido derecho a la vivienda son necesariamente temporales. La motivación judicial

o de la autoridad competente sólo puede comprender la suspensión temporal del lanzamiento.

— El período de suspensión de la ejecución de la sentencia debe venir condicionado por el principio a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución de las sentencias sin dilación. De producirse una dilación indebida el ejecutante afectado tendría a su alcance la vía de la responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

— Qué deba entenderse por plazo razonable de suspensión del lanzamiento o desalojo, deberá contenerse en la motivación de la resolución. La STC 113/21 asume los dos momentos que incluía en su solicitud la recurrente de amparo.

De un lado, interesaba la suspensión por plazo máximo de seis meses, plazo que relacionaba con la escolarización de los menores. Se trata de una mención recurrente, probablemente alejada en el caso de las circunstancias reales concurrentes, desde el auto del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013 (ROJ: AJPI 13/2013. Hemos sostenido en la interpretación del auto el peso especial que en la resolución tiene la demandante de desalojo, la entidad prestacional de vivienda en la Comunidad de Madrid), que precisamente fundado en la unidad del texto constitucional y en el interés superior de los menores, acordó la suspensión del lanzamiento hasta la finalización del curso escolar de los menores, evitando con ello un perjuicio añadido al desalojo, relacionado con su integración en el centro y el derecho a la educación de los niños.

De otro, la recurrente de amparo solicitaba la suspensión del lanzamiento hasta que fuere procurado por las administraciones correspondientes una alternativa habitacional.

A nuestro juicio, sin perjuicio de valorar en una concreta resolución otro momento concreto (por ejemplo, que esté próximo a la adjudicación un inmueble, un nuevo contrato laboral en ciernes) la recta aplicación de la doctrina que venimos analizando obliga a que la suspensión se supedite a que sea proporcionado al ejecutado un recurso alternativo habitacional adecuado (excluidos por ello recursos ineficientes, como albergues o alojamientos temporales) que mitigue o anule los efectos proscritos de su desalojo.

— La actividad prestacional que se exige de la administración debe realizarse en un plazo razonable. Razonable parece a la sentencia que comentamos el plazo máximo de seis meses; el legislador, en el artículo 441.5 LEC en su actual redacción dada por la Ley 12/2023, considera razonable el plazo de dos meses si el arrendador es persona física y de cuatro meses si es persona jurídica; y en el artículo 704 LEC se contempla como plazo genérico de prórroga de lanzamiento de los ocupantes de un inmueble, el plazo de un mes, prorrogable por un mes más.

Cualquiera de estos plazos debe actuar como límite máximo de la actuación de la administración, transcurrido los cuales, procederá en todo caso el desalojo o lanzamiento, se haya o no proveído al ejecutado de solución o alternativa habitacional (ello sin perjuicio de los concretos plazos previstos en las leyes especiales sobre suspensión de lanzamientos, a que nos hemos referido *up supra)*.

— Si la administración dejara transcurrir los plazos indicados sin procurar un efectivo recurso habitacional, al desalojo podría seguir la eventual responsabilidad de la administración por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- Auto JPI 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013.
- STS de 14 de enero de 2010, ROJ: 1894/2010.
- STS 20 de noviembre de 2018, ROJ: 3882/2018.
- STS de 12 de junio de 2020, ROJ 1688/2020
- STS de 29 de marzo de 2021, ROJ: 1239/2021
- STC 82/2016, de 28 de abril.
- STC 110/2016, de 9 de junio.
- STC 192/2016, 16 de noviembre de 2016.
- STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021.
- STEDH de 29 de noviembre de 2018.
- Resolución de la DGRN de 19 de enero de 2016.
- Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2018.
- Resolución de la DGFPSG 29 de noviembre de 2021.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

A. R. B., JR. (1922): «May a Wife Maintain against a Male an Action for the Alienation of Her Husband's Affections?», *Virginia Law Review*, Mar., Vol. 8, No. 5, Mar., pp. 370-373.

BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019): «Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas», *Lex Social,* vol. 9, núm.2.

BLANDINO GARRIDO, M. A. (2022): «La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos», en *Vivienda y colectivos vulnerables*, María Dolores CERVILLA GARZÓN (dirs.), Isabel ZURITA MARTÍN (dir.), pp. 51-80.

CABEZUELO ARENAS, A. L.. (2017): «El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16.

CERVILLA GARZÓN, M. D. (2017): «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret, 4*.

CHAPARRO MATAMOROS, P. (2022): «La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores», en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN, pp. 81-111.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015): «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.

FAUS, M. (2022): «Atribución de la vivienda familiar. Reglas generales», en *Práctico de Derecho de familia*, nº. septiembre.

-FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2016): «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *Revista de la Administración Pública*, nº 200, pp. 11-22.

GALGANO, F. (2000): *Atlas de Derecho comparado*, ed. Fundación Cultural del

Notariado, Madrid.
GARCÍA MAYO, M. (2022): «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC», en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables,* Aranzadi, pp 229-265.
GUILARTE GUITIÉRREZ, V. (2002): «La sociedad de gananciales: de la comunidad germánica al caos liquidatario", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DÍEZ-PICAZO* / coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Luis DÍEZ-PICAZO (hom.), Vol. 3, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4683-4706.
GUILARTE GUITIÉRREZ, V. (2004): «La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4. septiembre, pp. 171-211.
-JÁUDENES, J. T. (1986): «Extensión" ultra partem" de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución», *Revista de administración pública*, nº 109, p. 247-254.
MARTÍNEZ CALVO, J.:
(2018): «Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial», *Actualidad civil*, nº 12, p. 9 ss.;
(2019): «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre.
MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2021): «¿Produce alguna vinculación la STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, fuera del proceso en el que se ha dictado?», *Diario LA LEY*, nº 9897, de 22 de julio.
JEREZ DELGADO, C. (2018): «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos: Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense», en *Indret*, octubre 4.
OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017): «Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal», La Ley Derecho de Familia; Revista Jurídica sobre Familia y Menores, nº 16.
ORTEGA JIMÉNEZ, A. (2017): «El régimen económico matrimonial en el Reino Unido», *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, pp. 201-207. DOI: http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i23.361.
PÉREZ RAGONE, A. (2007): «"Writ" y "actio" en el surgimiento y la configuración del proceso civil inglés medieval», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Nº. 29, págs. 333-356.
PIZARRO MORENO, E. (2020): *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, pról. de F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, ed. Reus.
RAMÓN FERNÁNDEZ, Fª. (2020); «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas», en *Revista Bolivariana del Derecho*, nº 30, julio, pp. 100-121.
SÁNCHEZ ALONSO, M. (2020): «Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2019); «Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda», *Revista de Derecho*

Patrimonial, núm. 48.

SANTOS MORÓN, M. J. (2014): «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, núm. 3 (julio-septiembre). Estudios, pp. 1-36.

STONE, L. (1990), «*Road to Divorce: England, 1530-1987*», New York: Oxford University Press.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2016): «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La "necesidad de la vivienda"», *InDret,* 1.

NOTAS

[1] Sin embargo, como también se ha declarado jurisprudencialmente, vid. *infra*, cuando la vivienda es propiedad de la sociedad de gananciales y sigue estando a nombre de los dos, el uso podrá estar asignado únicamente a uno de los dos cónyuges, pero la obligación en relación con los terceros será solidaria. Distinta cuestión es que aquél que satisfaga un pago obligado, tenga luego acción para exigir al otro la participación, salvo que en el convenio o sentencia establezca algún sistema especial en beneficio de uno de los cónyuges. Este supuesto es el típico cuando existe una hipoteca sobre la vivienda.

[2] En tal caso, es dable pensar que la sola existencia de un menor va a condicionar sobremanera el proceso: el juez o tribunal se encontrará así ante una encrucijada difícilmente solventable. Resolver conforme a los criterios legales del desahucio parece privarle de piedad; resolver conforme al interés superior del menor parece privarle de *auctoritas*, aunque solo se trate de un equívoco efecto reflejo.

[3] Vol. 8, No. 5 Mar. 1922, pp. 370-373.

[4] *Although this a case of first impression, if it can be shown that there is presented to us a concurrence of loss and injury from the act complained of, we are bound to say that this action lies. Nor can I allow that the loss of consortium, or conjugal society, can give a cause of action to the husband alone.*

But the loss of conjugal society is not a pecuniary loss, and I think it may be a ross which the law may recognize, to the wife as well as to the husband.

[5] Es palpable aún la pervivencia sublime del sistema de *writs*: en el origen, fue el procedimiento… por eso decían los juristas anglosajones, en un cacofónico juego de palabras, que donde no había *writ*, no había derecho (*if there is no writ, there is no right*). La magistral equiparación entre la *actio* romana y el *writ* anglosajón solo lo encontramos en PÉREZ RAGONE, 2007; 333-356.

[6] Las fuentes históricas indican que fue conocido como el *Mazarine's Case*, y es prácticamente imposible encontrar otra referencia pseudo-dogmática que no sea la ofrecida por la poco prolífica —solo se conservan dos libros de ella— filósofa y feminista Mary Astell en su artículo *Some Reflections Upon Marriage, Occasion'd by the Duke and Dutchess of Mazarine's Case; Which is Also Consider'd,* publicado en Londres en 1700, *printed by John Nutt*.

[7] *Road to Divorce: England, 1530–1987*, New York: Oxford University Press, 1990.

[8] Analizando las formas válidas de celebración, que el autor califica como formales e informales.

[9] Donde el autor distingue entre la separación decretada por la Corte eclesiástica y la separación concertada por acuerdo particular o privado.

[10] STONE, cit., pp. 135 a 137. Para STONE, llama la atención el aparentemente alto nivel de confusión y "corrupción" (sic) que favorece este sistema de derecho matrimonial, y, de igual manera, el autor queda asombrado por la clara inclinación que los cónyuges muestran por el sistema, al que dan pleno reconocimiento y validez. De hecho, llega a plantearse si el sistema de derecho matrimonial instaurado era funcional. Pues, por una parte, se manifiesta como útil y eficaz, de uso frecuente en la historia jurídica. Por otra, y sin embargo, STONE descubre y acusa repetidamente la disfuncionalidad y la falta de respuesta del sistema a la solución de los conflictos que plantea el derecho de familia (custodia, pensiones, vivienda…). Tanto los conflictos de leyes planteados por competencia entre jurisdicciones como las modificaciones de las normas particulares, así como su administración, concluye el autor, hicieron de la ley de matrimonio en la práctica "un lío", confundieron los derechos de propiedad y parecían "maximizar... la miseria", haciéndola "imposible avanzar en una interpretación funcionalista plausible".

[11] Lo que se articula a través del procedimiento conocido como *Discovery*. El incumplimiento de este deber se considera desacato o *contempt of court*, lo que puede acarrear derivaciones penales. Este deber se extiende también a los representantes legales de las partes: si

un cliente pide a su abogado que no aporte un documento, el abogado debe negarse y cesar el contrato de servicios de inmediato.

[12] Por todos, ORTEGA JIMÉNEZ, A. (2017): "El régimen económico matrimonial en el Reino Unido", *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, pp. 201-207.

[13] Que ya fue puesta de manifiesto en 2004 por GUILARTE GUITIÉRREZ, V., "La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4. septiembre 2004, pp. 171-211; del mismo autor, en un trabajo anterior (2002), fue la diatriba "La sociedad de gananciales: de la comunidad germánica al caos liquidatario", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DÍEZ-PICAZO* / coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Luis DÍEZ-PICAZO (hom.), Vol. 3, 2002 (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4683-4706.

[14] ORTEGA, cit., p. 203, *in fine*, y 204.

[15] El Tribunal debe promover el objetivo primordial de la justicia mediante la gestión activa de los casos. Esto incluye (pero no se limita a);

— Alentar a las partes a cooperar entre sí en la realización de los procedimientos.

— Alentar a las partes a resolver sus disputas a través de la mediación, cuando corresponda.

— Identificar los problemas en una fecha temprana.

— Regular la divulgación de documentos y pruebas periciales para que sean proporcionales a las cuestiones debatidas.

— Ayudar a las partes en la resolución de todo o parte del caso.

— Fijar los horarios o controlar el progreso del asunto y del procedimiento.

— Fomentar el uso de las tecnologías para la resolución del asunto.

— Dar instrucciones para garantizar que el procedimiento de familia se lleve a cabo de forma rápida y eficiente.

[16] Así ocurre con Canadá, tanto en la parte de tradición romano-canónica (CC de Quebec) como en la parte anglosajona (resto, *Family Law Act*, conocido por el acrónimo FLA). Se acogen dos principios (JEREZ DELGADO, C., (2018): "Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense", en *Indret*, octubre 4/2018):

1. De un lado, se reconoce a ambos cónyuges el derecho a la posesión de la vivienda familiar. Este derecho sólo puede extenderse en el tiempo —si se disolviera el matrimonio, se declarase su nulidad, o llegase la separación— para el cónyuge no propietario o no titular de un derecho sobre ella (por ejemplo, el cónyuge del arrendatario), cuando así se determine expresamente, sea por convenio de separación o divorcio, sea por mandamiento judicial (por ejemplo, en caso de insolvencia). Se trata de un derecho personal irrenunciable del cónyuge no titular frente al cónyuge propietario o titular de un derecho sobre la vivienda, y —según la jurisprudencia— no se extiende a los bienes muebles.

2. En lo que se refiere a la disposición de la vivienda familiar, se prohíbe al cónyuge propietario que la enajene o grave unilateralmente.

Igual que sucede en Derecho español, los actos de disposición del hogar doméstico requieren el consentimiento de ambos cónyuges o bien, cuando no sea posible, una autorización judicial (art. 21 FLA). La norma dispone que ninguno de los cónyuges puede enajenar o gravar la vivienda familiar a menos que: a) El otro cónyuge firme el documento o consienta en la disposición; b) El otro cónyuge haya renunciado a su derecho por convenio de separación; c) Una orden judicial haya autorizado el acto de disposición o haya declarado no aplicable al caso el régimen de la vivienda familiar; o, d) La propiedad no haya sido designada por ambos cónyuges como vivienda familiar y otra propiedad sí fue registrada como tal por ambos esposos sin que se haya cancelado en el Registro dicha identificación. A diferencia de otras normas de la *Family Law Act*, esta regla no se considera extensible a las parejas de hecho y marca la gran diferencia significativa entre el régimen jurídico aplicable a los matrimonios y a las parejas no casadas.

[17] Cit., pp. 204 y 205.

[18] Curiosamente, éste no fue siempre el criterio, pues cambió a partir de la promulgación de la *Ley de Propiedad* de 1925, cuya sección 37 dejó sentado que: "El marido y la mujer, a los efectos de adquisición de cualquier participación en propiedad, en virtud de una disposición ya hecha o que se llevara a efecto después de la entrada en vigor de esta Ley, serán tratados como dos personas distintas." Por tanto, en Derecho inglés no se produce una confusión de patrimonios como consecuencia del matrimonio.

[19] Ley de la Generalitat Valenciana 5/2010, de 1 de abril, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Declarada inconstitucional por la STC de 16 de noviembre de 2016.

[20] A través de la Ley del Parlamento aragonés 2/2010, de 226 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Esta Ley se ha integrado en el Código de Derecho foral de Aragón, ex DLG. 1/2011, de 22 de marzo.

[21] Mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña.

[22] Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

[23] En cualquier caso, permítase la licencia, puede decirse que los problemas de constitucionalidad del Derecho foral valenciano son habituales. Como muestra, puede traerse a colación la cuestión sometida al TC en el recurso de inconstitucionalidad 9888-2007 promovido por el Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley de la Comunitat Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, y resuelta en la STC 82/2016, de 28 de abril; y, por otro, en el recurso de inconstitucionalidad 4522-2013, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, también concluida en la STC 110/2016, de 9 de junio. Estas decisiones fueron tomadas como base argumental para justificar la nulidad de la ley valenciana.

[24] La Ley refería la posibilidad de computar la compensación exclusivamente a los gastos ordinarios, excluyendo los extraordinarios, ya sea de mutuo acuerdo o por resolución judicial, en lo que entendemos un esfuerzo por equilibrar las economías de los excónyuges.

[25] La ley aragonesa se refiere indistintamente a ellos por lo que aquí, como en los demás casos, habrá que entender que el régimen es susceptible de aplicación tanto si ha habido matrimonio como si se trata de parejas de hecho.

[26] La traducción literal es "hay que estar a la letra", y la Gran Enciclopedia aragonesa recoge lo siguiente en cuanto a su nacimiento y evolución: "«Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón» (art. 3° de la Compilación del Derecho civil de Aragón). La exposición de motivos que precede a la Compilación sitúa al citado principio en el sistema aragonés y en su tradición jurídica diciendo que «en el art. 3. ° se configura el principio *standum est chartae* en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil, concretada en la Observancia 16 de *fide instrumentorum*».

[27] Una notable y actualizada exposición de la materia en Manuel FAUS, "Atribución de la vivienda familiar. Reglas generales", en *Práctico de Derecho de familia*, septiembre de 2022.

[28] La STS de 14 de enero de 2010, ROJ: STS 1894/2010, lo define como derecho familiar, no real, cuya titularidad además se atribuye al cónyuge a quien se otorga la custodia de los menores, cuando estos existen, constituyendo desde el punto de vista patrimonial, una mera limitación de disponer sin el consentimiento del cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible por ello a terceros.

[29] CERVILLA GARZÓN, María Dolores (2017): "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret, 4,* pp 4-5, para quien la consideración de la atribución del uso de la vivienda familiar como un derecho real responde en unos "a un

desiderátum o, en algunos casos, un efecto de "deslumbre" propio de la eficacia erga omnes del derecho en cuestión, en algunas de sus manifestaciones, derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en otras, por el interés público (hijos menores o cónyuge necesitado de protección) que se encuentra en su origen y que lo justifica". La reforma del artículo 96 del CC operada por la Ley 8/2001 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, contempla en el párrafo tercero el acceso del Registro de la Propiedad de la prohibición de disponer de la vivienda sin el consentimiento del cónyuge custodio titular del uso: "*Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". La* crítica a la limitación de la inscripción a la mera prohibición de disponer, por postular el acceso al Registro del contenido positivo del uso, se encuentra en quienes sostienen el carácter real del uso atribuido. Así en GARCÍA MAYO, Manuel (2022): "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC" en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dir) *Vivienda y colectivos vulnerables,* Aranzadi, pp 229-265. En línea con las soluciones portuguesas e italianas. En tal caso, vid. DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

[30] Una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a fundamentar la atribución del uso de la vivienda en el interés superior del menor, pues no siempre el uso de la vivienda coincide con el citado interés, e incluso es un apriorismo que he perdido parte de su sentido con el paso del tiempo y las nuevas formas de composición familiar e incluso en atención a las circunstancias económicas vigentes. Así CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2022), "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN, op. cit., pp. 81-111. No se pronuncia el precepto sobre la justificación de la atribución del uso en el interés superior del menor, aun cuando sí la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No está de más, sin embargo, apuntar que la rigidez de la norma tal vez traiga causa en el mencionado axioma, sin atender en el caso concreto al interés del menor afectado, y de los restantes intereses concurrentes.

[31] RAMÓN FERNÁNDEZ, Fª.; "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas", en *Revista Bolivariana del Derecho*, nº 30, julio de 2020, pp. 100-121.

[32] SÁNCHEZ ALONSO, M.: "Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

[33] CABEZUELO ARENAS, A. L..: "El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

[34] En la doctrina, ahonda en la cuestión MARTÍNEZ CALVO, J., "Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial", *Actualidad civil*, 2018, no 12, p. 9 ss.; más reciente, del mismo autor, "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre 2019.

[35] La calificación negativa, con técnica lingüística manifiestamente mejorable, se motivó diciendo lo siguiente (sic): "Conforme la doctrina de la DGRN, el derecho de uso no constituye un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar cuyo contenido implica una serie de limitaciones para el propietario del mismo no titular del derecho de uso sobre el

constituido, en el sentido de requerir el consentimiento de este último o autorización judicial para la transmisión del inmueble.

Sin perjuicio de lo cual, para la inscripción de dicho derecho de uso, bien como derecho familiar, o bien como un verdadero derecho real de uso y habitación constituido y aprobado por el Juez, la inscripción del mismo en favor de la esposa requiere hacer constar el propio contenido del derecho que ha de ser objeto de inscripción, de conformidad art 21 LH y doctrina de la DGRN entre otras en resolución de 19 de mayo de 2012".

[36] "En primer lugar, y al margen de que se trata de una sentencia firme junto con convenio regulador que, como título, pretende el acceso al Registro de la Propiedad en el ámbito en el que éste resulta de aplicación, ni la jurisprudencia, ni la DGRN exige la delimitación temporal que ha dado lugar a este escrito frente a la calificación. Conteniendo el documento que se pretende inscribir todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción, relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos en los términos exigidos en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no se trata de un derecho real. Así, esta atribución que deriva de un procedimiento de divorcio y, en consecuencia, está sujeta al ámbito del Derecho de familia, en concreto se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Civil. Por la jurisprudencia, citando entre otras, a modo de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 enero 2010 y 18 marzo 2011, se ha negado la atribución del uso de la vivienda familiar derivado de un procedimiento de divorcio fuera un derecho real. Por otra parte, la naturaleza jurídica de dicha atribución no resulta discutible ni siquiera en la calificación frente a la que recurrimos. Así, la DGRN, en Resolución de fecha 5 de junio de 2008, ya sostuvo que la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, siguiendo la doctrina científica y la de este Centro Directivo, lo han calificado como un derecho de carácter familiar (nos referimos al derecho de uso de la vivienda familiar) y, en consecuencia, en palabras de dicha Resolución, respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen para la inscripción de los derechos reales".

[37] Lo que ha permitido a alguna autora hablar de "domicilio desfamiliarizado"; vid. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; "Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

[38] En el ámbito foral, ya visto antes, la temporalidad de uso es tratada en los arts. 233-20 y sigs. de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En el País Vasco, La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, contempla en su art. 12 una serie de causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar: la letra f) destaca expresamente "el vencimiento del plazo en la atribución temporal judicialmente adoptada". El Decreto Legislativo 1/20 1, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con la nomenclatura «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su art. 81, contempla las distintas situaciones, tanto en el caso de custodia compartida como individual, amén de la posibilidad de venta, si fuera necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. A ella también se refiere el pacto de parentalidad de la Ley 69 y 72 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Por último, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana, declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

[39] Así lo explica la STS de 29 de marzo de 2021, ROJ: STS 1239/2021: "A partir de la sentencia del pleno 547/2010, de 16 de septiembre, es jurisprudencia consolidada el reconocimiento del ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos y en beneficio de la comunidad. Esta doctrina se fundamenta en la idea de que, durante el período de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero. Por otra parte, tal

y como recuerda la sentencia 700/2015, de 9 diciembre, con cita de jurisprudencia de la sala, a efectos del goce y disfrute de la cosa común en caso de comunidad de gananciales disuelta, pero aún no liquidada, se aplican las reglas de la comunidad hereditaria. Ello tiene interés en el presente caso si, según parece, entre los bienes a que se refiere la demanda hubiera bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales extinguida y no liquidada existente entre el causante y una de las demandantes. La misma doctrina de la sala sobre el desahucio por precario entre los coherederos sería aplicable". En idéntico sentido la STS de 9 de diciembre de 2015, ROJ: STS 5688/2015 para la cual partiendo de las reglas de la comunidad de bienes a la comunidad de bienes poostgananacial, el artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, por lo que la norma contempla una utilización solidaria y simultánea, que excluiría el goce o uso de un comunero que excluye el de los demás, que tilda de ilegítimo, aun cuando no el uso alternativo y sucesivo por períodos fijados de la cosa común.

[40] La atribución del uso de la vivienda familiar hasta el ejercicio de la acción de división de la cosa común ha sido admitida por la reciente STS de 24 de marzo de 2021, ROJ: STS 1108/2021. El asunto sometido a casación trataba de una unión no matrimonial con hijos menores, habiéndose establecido la guarda y custodia a la madre e hijos, a quienes además se atribuyó la vivienda cotitularidad de ambos progenitores de manera temporal hasta el ejercicio de la acción de división de la cosa común. Frente a la sentencia de la Audiencia, que con apoyo en el principio del *favor filii* consideró no admisible que la atribución del uso quedará sometida al ejercicio de la acción de división de la cosa común antes de que los hijos menores alcanzaran la mayoría de edad, el Tribunal Supremo recuerda que la atribución del uso no impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, y con independencia de las consideraciones sobre la subsistencia del uso en caso de enajenación de la finca, admite que por acuerdo o por decisión judicial se limite el uso hasta el mismo momento de la división de la cosa común, no subsistiendo en este caso el uso tras la enajenación de la finca.

[41] VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2016): "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La "necesidad de la vivienda", *InDret,* 1, p. 37.

[42] El Tribunal Supremo además no exige que la división de la vivienda familiar se realice en el seno de un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, pudiendo instarse con carácter previo al mismo e incluso a pesar de no acudirse finalmente a la liquidación del patrimonio familiar, supuesto habitual cuando el activo principal del matrimonio es precisamente la mencionada vivienda.

[43] Uno de los argumentos más recurrentes para cuestionar que la atribución del uso de la vivienda se fundamente en el interés superior del menor, es precisamente la subsidiariedad de la regulación del artículo 96 del CC, siendo prevalente el acuerdo de los cónyuges, si bien homologado judicialmente. De pactarse un uso a favor del cónyuge no custodio, si el acuerdo es homologado judicialmente, bien la homologación debe cuestionarse por contraria al interés de los menores, bien el interés superior de los menores no se ampara necesariamente con la atribución del uso al cónyuge custodio, CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 88.

[44] Recordemos, como analizaremos posteriormente, que la jurisprudencia considera titular del uso al cónyuge con quien viven los menores, aun cuando se atribuya en beneficio e interés de estos.

[45] Existe una fuerte corriente doctrinal que considera que en todo caso, la atribución del uso del domicilio es una manifestación de la prestación alimenticia a los hijos menores de edad, en los términos establecidos por el artículo 154 del CC, de forma que debe existir una correlación entre la atribución del uso y la prestación de alimentos por el cónyuge no custodio. Así BLANDINO GARRIDO ("La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en *Vivienda y colectivos vulnerables*, María Dolores CERVILLA GARZÓN (dir.), Isabel ZURITA MARTÍN (dir.), 2022, pp. 51-80.), en las pp. 64-65, dice: "la esencia de la disciplina consagrada en el art. 96 CC es asegurar la satisfacción del derecho

de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional, por lo que, si es posible cubrir la necesidad de habitación de los hijos con una vivienda distinta a la familiar, no es necesario conceder el derecho de uso o, si hubiera sido atribuido, puede extinguirse antes de que los hijos alcancen la mayoría de edad". En contra de considerar la atribución del uso una prestación alimenticia, GARCÍA MAYO, Manuel (2022), "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC", en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dirs.) *Vivienda y colectivos vulnerables,* Aranzadi, pp. 229-265, considerando que la medida tiene su fundamento en la protección del más débil, con un marcado carácter asistencial.

[46] Ello, a través normalmente de la inscripción registral del uso de la vivienda familiar. Pero no es descartable la oponibilidad por el conocimiento de la atribución del uso de la vivienda por el tercero, que anula en todo caso la buena fe, pese a la falta de inscripción registral.

[47] SANTOS MORÓN, María José (2014): "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil, vol. 1, núm. 3 (julio-septiembre 2014). Estudios,* pp. 1-36.

[48] VERDERA IZQUIERDO, op. cit., p.27.

[49] STS 5 de septiembre de 2011, ROJ: STS 6237/2011: "Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC , respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC , en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no

titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».”

[50] La STS de 14 de julio de 2010, ROJ: STS 3886/2010 argumenta que: “Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005), “ Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios”. Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que “esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005“. Esta jurisprudencia ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, esta vez de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).”

[51] STS 30 de abril de 2013, ROJ: STS 2081/2013: “se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio”.

[52] Es este sentido, aun resaltando el carácter patrimonial del derecho de uso, CERVILLA GARZÓN, op. cit., p.14: “el uso de la vivienda es una medida asistencial que se articula sobre la base de dos pilares. En primer lugar, el interés del menor que, evidentemente, no concurre en el hijo mayor de edad (…). En segundo lugar, la relación existente entre la atribución y el derecho de los hijos (menores o no) a percibir una pensión alimenticia”.

[53] VERDERA IZQUIERDO, op. cit., pp.23 y 24 analizando el Anteproyecto de ley en materia de corresponsabilidad parental: “Siento el titular del derecho de uso los hijos y reflejamente el cónyuge al que se le otorga la guarda y custodia, tendría más sentido disminuir la pensión por alimentos en caso de haberse atribuido la vivienda a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio”.

[54] La RDGRN de 19 de mayo de 2012 estudió el recurso contra la calificación de la Registradora, que denegó la inscripción del acuerdo de ambos progenitores de atribución del uso del domicilio familiar a los hijos, en lugar de atribuirlo al cónyuge custodio. Resolvió así sobre la admisibilidad de los acuerdos de los cónyuges, ratificados por el juez, también en relación a la titularidad del derecho, y por ello la procedencia de inscripción del uso, aun cuando en estos casos considera que “la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.ª de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar —por no haber sido señalado en la nota—, otras circunstancias”. En idéntico sentido la resolución de 19 de enero de 2018, de donde viene a colegirse que en el caso de que el derecho de uso no se atribuya expresamente a los hijos por acuerdo de los cónyuges, la inscripción de realizará a favor del cónyuge custodio, a los efectos de garantizar la prohibición de disposición del bien sin su consentimiento. En tal caso, las menciones de identidad de los menores no se considerarían precisas para la inscripción.

[55] Así lo explica la STS de 22 de junio de 2021, ROJ: STS 2550/2021, “A tales efectos, no es de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC; puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores sin perjuicio del derecho de vistas del otro, en cuyo caso se resuelve el conflicto disponiendo que dicho uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Fácil es comprender que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa

convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

Descartada pues la aplicación del párrafo primero del art. 96 del CC, tampoco hallamos solución en lo dispuesto en su párrafo tercero, que contempla la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que los hipotéticos intereses de éstos no son ponderados en dicho precepto, regulando, por consiguiente, de nuevo una situación distinta a la que conforma el objeto de este proceso. A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador".

En algunas otras sentencias, sin embargo, la propia Sala ha contemplado la atribución del uso a la luz del número 3 del artículo 96 del CC, valorándose las circunstancias económicas personales del cónyuge a cuyo favor se atribuye el uso, significándole como interés más necesitado de protección, por ej., STS de 21 de julio de 2016, ROJ: STS 3888/2016.

[56] El Tribunal Supremo ha sido generalmente contrario a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en los casos de custodia exclusiva, estimando que conlleva una vulneración del contenido del artículo 96 de la CE y del interés superior del menor, que no puede ser cercenado o limitado, en tanto consagrado constitucionalmente. Curiosamente, en la casuística de las resoluciones del Alto Tribunal no dejan de existir pronunciamientos que ratifican una atribución temporal del uso en los casos de custodia exclusiva, cuando la atribución del uso proviene de un acuerdo entre las partes y no de un pronunciamiento judicial. Así por ejemplo la STS de 25 de abril de 2016, ROJ: STS 1793/2016, ratificando un acuerdo de atribución del uso a la madre e hijos por cuatro años, a partir del cual el padre abonaría cierta cantidad a la madre en concepto de alquiler de la vivienda. Si bien los criterios del artículo 96 del CC se establecen en defecto de pacto, no deja de sorprender la inflexibilidad en la aplicación del párrafo primero respecto de la temporalidad del uso, con fundamentación incluso constitucional, cuando se admiten acuerdos contrarios a estos criterios, que deben ser ratificados por el juez, precisamente para garantizar la protección de los mismos menores.

[57] ROJ: STS 3882/2018.

[58] Parecía la línea argumental del Alto Tribunal, cuando manifestaba que "el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la

misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre."

[59] La reciente STC 12/2023 de 6 de marzo (BOE de 14 de abril de 2023) analiza la extinción automática del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los excónyuges y a sus hijos menores, tras alcanzar estos la mayoría de edad, en la regulación legal previa a la modificación del artículo 96 por la Ley de 8/2021 de 2 de junio. Para la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, que junto con otros pronunciamientos judiciales se recurría, la atribución del uso del domicilio familiar tras alcanzar los hijos menores la mayoría de edad, en los supuestos en que la vivienda es de exclusiva titularidad del otro cónyuge, como en el caso enjuiciado, una vez superado el criterio del interés superior de las niñas menores de edad, conlleva sin valoración de otras circunstancias concurrentes, como la capacidad económica de los progenitores la extinción del uso y la recuperación por el cónyuge dueño de las facultades dominicales de las que se vio privado. El Tribunal Constitucional parece en dos momentos alejarse de este automatismo en el razonamiento de la Audiencia, que considera conforme a la legislación y a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como a la actual regulación del número 1 del artículo 96 CC, tras la reforma indicada, exigiendo también en este caso, un canon de motivación reforzada por afectar a los derechos de los miembros de la familia, que conlleva la "*ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar considerados en sí mismos, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución*". Y concretamente considera que el interés más digno de protección valorar la capacidad económica concernida por la decisión.

[60] La STC número 185/12 de 17 de octubre así lo explica: "en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores) el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello". En el mismo sentido la STS 823/12 de 31 de enero de 2013 (ROJ: STS 373/13), entiende que con esta prevalencia del interés del menor "se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)".

[61] En fecha de 1 de marzo de 2016, se suscribió por el CGPJ, la Junta de Andalucía y la Federación andaluza de municipios y provincias y convenio de colaboración para la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar, que en el apartado correspondiente a la ejecución del lanzamiento en el seno de un procedimiento de desahucio por falta de pago, establece que "cuando en el desarrollo de un lanzamiento se constate por el órgano jurisdiccional o por los servicios comunes de ejecución una eventual situación de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión social, pueda la Comisión judicial dar inmediata cuenta al Juez que conozca del asunto, de tal forma que permita a éste comunicar a los servicios sociales la existencia de dicha situación, con observancia de la legislación sobre protección de datos personales, con objeto de que dichos servicios sociales lleven a cabo la valoración de las circunstancias concurrentes y pueden acometer las actuaciones procedentes, y pueda el órgano jurisdiccional adoptar, a la vista de tales circunstancias la

resolución que considere procedente en orden a la suspensión del lanzamiento, siempre de conformidad con las leyes procesales.

En el ámbito autonómico de manera similar se afronta la necesidad de destino de las viviendas conforme a la función social de las mismas: Ley 3/2015 de 18 de junio de vivienda, del País Vasco; Ley 4/2013 de 1 de octubre, de medidas para asegurar la función social de la vivienda, y Decreto-Ley 6/2013 de 9 de abril, de Andalucía; Ley 24/2013 de 2 de julio de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda, de Navarra; Ley 21/2014 de 20 de junio de viviendas de Canarias, entre otras.

Los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta legislación han resaltado "la notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas" (STC 16/2018 de 22 de febrero).

[62] BENITO SÁNCHEZ, J. C., (2019): "Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas", *Lex Social,* vol. 9, núm.2*,* p.588. A esta necesidad de coordinación puede responder la reforma del artículo 441.5 LEC, al que reenvía en ejecución el artículo 549 in fine, con no siempre efectivo resultado: "En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano".

[63] BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p.592.

[64] Nuestro TC, en cambio, en su STC 32/19 de 28 de febrero de 2019 (recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 5/2018 de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas), considera que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental, sino un mandato o directriz constitucional, que ha de informar la actuación de los poderes públicos, como entiende igualmente que los acuerdos y tratados internacionales de lo que España es parte, no convierten a tales instrumentos en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde las perspectiva de los derechos fundamentales, ni pueden por sí fundamentar la inconstitucionalidad de la ley.

[65] La sentencia analizada hace nuevamente referencia a casos en que los demandantes residían en propiedades o viviendas sociales. En los supuestos en que la propiedad es de titularidad privada, el Tribunal valora la existencia de otros intereses concurrentes, que también deben ser objeto de ponderación, llegando a considerar que la ponderación de intereses en estos casos puede no requerir un pronunciamiento judicial, sino provenir directamente de la valoración por el legislador.

[66] En su fundamento de derecho séptimo se contiene el razonamiento jurídico de la decisión adoptada por la juzgadora: "El artículo 27.1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y cuyo Instrumento de Ratificación por el Estado español se produjo en fecha de 30 de

noviembre de 1990, establece que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

De tal nivel de vida adecuado para el desarrollo de los menores debe formar parte ineludible el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de la Constitución española. Como es bien sabido, este precepto forma parte del Capítulo III del Título I de la Constitución, titulado "Principios rectores de la política social y económica", y no está amparado por las garantías del artículo 53. 1º y 2º, lo que significa que su aplicación está vinculada al desarrollo normativo que se haga del derecho, que su invocación ante los tribunales no puede hacerse por la vía reservada a los considerados derechos fundamentales en sentido estricto y que, en definitiva, no puede dar lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, no es menos cierto que el precepto constitucional se encuentra en el Título I, "De los derechos y deberes fundamentales", y que, en todo caso, la formulación de un derecho en la norma de mayor relevancia del ordenamiento jurídico debe considerarse por sí misma un indicio de fundamentalidad. Además, el entendimiento de la Constitución española como un todo determina que deba apreciarse que el derecho a la vivienda se vincula directamente con la definición del estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE), con el principio de dignidad de la persona y el derecho a su libre desarrollo (artículo 10.1 CE), así como con otros derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar (artículo 18), la libertad de residencia (artículo 19), el derecho a la educación (artículo 27) o el derecho a la salud (artículo 45).

Es por eso que este reconocimiento constitucional, sumado a la vinculación del derecho a la vivienda con otros derechos constitucionales —sean éstos considerados estrictamente "fundamentales", simplemente constitucionales o principios rectores de la política social y económica—, obliga a interpretarlo de la forma más garantista, particularmente al encontrarse afectados como en el caso que nos ocupa, los derechos de tres menores de edad, por cuya protección deben velar los tribunales según lo establecido en el artículo 158 del Código Civil antes citado."

[67] ROJ: STS 4174/2020. La sentencia reitera la doctrina contenida en su anterior resolución de 23 de noviembre de 2017, exigiendo sin embargo, que la ponderación que el juez debe realizar de la medida de entrada en el domicilio para la ejecución de una resolución administrativa de desalojo de los menores, no se refiera a simples aspectos periféricos o formales de comunicación del lanzamiento a los servicios sociales, sino que se extienda al propio fondo de la proporcionalidad de la medida, constatando ex antes de la autorización, la existencia real de una alternativa o solución habitacional conforme a los intereses de los menores. Hay que partir del tipo de procedimiento en que estas resoluciones se dictan: se trata de procedimientos de autorización judicial de entrada en viviendas de propiedad pública para la ejecución de órdenes administrativas de desalojo, ante una ocupación ilegal. El juez interviene por ello no para fiscalizar la legalidad del acto administrativo, sino para la autorización de entrada en el domicilio. De ahí el juicio de proporcionalidad exigido

[68] "Lo que comprendería el examen de la paralización del desalojo de la vivienda hasta que los hijos menores alcanzaren la mayoría de edad, o si se limitaría esa suspensión ejecutiva a un plazo determinado (medido en semanas, meses o años) con arreglo a otros factores. Y si el menor presentase alguna discapacidad, también tendría que decidirse si la permanencia en el inmueble ocupado sin título sería adecuada a su interés superior hasta que sanase de su discapacidad si resultare médicamente posible, o hasta la fijación de otro plazo distinto. Todo ello según lo que parezca más adecuado al interés del menor en cada caso".

[69] Vid. STS 29 de diciembre de 1982: "La jurisprudencia no ha tenido más remedio que reconocer el *efecto expansivo* de los pronunciamientos anulatorios de las sentencias dictadas por los Tribunales de nuestra Jurisdicción, cuando adquieren firmeza, rebasando el estrecho ámbito subjetivo, *ínter partes,* marcado en el artículo 1252 del Código Civil, en virtud de la innovación producida por nuestra Ley Procesal de 27 de diciembre de 1956 —sentencias 15 noviembre 1963, 11 diciembre 1972, 24 enero 1974—; esto es, extendiendo las consecuencias

del fallo de anulación no sólo a las partes contendientes en el proceso en que fue dictado, sino a las personas afectadas por el mismo acto o disposición anulado". El resaltado es, obviamente, nuestro.

[70] JÁUDENES, J. T.: "Extensión" ultra partem" de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución", *Revista de la Administración Pública*, 1986, nº 109, p. 247-254. Más reciente, y con abundante aportación estadística, FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: "Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo", en *Revista de la Administración Pública*, 2016, nº 200, pp. 11-22.

[71] MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: "¿Produce alguna vinculación la STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, fuera del proceso en el que se ha dictado?", *Diario LA LEY*, nº 9897, de 22 de julio, 2021. Véase, sobre todo, la parte final o de conclusiones: "Lo determinante será que los órganos judiciales sean conocedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre un particular y, a pesar de ello, decida conscientemente no aplicar dicha doctrina constitucional, teniendo en cuenta además que la vinculación se extiende al fallo y a la fundamentación jurídica de las sentencias y demás resoluciones. En otro sentido, indica la doctrina que cuando el Tribunal Constitucional conoce de recursos de amparo dirigidos contra decisiones de los Jueces y Tribunales, limita su función a concretar si se han violado o no derechos fundamentales. La vía de amparo no se configura como una nueva instancia en la que puedan revisarse o alterarse los hechos tenidos como probados por los órganos judiciales, pero como compete al Tribunal Constitucional el restablecimiento de las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer los poderes públicos, estará autorizado a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de la violación y obviamente, en los amparos del art. 44 LOTC podrá realizar una apreciación fáctica de los hechos acaecidos en el proceso, que serán precisamente los relevantes para valorar si se produjo una acción u omisión del órgano judicial vulneradora de un derecho fundamental. Y, en segundo lugar, tampoco compete al Tribunal Constitucional corregir la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE, salvo que al hacerlo violaran alguna garantía constitucional".

[72] Antes en el tiempo, aunque en el mismo año y no referido en concreto al asunto de la STC, ya daba cuenta de estas dificultades el trabajo de REYNAL QUEROL, N., "La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil", en *Indret*, 2/2021.

[73] "Y de ahí que el juez no deba ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar el desalojo forzoso (el lanzamiento del orden civil) y, por ello, antes de emitir esa autorización velará por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria. Así deberá tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión, aunque no pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni —mucho menos aun—imponer a la administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Junto a ese pronunciamiento y por último, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, que modificó el Real Decreto-ley 11/2020, introdujo una suspensión durante el estado de alarma del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del art. 250.1 LEC (precario y en los que tengan por objeto la recuperación de la posesión del inmueble)", MARTÍNEZ DE SANTOS, *ib*.

[74] Concepto ampliamente conocido y estudiado en el universo jurídico anglosajón y comparado. Por todos, Francesco GALGANO: *Atlas de Derecho comparado*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, que nos transmite la idea de que la primera fuente del derecho en el sistema anglosajón entonces es la jurisprudencia a través de la regla del precedente (*rule of precedent*). Las decisiones de las altas Cortes de Justicia se imponen sobre las inferiores siendo vinculantes, mientras que los precedentes del resto de juzgados no cons-

tituyen precedente obligatorio, aunque sí tienen un marcado carácter persuasivo (lo que en nuestro sistema llamaríamos corriente dogmática o jurisprudencial).

[75] El Estado legislador también será responsable cuando:

— Los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y ello suponga la desestimación del recurso presentado por el particular frente a una actuación administrativa que le había ocasionado un daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

— Los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea y ello suponga la desestimación del recurso presentado por el particular frente a una actuación administrativa que le había ocasionado un daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

En tal sentido, FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M.: "La responsabilidad del Estado legislador y el artículo 106 de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, Nº 104, Segundo Cuatrimestre (2018): pp. 221-264.

[76] Cit, FERNÁNDEZ-FONTECHA, *passim*.

[77] Quizá sea la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 11 de mayo de 2017, recurso 325/2015, la que, precisamente en su distinción con el error judicial, mejor lo describa: "El título de imputación «anormal funcionamiento de la Administración de Justicia» engloba aquellas anomalías que, no siendo constitutivas de error judicial, y produciendo daño a las partes procesales o a terceros concernidos, se deben a un irregular funcionamiento objetivo —sin que sea necesario dolo o culpa por parte del agente causante— del proceso o en la actividad administrativa que sirve de soporte. En palabras del Tribunal Supremo, cualquier defecto en la actuación de los juzgados o tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. A diferencia de la responsabilidad patrimonial de Estado, donde la responsabilidad surge del funcionamiento normal o anormal de la Administración que provoca un daño antijurídico en relación de causa efecto, en el caso del Estado Juez la responsabilidad tiene su fundamento en el funcionamiento anormal. La anormalidad de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño de las funciones judiciales al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva. El concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado. En el supuesto en el que el título de imputación sea el error judicial dicho trámite no es necesario, ya que este tipo de reclamación tiene una regulación específica. El error judicial consiste en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial, mientras que el funcionamiento anormal abarca cualquier defecto en la actuación de los juzgados o tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Por otra parte, del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el del error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado, de tal forma que dicho error debe ir precedido de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, ya consista en una sentencia dictada en un recurso de revisión o bien dictada por el Tribunal Supremo en los términos previstos en el apartado 1.b) del artículo 293 de la LOPJ. La existencia de errores patentes en cualquier resolución judicial debe seguir la vía del error judicial, que implica la previa declaración del mismo".

[78] Cit., pp. 260 y ss.

[79] En la introducción de este apartado nos referíamos a la lícita o legítima aplicación de una norma que, objetivamente, causa perjuicios (al propietario que ve frustrado su lanzamiento o a la persona vulnerable que ve frustrada su solución habitacional).

[80] Detractado, globalmente, de la editorial Sepín.

[81] En el mismo sentido se pronuncia PÉREZ DAUDÍ, para el cual puede constituir un supuesto de responsabilidad del Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia, PÉREZ DAUDÍ, Vicente, (2022): "El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales", en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dir) *Vivienda y colectivos vulnerables,* Aranzadi, p.348.

[82] El Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación número 54/2018 frente a España, resume los requisitos para los desalojos puedan ser procedentes conforme al Pacto: "En primer lugar, la limitación ha de estar determinada por la Ley. En segundo lugar, la limitación debe promover el bienestar general en una sociedad democrática. En tercer lugar, la limitación debe ser adecuada al fin legítimo mencionado. En cuarto lugar, la limitación debe ser necesaria, en el sentido de que si existen varias medidas que pueda razonablemente obtener el fin de la limitación, se debe hacer uso de la medida que menos restringe el derecho. Finalmente, los beneficios logrados para promover el bienestar general deben superar los impactos sobre el goce del derecho limitado. Cuando mayor sea el impacto en los derechos protegidos por el Pacto, mayor escrutinio ha de prestársele a la justificación otorgada para tal limitación. La disponibilidad de vivienda alternativa adecuada, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes y si cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos son también factores cruciales en tal examen. Será también inevitable distinguir entre propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras o cualquier otra entidad. El Estado violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona que ocupa la vivienda sin título legal deba ser desalojada de forma inmediata sea cuales sean las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada. Este examen de proporcionalidad de la medida debe ser ejecutado por una autoridad judicial u otra autoridad imparcial e independiente con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo", Dictamen del Comité del Protocolo Facultativo del Pacto E/C.12/69/D/54/2018, en virtud de comunicación formulada por Doña Fátima El Ayoubi y Mohamed El Azouan Azouz en su propio nombre y en el de su hijo menor, frente a España, por vulneración del artículo 11 del Pacto.

1.3. Derecho Reales

Los efectos de la anotación preventiva de demanda. Intento de explicación del artículo 198 del Reglamento Hipotecario a la luz de la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN / DGSJyFP

The effects of preventive demand annotation. Attempt to explain article 198 Reglamento Hipotecario in the light of the jurisprudence and doctrine of the DGRN / DGSJyFP

por
ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Universidad Carlos III de Madrid

A Jesús, con muchísimo cariño y el profundo respeto y honra que merecen las personas buenas

RESUMEN: La finalidad de la anotación preventiva de demanda, es poner de manifiesto en el tráfico que una situación abstractamente inscribible en el registro es objeto de litigio, y por ello no puede ser objeto de inscripción actual. Ello supone una situación interina, cuyos efectos en el tráfico deben ser analizados con sumo cuidado, tanto en relación con los actos dispositivos posteriores a la anotación, como en relación a los anteriores a ella pero que sólo acceden al Registro después de la anotación. El artículo 198 del Reglamento Hipotecario se encarga de regular la suerte de los asientos practicados después de la anotación para el caso en que la demanda anotada sea finalmente estimada, haciendo distinciones que plantean problemas interpretativos, y que sólo pueden ser bien entendidos acudiendo a la disciplina de la rescisión contractual del Código Civil.

El objeto de este trabajo es explicar las consecuencias cancelatorias de los asientos posteriores a la anotación cuando la demanda anotada se estima, desde la disciplina de la rescisión contractual, disciplina que ha de ser la base interpretativa del artículo 198 RH.

ABSTRACT: The purpose of the preventive demand annotation is to show in traffic that a situation abstractly registrable in the register is the subject of litigation, and therefore cannot be the subject of current registration. This presupposes an interim situation, the effects of which on traffic must be analysed with care, both in relation to dispositive acts subsequent to the entry and in relation to those prior to the entry but which only access the Register after the entry. The article 198 RH is responsible for regulating the fate of the entries made after the annotation for the case in which the annotated claim is finally upheld, making distinctions that raise interpretative problems, and that can only be well understood by resorting to the discipline of contractual rescission of the Civil Code.

The aim of this paper is to explain the cancelatory consequences of post-entry entries when the annotated claim is estimated, from the discipline of contractual rescission, a discipline that must be the interpretative basis of article 198 RH.

PALABRAS CLAVE: Anotación preventiva de demanda. Rescisión contractual. Oponibilidad. Fe pública.

KEYWORDS: Preventive demand annotation. Contractual rescission. Opposability. Public faith.

SUMARIO: I. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA COMO MEDIDA CAUTELAR. SU SENTIDO EN EL SISTEMA JURÍDICO: I.1. Concepto general de la anotación preventiva de demanda. Su sentido institucional y alcance como medida cautelar. I. 2. La cuestionada aplicación del artículo 70 LH a las anotaciones preventivas de demanda. El pretendido efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de la anotación. Análisis crítico.—II. LA PROTECCIÓN QUE OFRECE EL DERECHO SUSTANTIVO AL DEMANDANTE: LAS REGLAS DE LA RECISIÓN CONTRACTUAL: II.1. Encuadramiento de la cuestión. II. 2. La rescisión contractual de los contratos que tienen por objeto bienes litigiosos en nuestro Código Civil. Ideas generales. II. 3. La rescisión y los terceros.—III. LOS EFECTOS CANCELATORIOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA SOBRE LOS ASIENTOS POSTERIORES. PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 198 RH DESDE LAS REGLAS DE LA RESCISIÓN CONTRACTUAL: III.1. Planteamiento del problema. III.2. Los efectos de la anotación de demanda sobre los asientos posteriores a ella. III.2.A. Nuestra propuesta interpretativa: la explicación del artículo 198 RH desde las reglas de la rescisión contractual. III.2.A.a) El segundo párrafo del artículo 198 RH. III.2.A).b). Negación de efecto retroactivo de la inscripción a la anotación. III.2.A).c). El cuarto párrafo del artículo 198 RH. III.2.B). Análisis crítico de la propuesta de diferenciar las consecuencias cancelatorias con base en la naturaleza real o personal de la acción ejercitada en la demanda. III.2.C). Análisis crítico de la propuesta de diferenciar las consecuencias cancelatorias con base en la extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada.—IV. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 198 RH CUANDO EL PLEITO FINALIZA MEDIANTE TRANSACCIÓN JUDICIAL. ANÁLISIS CRÍTICO.—V. BREVE *EXCURSUS* FINAL: EL PAPEL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN LAS HIPÓTESIS DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA (ART. 1473 CC).—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA COMO MEDIDA CAUTELAR. SU SENTIDO EN EL SISTEMA JURÍDICO

I.1. Concepto general de la anotación preventiva de demanda. Su sentido institucional y alcance como medida cautelar

Cuando el tráfico es capaz de generar con normalidad los títulos inscribibles de las relaciones jurídico-reales inmobiliarias, los conflictos de intereses que puedan surgir en el tráfico relativos a un mismo inmueble son resueltos por el rigor de los principios hipotecarios, cuando no por la regla "nadie puede dar lo que no tiene". Pero cuando el tráfico no es capaz de generar con normalidad los títulos inscribibles —independientemente de que esa incapacidad obedezca o no a un actuar antijurídico[1]—, entonces el interesado debe obtener del auxilio judicial lo que no puede obtener del tráfico normal; y es en estos casos en los que resulta perfectamente sensato que el Estado arbitre mecanismos de protección para aquel que acude al Juez en defensa su derecho, evitando que las reglas del tráfico que no han funcionado para él normalmente y a las que quiso someterse[2], sean precisamente las que le causen un daño irreparable[3] ínterin se resuelve judicialmente la controversia origen de la demanda.

Todo ello justifica sobradamente que, desde la primera Ley Hipotecaria, y con ella, desde la vigencia en nuestro Derecho de los principios hipotecarios, se prevea la anotación preventiva de demanda como posible asiento, siempre además en el mismo artículo (el 42) de la Ley Hipotecaria. La anotación preventiva de demanda es la herramienta que el Derecho pone a disposición del interesado para proteger su interés en este grupo de casos. Se trata, en fin, de una medida *cautelar* adoptada en el marco de un procedimiento *judicial*, cuya finalidad es evitar que el desarrollo del proceso judicial pueda suponer en sí mismo, es decir, por su duración, el juego con normalidad de las reglas del tráfico que, eventualmente, podrían suponer un perjuicio irreparable *in natura* al derecho del demandante (vale decir, pretende evitar que aparezca un adquirente del bien protegido por las reglas del tráfico, que adquiera el bien de manera definitiva e irreivindicable).

Ahora bien: la anotación de demanda no es otra cosa que la toma de razón en el Registro de la circunstancia consistente en que la propiedad del inmueble, o un derecho que tiene por objeto ese mismo inmueble, es objeto de controversia judicial. La protección que la anotación brinda al demandante es la que se deriva de las consecuencias que el Derecho reserva a la oponibilidad de esa circunstancia frente a terceros (el que la titularidad del bien se encuentra *sub judice*). La anotación de demanda no supone una vía de acceso al Registro alternativa a la inscripción, por bien que pueda preparar y facilitar una inscripción posterior (la que proceda con la estimación de la demanda anotada); pero esta anotación *no garantiza* la eventual y futura inscripción, sencillamente porque no es esta la función de esta medida cautelar. Como ha apuntado CORTÉS DOMÍNGUEZ, el fundamento de este tipo de medidas cautelares es "absolutamente procesal o si queremos constitucional, pues (…) sólo la necesidad de emplear tiempo en la actuación de la justicia es lo que permite pedir al Estado frente al demandado el aseguramiento de la plena efectividad de la sentencia, o, en otras palabras, que el tiempo no sea un factor perjudicial para aquél que ejercita la pretensión"[4]. Por tanto, la finalidad

de la anotación de demanda no puede ser conceder al demandante una plena y anticipada tutela registral de la situación inscribible en caso de estimación de la demanda, garantizando así la inscripción posterior como si la anotación fuese una especie de preinscripción o de inscripción sometida a condición suspensiva[5], sino, nada menos, pero también *nada más*, que evitarle el perjuicio que las reglas del tráfico podrían causarle ínterin se resuelve judicialmente su pretensión; a la inversa: no le puede proteger de otros acontecimientos que no sean imputables a ese factor temporal. Esto es algo que no podemos perder de vista a la hora de comprender los efectos que la anotación ha de tener sobre los asientos posteriores a aquélla, y sobre lo que nos detendremos más adelante.

I.2. La cuestionada aplicación del artículo 70 LH a las anotaciones preventivas de demanda. El pretendido efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de la anotación. Análisis crítico.

El artículo 70 LH dispone lo siguiente:

"*Cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo, surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación*".

Contempla este artículo 70 LH el fenómeno de *conversión* de la anotación de un derecho, en inscripción. *Registralmente*, esta operación se produce mediante la práctica de un asiento de conversión en los términos del artículo 196 RH, esto es, realizando una inscripción de referencia a la anotación, de manera que ambas, asiento de conversión y anotación, devienen complementarios. *Materialmente*, la conversión supone el cambio de naturaleza de la anotación, que se subsume en el asiento de conversión o de referencia[6], pero teniendo en cuenta siempre la fecha de la anotación *convertida*, que en este sentido guarda efectos retroactivos a la conversión, lo cual es, como ha señalado PAU PEDRÓN, "efecto básico de la conversión"[7].

La doctrina hipotecarista más antigua consideraba aplicable el artículo 70 LH a las hipótesis de anotación de demanda. Así, autores como BARRACHINA Y PASTOR, o MORELL Y TERRY, al estudiar el citado precepto consideraban que éste resultaba aplicable a los casos de anotación de demanda del art. 42.1º LH[8]. Asimismo, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha entendido aplicable el art. 70 LH a las anotaciones de demanda[9].

Sin embargo, la cuestión no es en absoluto clara, y creemos, en el mismo sentido en que se ha pronunciado la doctrina hipotecarista más reciente, que aquel artículo 70 LH no resulta de aplicación al caso de las anotaciones de demanda.

Esta negación aplicativa encuentra su principal exponente en ROCA SASTRE, el cual sostuvo que la anotación preventiva de demanda no es un asiento registral que se practique *en favor* del demandante: "quién sea el titular del derecho o pretensión anotada no interesa en las anotaciones de demanda, pues son resortes procesales extraños a toda idea de tráfico, pudiendo decirse que, en rigor, el verdadero titular o destinatario de la anotación es la Administración de justicia, o mejor dicho, la *instancia judicial* en curso"; y concluye: "la anotación de demanda tiene un contenido hueco, pues sólo pretende fijar un rango registral; en ella sólo hay que ver el aspecto pasivo de una afección registral a las resultas de un proce-

dimiento en marcha"[10]. En la misma línea se pronunciarán más tarde LACRUZ[11], MANZANO SOLANO[12], GARCÍA GARCÍA[13], PAU PEDRÓN[14], y más recientemente, ANDRADES NAVARRO[15] y FERNÁNDEZ ESTEVAN[16].

En nuestra opinión, no hay términos hábiles para poder hablar de *conversión* de la anotación preventiva de demanda en los términos del repetido artículo 70 LH. Este precepto se refiere a la conversión de la anotación preventiva *de un derecho*; y la anotación de demanda no es, por definición, anotación de ningún derecho tal y como hemos visto. El hipotético asiento de conversión o referencia *ex* art. 196 RH no podría encontrar un referente objetivo de conversión en la anotación. Como el mismo ROCA SASTRE puso de manifiesto, "se requiere cierto esfuerzo para que pueda hablarse en ellas de conversión cuando el anotante obtenga sentencia que dé lugar a lo por él pedido en su demanda judicial"[17] y [18].

Naturalmente, la negación aplicativa del art. 70 LH a estos supuestos, no puede implicar que el demandante no obtenga con la anotación ninguna utilidad. Lo que sucede es que esta utilidad no se encuentra en un verdadero y propio efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de la anotación (*rectius*, de su asiento de presentación *ex* art. 24 LH), por bien que la doctrina y la jurisprudencia sigan refiriéndose a tal efecto retroactivo procurado por la anotación[19], que se materializaría en una verdadera reserva de rango que la anotación procura a la inscripción posterior[20] permitiendo que la sentencia estimatoria pueda ejecutarse en iguales circunstancias que cuando se inició la instancia judicial[21].

La anotación de demanda no procura un efecto retroactivo en sentido propio a la estimación de la demanda, vale decir, a la sentencia estimatoria. Si no hay términos para que pueda hablarse de verdadera conversión, tampoco los puede haber para que pueda hablarse de verdadera retroacción. La anotación de demanda lo que produce es la oponibilidad general de que el inmueble se encuentra *sub judice*, facilitando así el Registro, a través de la anotación, la aplicabilidad de las consecuencias jurídicas que el Ordenamiento reserva a los actos de tráfico que tienen por objeto bienes que se encuentran en esa situación (bienes litigiosos), y que veremos en un epígrafe posterior, aunque ya adelantamos que se trata de las consecuencias *rescisorias* previstas en los artículos 1290 y ss CC (especialmente, artículos 1291.4º y 1295). Esto se parece mucho a un efecto retroactivo, por cuanto supone la oponibilidad de una situación a actos de tráfico posteriores a la anotación, que por tal causa pueden venir ineficaces si se estima la demanda anotada; pero en sentido estricto *no se trata de un efecto retroactivo, sino de la facilitación de la operatividad de unas reglas de ineficacia contractual, a través de la oponibilidad que la anotación introduce en el tráfico jurídico*. Y esta es la razón última de un precepto como el artículo 198 RH, que estudiaremos con detenimiento más abajo: la anotación salvaguarda los efectos registrales de la sentencia (AAP de Lleida de 17 de marzo de 2000), y no propiamente del derecho que sirve de fundamento a la acción.

En un gran número de Resoluciones de la DGRN / DGSJyFP y de Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se ha afirmado que la función de la anotación de demanda es conceder un efecto retroactivo a la estimación de la demanda, se ha intentado explicar este pretendido efecto en el hecho de que la anotación enerva la fe pública registral del artículo 34 LH[22], a veces, contra el que *adquiere* después que la anotación se haya practicado[23], y en otras ocasiones, contra el que *inscribe*

después de la anotación[24]. Esta retroactividad, se nos dice, tiene por finalidad que la sentencia que se dicte en su día se cumpla en sus propios términos, "con la misma eficacia que se habría cumplido de haberse dictado al tiempo de acordar la anotación"[25].

Sin embargo, las anteriores afirmaciones sólo pueden admitirse como un intento muy general de describir los efectos de las anotaciones preventivas de demanda, pero que en sentido estricto no puede sostenerse. Si la anotación tiene por finalidad hacer oponible en el tráfico la situación litigiosa del inmueble, los efectos que ello implica en el tráfico sólo pueden medirse atendiendo a ese dato; en otras palabras: la anotación no puede implicar la negación de la buena fe del tercero del artículo 34 LH, por la sencilla razón de que la anotación no pone de manifiesto, al tiempo de practicarse, una *inexactitud registral* en los términos del art. 34-2º LH. El inmueble es litigioso, y eso es lo único que asume el tercero cuando adquiere un inmueble o un derecho real sobre él[26]. Sin embargo, contrariamente, la RDGRN de 1 de abril de 2015 asume que la anotación preventiva de demanda concede "eficacia "erga omnes" a las pretensiones de las partes" (fundamento de derecho tercero).

II. LA PROTECCIÓN QUE OFRECE EL DERECHO SUSTANTIVO AL DEMANDANTE: LAS REGLAS DE LA RECISIÓN CONTRACTUAL

II.1. Encuadramiento de la cuestión

Para una más acabada comprensión de lo que la anotación de demanda aporta en el tráfico inmobiliario, conviene tener muy presente conocer las instituciones y figuras por medio de las cuales el Derecho pondera, por un lado, la protección del tráfico, y por otro, la protección que el demandante merece de su posición cuando precisa el auxilio judicial y mientras su derecho se decide en esa sede. En otras palabras: conocer el sistema *de Derecho material* de protección del demandante, para luego comprobar *qué añade a ello la anotación de demanda* (es decir, el sistema *registral* de protección al demandante). Este punto de partida parece necesario en el estudio de la anotación de demanda, pues si a través de esta no acceden, ni siquiera transitoriamente, ni *derechos* ni *titularidades*, entonces la *garantía* que la anotación procura al demandante no puede tener por referente objetivo ningún derecho ni titularidad, sino la *mera situación de litigiosidad, en sí misma considerada* del derecho que se discute judicialmente, pero no el derecho, ni su titularidad, como tales.

Pues bien, el sistema *material* de protección del demandante, y (onto)lógicamente previo al registral, es el de la *rescisión contractual*, prevista en el artículo 1291.4º CC, y desarrollada en los artículos posteriores. Esto es algo que suele pasarse por alto entre la doctrina hipotecarista[27]: *los actos de tráfico que tienen por objeto bienes que son litigiosos, y han sido otorgados por el demandado, son declarados rescindibles por el artículo 1291.4º CC*.

Tener presente esto resulta fundamental, pues el sistema de rescisión contractual, como últimamente ha puesto de manifiesto por todos GARCÍA RUBIO, es lo que el Ordenamiento utiliza como mecanismo básico para defender "algo que for-

ma parte del orden público que es la potestad jurisdiccional de los Jueces y la eficacia de la cosa juzgada. El art. 118 de la CE, deja bien clara la obligación de "cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como de prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto""[28]. Dicho de otro modo, y siguiendo a la misma autora, el efecto de la rescisión en estos casos es que la sentencia favorable al demandante sea plenamente eficaz[29]. Por ello, parece lógico tomar como idea básica que la anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, no puede presuponer una ponderación de intereses tanto del demandante como del tráfico, distinta de la que el legislador tuvo a la hora de regular la rescisión contractual como institución en el Código Civil: de hecho, el punto de partida lógico es entender la anotación preventiva como una herramienta que el Sistema Jurídico pone al alcance del demandante para que éste pueda aprovechar a su favor y en la mayor medida posible, el sistema de rescisión contractual a través del Registro de la Propiedad[30]. A la inversa: la anotación preventiva no podrá ofrecer al demandante una protección "restitutoria" frente a actos dispositivos que *no sean rescindibibles* conforme a los artículos 1291 y ss CC, aunque esos actos dispositivos hayan accedido al Registro de la Propiedad *después de la anotación*. Sobre estas cuestiones se tratarán en los epígrafes siguientes. La ponderación de intereses en conflicto ya viene dada por las reglas materiales de la rescisión contractual; la anotación preventiva de demanda no puede ser, valorativa y coherentemente, más que una herramienta que permita el desarrollo en el Registro, y por tanto en el tráfico jurídico, de aquellas reglas materiales.

II.2. La rescisión contractual de los contratos que tienen por objeto bienes litigiosos en nuestro Código Civil. Ideas generales

No es este el lugar para realizar un análisis detenido de la rescisión de los contratos que tienen por objeto bienes litigiosos. Pero conviene tener claras unas ideas, que nos ayudarán a comprender la naturaleza y la función de la anotación preventiva de demanda en nuestro Sistema registral.

Como sabemos, el artículo 1291.4º CC dispone que "*son rescindibles (…) los contratos que se refieren a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente*". El efecto de la rescisión contractual es la *restitución*, con cuya ejecución se materializa la protección del interés del, en nuestro caso, *demandante*.

La cuestión, con todo, está lejos de ser sencilla, pues la regulación de la rescisión contractual es posiblemente una de las partes más defectuosas de nuestro Código Civil, al haberse incluido bajo la idea de rescisión un conjunto de hipótesis muy distintas entre sí, que con seguridad no aconsejaban una regulación homogénea en cuanto a la consecuencia restitutoria. Con todo, esta consecuencia se nos presenta como unitaria para todos los supuestos en el artículo 1295 CC: "la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses". Esta descripción de la consecuencia restitutoria resulta de aplicación para los casos de rescisión de los ordinales 1º y 2º del art. 1291; pero que en absoluto resulta aplicable en el caso del ordinal 3º (rescisión

por fraude de acreedores), y que con seguridad tampoco resulta aplicable al caso que ahora nos ocupa (enajenación de bienes litigiosos), por la sencilla razón de que el demandante beneficiado por la rescisión de la enajenación realizada por el demandado, nada puede, porque nada tiene, que devolver[31]. Habrá también *restitución*, pero no en el sentido de devolución-retroceso posesorio, sino en otro muy distinto: el bien permanecerá en el patrimonio del adquirente, *pero al alcance del demandante para el caso de que su pretensión sobre el bien sea estimada, como si el bien no hubiera salido del patrimonio del demandado*. En otras palabras, la consecuencia restitutoria en estos casos (y lo mismo sucede con la rescisión por fraude de acreedores) se traduce en una suerte de "inoponibilidad" de la enajenación, inoponibilidad sólo declarada en favor del demandante[32]: no se trata de que el adquirente haya de devolver nada al demandante enajenante, sino de que el bien, aun en el patrimonio del adquirente, se considera *al alcance* del demandante en cuyo favor se prevé la rescisión, para el caso de que la demanda sea finalmente estimada, y sólo en la medida en que sea preciso para que el demandante a cuyo favor se prevé al norma rescisoria, no se vea perjudicado por la enajenación (arg. art. 1294 CC); en lo demás, la enajenación quedará firme.

II.3. La rescisión y los terceros

Declarada por efecto del art. 1291 CC la rescindibilidad de los actos de tráfico que tienen por objeto bienes litigiosos y han sido otorgados realizados por el demandado, el Código Civil opta claramente por proteger los intereses del demandante, con sacrificio de la posición del adquirente. La ponderación de intereses en este caso se hace en favor de los intereses del demandante. El adquirente del demandado vendrá protegido por las reglas de la responsabilidad contractual frente a su enajenante (el demandado), independientemente de su buena o mala fe, o más en concreto, al margen de que conociera que su adquisición estaba o no afecta a causa de rescisión[33].

Pero la cuestión adquiere un cariz muy distinto en relación con los subadquirentes posteriores en una hipotética cadena de transmisión. Aquí, el Legislador considera que ha de haber buenas razones para *expandir* las consecuencias rescisorias a los eslabones posteriores en la cadena de transmisión del bien. El precepto que condensa en nuestro Derecho la ponderación de intereses, por un lado, del demandante protegido por la regla de rescisión, y por otro, de los terceros subadquirentes, es el artículo 1295 CC, y en concreto su párrafo segundo, que dispone que no tendrá lugar la rescisión "*cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*".

Como se ve, el elemento de ponderación en torno al cual gira la decisión legal es la buena o mala fe de los subadquirentes: si estos son de mala fe, la rescisión les alcanza; pero si no lo son, quedan protegidos, y el demandante vendrá protegido únicamente por vía indemnizatoria (cfr. párrafo tercero del mismo artículo 1295 CC).

Comprender el alcance de esta regla resulta esencial a los efectos del presente estudio. En línea de principio, los terceros subadquirentes son *inmunes* a la rescisión, *a menos que haya buenas razones para invertir esta regla*, buenas razones que

el Legislador concreta en la *mala fe* de los subadquirentes. En otras palabras: los subadquirentes no necesitan una *regla especial de protección en el tráfico frente a las consecuencias de la rescisión*. Esto explica una regla como la del artículo 37 LH, que es perfecto complemento y traducción, en sede registral, del artículo 1295 CC en lo que ahora nos interesa[34].

Como sabemos, el artículo 37 LH dispone que "las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra *tercero que haya inscrito* los títulos de sus respectivos derechos *conforme a lo prevenido en esta Ley*" (la cursiva es añadida). Las acciones rescisorias (y también las revocatorias y resolutorias, pero ahora nos centraremos sólo en las rescisorias) son, en principio y salvo las lógicas excepciones prevista en el mismo art. 37 LH, acciones que por su propia naturaleza no afectan a terceros subadquirentes. Por tanto, no se trata de que el subadquirente *necesite* inscribir para obtener del Registro unos efectos *ofensivos* que el Derecho material no le da (como sucede cuando la adquisición es *a non domino* —art. 34 LH—), sino todo lo contrario: le conviene inscribir para obtener unos efectos *defensivos* frente a las consecuencias restitutorias de la recisión. Y para ello, ha de impedir que el beneficiado por la restitución obtenga *ofensivamente* del Registro lo que de otro modo el Derecho no le da (una protección definitiva con su inscripción). Y lo impide inscribiendo ese subadquirente su título "conforme a lo prevenido en esta Ley", es decir, inscribiendo de tal modo que no haya fundamento para que las consecuencias rescisorias pudieran extenderse frente a él, por quedar claro que es un subadquirente *de buena fe* (art. 1295-2º CC *sensu contrario*)[35].

El tercero subadquirente seguirá siendo inmune a las consecuencias restitutorias mientras el beneficiado de restitución no obtenga una inscripción a su favor con efectos *ofensivos*. Por tanto, hasta ese momento el subadquirente que reúne los requisitos del artículo 1295-2º CC, ha de tener la posibilidad de hacer valer eficazmente la inmunidad de su adquisición ante las consecuencias rescisorias, *independientemente de que se haya o no anotado la demanda que ponga de manifiesto el carácter litigioso del inmueble*.

Por tanto, se comprenderá que la situación del subadquirente que inscriba su adquisición en el Registro, no girará en torno a una idea pura de prioridad registral (como si lo determinante fuese que la inscripción sea anterior o posterior a la anotación), sino a si ese subadquirente es o no de *mala fe*, y por tanto, a si al tiempo de su adquisición podía o no conocer que causaba un perjuicio al interés del demandante. No se trata de inscribir *antes* de que se anote la demanda, sino a *adquirir* antes de poder conocer que el bien era litigioso.

III. LOS EFECTOS CANCELATORIOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA SOBRE LOS ASIENTOS POSTERIORES. PROPUESTA INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 198 RH DESDE LAS REGLAS DE LA RESCISIÓN CONTRACTUAL

III. 1. Planteamiento del problema

Descartada la aplicación del artículo 70 LH a las anotaciones de demanda[36], encontramos en el Reglamento Hipotecario, concretamente en su artículo 198,

la regulación de las consecuencias que la estimación de la demanda anotada, desplegará sobre los asientos posteriores a la anotación misma. Supone así este precepto reglamentario la explicitación en sede registral de la protección que el Ordenamiento Jurídico ofrece al demandante, ínterin se resuelve judicialmente su pretensión.

El tenor literal de este artículo 198 RH es el siguiente:

"Tomada la anotación preventiva de demanda, si ésta prosperase en virtud de sentencia firme, se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en ésta.

La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscribe, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación.

La anotación de demanda se cancelará en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, y al margen de la anotación se pondrá la oportuna nota de referencia.

Cuando los asientos posteriores hubieren sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de demanda, para cancelarlos será preciso que, en ejecución de la sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos, y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieren a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes, y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme"

III.2. Los efectos de la anotación de demanda sobre los asientos posteriores a ella

III.2.A. Nuestra propuesta interpretativa: la explicación del artículo 198 RH desde las reglas de la rescisión contractual

III.2.A.a) El segundo párrafo del artículo 198 RH

Después de que, a modo de regla general y de partida, el primer párrafo del artículo 198 RH disponga que la sentencia estimatoria de la demanda anotada será la que habrá de indicar las cancelaciones procedentes, el segundo párrafo del mismo precepto nos ofrece una regla *especial*, que se separa de esa regla general: *La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante (…) para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscribe, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación*.

En nuestra opinión, lo dispuesto en este párrafo segundo del art. 198 RH es una perfecta traducción de las reglas de la rescisión contractual a términos registrales.

Siendo rescindibles los negocios otorgados por del demandado una vez el bien debe considerarse litigioso, es con respecto a una hipotética cadena de trans-

misión posterior donde el demandante necesita protección, expandiendo sobre los eslabones posteriores la rescindibilidad originaria del negocio otorgado por el demandado. Y como hemos visto, el artículo 1295 CC es el que cumple un papel fundamental en este punto, empleando la buena / mala fe como factor determinante.

Es en este marco en el que la anotación de demanda cumple su función: la anotación elimina la buena fe a que se refiere el artículo 1295-2º CC, al extender sobre el subadquirente una consecuencia negativa respecto de la que, de ordinario, hubiese sido inmune[37].

Aunque otra cosa pudiera parecer, la solución cancelatoria que se presenta en el artículo 198-2º RH no es por el juego de la prioridad registral. La cancelación del asiento posterior no procede porque sea *posterior* a la anotación, sino porque es causado por un título de fecha *posterior* a la anotación y, a la vez, no deriva de un asiento que goce de prelación sobre la anotación misma. Para comprender esto, debemos tener clara una idea que ha sido expuesta más arriba en este trabajo: el artículo 1295 *extiende* la consecuencia rescisoria que es predicable *ex* art. 1291.4º CC del negocio otorgado por el demandado, a negocios posteriores en la cadena de transmisión del bien; en otro caso, el artículo 1295 CC no resulta de aplicación, aunque el negocio otorgado por un subadquirente ulterior sea de fecha posterior a la demanda, o a su anotación. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una enajenación realizada por el demandado, pero siendo esa enajenación de fecha anterior a la demanda, y que el adquirente de esa enajenación, a su vez, realice una disposición ulterior en fecha *posterior* a la demanda: esta última enajenación, aunque sea de fecha posterior a la demanda, nunca será rescindible, porque la enajenación realizada por el (a la postre) demandado tampoco podría serlo.

Por tanto, vemos que habrá inscripciones posteriores a la anotación de demanda, que traigan causa de títulos de fecha también posterior a la de la anotación, a las que les puede afectar ex art. 1295 CC la rescindibilidad originaria de la disposición realizada por el demandado (art. 1291.4º CC); pero habrá otras a las que no. Para las primeras, está justificada la cancelación automática, pero no para las segundas.

Pues bien, el segundo párrafo del art. 198 RH se ajusta perfectamente al esquema explicativo anterior:

— Para los primeros (títulos de fecha posterior a la demanda a los que les afecta la restitución por rescisión ex art. 1295 CC), procede la cancelación en cuanto estos asientos sean contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba como consecuencia de la estimación de la demanda.

— Para los segundos (títulos de fecha posterior a la demanda a los que no les afecta la restitución por rescisión ex art. 1295 CC) la solución ha de ser distinta por cuanto estos asientos se derivan de otros "que [gozan] *de prelación*[38] sobre el de la misma anotación". En un juego normal del tracto sucesivo en sentido material[39], el asiento del subadquirente se derivaría de un asiento anterior que publica una transmisión que no es rescindible, luego los asientos posteriores que derivan de él tampoco lo pueden ser por efecto del art. 1295 CC. En este sentido, el asiento del subadquriente deriva de un asiento que *goza de prelación* sobre la anotación a decir del art. 198-2º RH in fine, y por tanto, no debe ser cancelado.

Con seguridad, para proceder a las cancelaciones correspondientes, el procedimiento registral resulta adecuado, sin necesidad de que la sentencia ordene

concretamente qué asientos posteriores a la anotación procede cancelar (que es lo que hubiese exigido la regla general del primer párrafo del artículo 198 RH). En nuestra propuesta interpretativa, el art. 198-2º RH puede entenderse como un supuesto que contempla la aplicación inmediata de las reglas de la rescisión contractual por el Registrador de la Propiedad.

III.2.A.b) Negación de efecto *retroactivo* de la inscripción a la anotación

La propuesta interpretativa que aquí se presenta de los efectos de la anotación desde las reglas de la rescisión contractual, hacen innecesario el recurso, tan reiterado en la jurisprudencia, a la idea de retroactividad de la inscripción a la anotación para explicar la cancelación de los asientos posteriores a la anotación.

La rescisión, como supuesto de ineficacia, opera *ipso iure*, y supone que el inmueble continúa al alcance del demandante aun cuando ya no esté en el patrimonio del demandado. La rescisión no se produce cuando, y sólo si, la demanda es estimada: la rescisión se produce desde el mismo momento en que el bien es objeto de disposición por el demandado en los términos del artículo 1291.4º CC; rescisión que se traduce en una suerte de *inoponibilidad* de la enajenación en favor del demandante (y sólo en favor de él), sin ningún retroceso posesorio (*vid. supra*). Este efecto se produce desde el momento mismo de la enajenación. No se trata, por tanto, de que la estimación de la demanda *deje ineficaces retroactivamente* las enajenaciones realizadas para así proteger el interés del demandante, sino de todo lo contrario: la rescisión se produce en el momento mismo de la enajenación, y para el caso de que la demanda sea *desestimada*, la rescisión dejará de ser operativa, porque ya es inútil (de nada vale poner el bien al alcance del demandante).

III.2.A c) El cuarto párrafo del artículo 198 RH

El cuarto párrafo del artículo 198 RH es el que plantea mayores problemas interpretativos. Contempla un grupo de supuestos, para el que no se considera adecuado remitir al procedimiento registral las cancelaciones de los asientos posteriores a la anotación de demanda. No sólo eso: permite un debate judicial en el que puede discutirse la procedencia de las cancelaciones de los asientos posteriores, pero sin que se ofrezcan criterios decisorios al Juez que conozca del asunto. Esto ha generado lógicos problemas interpretativos, que en nuestra opinión desaparecen si consideramos que este párrafo cuarto es, al igual que el párrafo segundo, traducción registral de las reglas de la rescisión contractual.

En efecto, el artículo 198-4º RH no ofrece ningún criterio para determinar qué asientos, posteriores a la anotación pero causados por títulos anteriores a ésta, han de mantenerse y cuáles por el contrario han de cancelarse. Pero no lo ofrece porque no tiene por qué hacerlo: son las reglas de la rescisión contractual las que los determinan. La actuación judicial prevista en el repetido cuarto párrafo del artículo 198 RH *no es decisoria*, sino puramente *formal-garantista de los intereses del tercero*: mientras no se inscriba la sentencia estimatoria, el tercero inscrito después de la anotación pero con título de fecha anterior, es susceptible

aún de protección *ex* art. 37 LH. Lo que permite el art. 198-4º RH es hacer viable esa protección, con respeto a la tutela judicial efectiva y a la salvaguarda judicial de los asientos *ex* art. 1 LH[40]: si el tercero, aun habiendo sido citado, no formula oposición, la cancelación procederá; pero en el caso contrario, esto es, si contesta a la citación formulando oposición con base simplemente en que su título es de fecha *anterior*, sencillamente *la cancelación no procederá*[41]. Desde el punto de vista del derecho material, los títulos otorgados en fecha anterior a la anotación son inmunes a las consecuencias rescisorias, porque en línea de principio el adquirente no puede ser de mala fe en el sentido del artículo 1295-2º CC[42]. Como hace ya muchos años puso de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 1954, "la anotación preventiva de una demanda no constituye (…) sino solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, por lo que, según tiene declarado una jurisprudencia reiterada, (…) no produce efecto contra los terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes de ella" (cdo. cuarto). Más recientemente, y en esta misma línea, las SS de la AP de Castellón de 31 de julio de 2000 (núm. 410/2000) y de la AP de Las Palmas de 10 de enero de 2003 (núm. 71/2003) (con cita de otra previa, de la misma Audiencia, de 10 de abril de 2002).

III.2.B. Análisis crítico de la propuesta de diferenciar las consecuencias cancelatorias con base en la naturaleza real o personal de la acción ejercitada en la demanda

Desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 42.1º de este texto legal siempre ha permitido pedir anotación preventiva al que "demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real". Indudablemente, la formulación legal transcrita comprende la anotación de demandas en que se ejercitan acciones *reales*, y en su literalidad sólo parece comprender esa posibilidad[43]. Sin embargo, desde época temprana de nuestra legislación hipotecaria moderna, se ha cuestionado si cabe pedir anotación de demanda de pretensiones de carácter personal *con vocación a causar mutaciones jurídico reales* en caso de ser estimadas, como puedan ser, por ejemplo, acciones en que se exige la elevación a escritura pública de una compraventa (con fundamento en el artículo 1279 CC; cfr. también arts. 609 y 1462 CC), acciones de resolución por incumplimiento (con fundamento en el art. 1124 CC), o acciones en las que se pide la declaración de nulidad de un contrato. Aunque en tempranas Resoluciones de la entonces DGRN se negaría tal posibilidad[44], lo cierto es que la doctrina hipotecarista pronto reaccionó en un sentido muy distinto[45], y a día de hoy, es doctrina más que consolidada que también podrá pedir anotación de demanda el que ejercite una acción personal con vocación a causar una mutación jurídico real[46]. Se trata este, por tanto, de un aspecto sujeto a la calificación registral al amparo del artículo 100 RH[47], de modo que es preciso que el Registrador pueda examinar el contenido de la demanda para poder determinar si la anotación solicitada lo es por alguna pretensión susceptible de causarla[48], motivo por el cual la DGRN / DGSJyFP exige que el mandamiento en que se pide la práctica de la anotación sea lo suficientemente detallado[49].

Una vez admitido que son anotables no sólo las demandas en que se ejerciten acciones reales, sino también personales que tengan vocación jurídico-real, un sector de la doctrina ha intentado explicar los distintos efectos cancelatorios que la anotación tiene sobre los asientos posteriores a ella, desde la distinta naturaleza, personal o real, de la acción ejercitada.

En la base de esta explicación, está de forma más o menos explícita un intento de encontrar paralelismos entre nuestra anotación de demanda, y figuras del derecho registral alemán como el "asiento de contradicción" y la "anotación preventiva" o "prenotación". Como vamos a ver más abajo, pero conviene adelantar en este momento, en este intento interpretativo nuestra anotación de demanda de una acción *real* se asemejaría en cuanto a sus efectos al "asiento de contradicción alemán", mientras que la anotación de demanda de acción *personal* se asemejaría a la "anotación preventiva" o "prenotación" alemanas.

Entre los autores que pretenden derivar un distinto alcance cancelatorio de la anotación de demanda, distinguiendo según la naturaleza personal o real de la acción ejercitada, podemos mencionar a LACRUZ[50], COSSÍO Y CORRAL[51], y PEÑA[52].

Sin duda, la distinción propuesta resulta sugerente, y la existencia en el Derecho alemán de figuras con las que aparentemente existe correspondencia, parecen abonar esta solución[53]. Sin embargo, y a pesar de la indiscutible autoridad de los autores que la han defendido, creemos que encuentra serias dificultades para poder aceptarse.

Cuando doctrinal y jurisprudencialmente se llegó a la conclusión, hoy indiscutida, de que no son sólo anotables las demandas en que se ejercitan acciones reales sino también las personales con trascendencia real ulterior, ello no supuso verdaderamente una *ampliación* del ámbito objetivo de las anotaciones de demanda, sino una delimitación completa y acabada del ámbito que siempre debió reconocérsele. Al mencionar el art. 42.1º LH únicamente las demandas de propiedad y de constitución, declaración, modificación o extinción de derechos reales, ello no se hace con la finalidad de excluir la anotabilidad de cualquier otra acción que no quepa en su estricta literalidad, sino seguramente con la finalidad de excluir las anotaciones de demanda cuya estimación sea registralmente intrascendente[54], como sucede, por ejemplo, con las acciones de reclamación de cantidad[55], cuando se pretenden una declaración judicial de solidaridad pasiva en una relación obligatoria[56], cuando se pide la nulidad de un acuerdo societario en el que se autoriza al administrador a vencer todos los activos de la sociedad[57], cuando se exige la realización de obras necesarias para mantener las condiciones de seguridad y salubridad de un terreno[58], o cuando se exige proporcionar al demandante unos planos de una construcción futura[59], o cuando se exige la efectividad de una prohibición de disponer sin trascendencia jurídico real ex art. 26 LH[60]. Pero no, sin duda, con la intención de excluir la anotabilidad de una demanda en que se ejercita una acción de nulidad / anulación de un título inscrito, o de una demanda en que se pide la demolición de una construcción extralimitada[61], o se exige la elevación a escritura pública de un contrato (cfr. art. 1462 CC)[62]. No debemos dejar de lado en este punto que la única vez en que se propuso verdaderamente introducir *lege latae* la explícita posibilidad de anotar demandas de acciones personales modificando al efecto el art. 42.1º LH, ello fue descartado *por innecesario*[63].

Intentar extraer unas distintas consecuencias y efectos de las anotaciones de demandas, según en éstas se ejercite una acción real o personal, es pretender dar valor a una distinción que está perfectamente diluida, y es por completo irrelevante, en nuestra legislación hipotecaria.

Por otro lado, intentar explicar la solución cancelatoria del art. 198-4º RH en función de esa misma distinción, llevaría a afirmar que si la acción es personal, la anotación no podrá conllevar efectos cancelatorios sobre los asientos posteriores causados por títulos de fecha anterior, mientras que sí los tendría si la acción es real.

Esta tesis tendría el mérito de intentar ofrecer un criterio de decisión de las consecuencias cancelatorias / no cancelatorias de los asientos posteriores a la anotación. Sin embargo, creemos que encuentra dos inconvenientes:

— En términos de "política regulatoria", hace innecesaria la intervención del Juez a la hora de decidir esas consecuencias cancelatorias: el procedimiento registral sería suficiente a estos efectos, considerando que el Registrador de la Propiedad tiene cabal conocimiento de la naturaleza personal o real de la acción ejercitada con la demanda anotada, pues como reiteradamente ha sostenido la DGRN / DGSJyFP, el mandamiento en que se pida la anotación debe contener todos los extremos que permitan una adecuada calificación registral, entre los que se encuentra la exigencia de que se "detalle suficientemente el contenido de la demanda" (cfr. RDGRN de 8 de noviembre de 2013). Por ello, el Registrador podría deducir directamente las correspondientes consecuencias cancelatorias con la misma seguridad, y en cierto modo con el mismo automatismo, que el previsto en el segundo párrafo de este artículo 198 RH. Sin embargo, el párrafo cuarto del citado precepto reglamentario *exige* la intervención judicial, y este dato no puede ser pasado por alto.

— En los casos en que la acción ejercitada con la demanda anotada fuese real, la tesis aquí cuestionada estaría dando a la anotación un valor similar a la de una especie de "preinscripción", o quizá más: un valor similar al que habría de tener (si existiera) una "inscripción sometida a condición suspensiva", siendo el hecho condicional la estimación de la demanda). Pues bien, no sólo no parece verosímil que esto sea así y no haya sido explicitado por el Legislador, sino que además, se parte implícitamente de que la anotación "guardaría" para la eventual estimación de la demanda los efectos del artículo 34 LH, cuyos efectos retroactivos justificarían la cancelación de los asientos intermedios; y esto a lo sumo podría tener sentido en algunos casos, pero no en otros, en los que no es posible por la propia naturaleza de las cosas, que el demandante reúna los requisitos del artículo 34 LH, concretamente los de haber derivado el derecho que ejercita de un previo titular registral, o el de la adquisición de ese mismo derecho a título oneroso. Pensemos en una acción declarativa del domino en la que se quiere hacer valer la usucapión del dominio o de un derecho real limitado, o en el caso de una acción negatoria en la que se pide la declaración de extinción de un derecho real limitado por usucapión liberatoria, o por su no uso (cfr. art. 546.2º CC). Cuestión distinta, claro está, es que la inscripción que definitivamente obtenga el demandante victorioso sea tributaria *ella misma* de los efectos de la fe pública registral; pero nunca podría *recibirlos de (ni desde)* la anotación: si se niega que el asiento que finalmente se practique como consecuencia de la estimación de la demanda implique *conversión* de la

anotación, porque se admite que la anotación de *demanda* lo es de algo distinto de *derecho eventual y posteriormente inscribible*, no es coherente sostener a la vez que el demandante obtiene los efectos de la fe pública desde la fecha de la anotación[64].

Como adelantamos al inicio de este epígrafe, la distinción de los efectos cancelatorios de la anotación de demanda según la naturaleza real o personal de la acción ejercitada, probablemente tiene su origen en un intento de importar al Derecho español las figuras alemanas del "asiento de contradicción" y de la "anotación preventiva". En el Derecho alemán el *asiento de contradicción* es el medio que el Derecho pone a disposición del verdadero titular (extrarregistral) de un derecho real, para impedir la aparición de un tercero de buena fe ínterin aquél consigue la inscripción definitiva a su favor y corregir así el Registro. En esto se distinguiría el asiento de contradicción y la anotación preventiva, pues ésta "asegura el cumplimiento de una pretensión jurídico obligacional a la modificación de un derecho"[65]. De este modo, el asiento de contradicción "elimina la apariencia de derecho que puede servir de fundamento de una adquisición de buena fe"[66], dejando sin efecto respecto de la inscripción contradicha el principio de fe pública[67]. Sin embargo, las anotaciones preventivas tienen por objeto relaciones jurídicas obligatorias con el fin de facilitar al acreedor una más amplia protección, reforzando su posición de acreedor; y a esto es a lo que se contraen sus efectos: a ampliar el radio de acción de los efectos del derecho personal, sin darle eficacia jurídico real[68]; de ahí que la anotación sólo suponga la ineficacia de los actos *posteriores* a la anotación (cfr. el vigente § 883.2 BGB), pero no de los anteriores, pues la anotación no pone de manifiesto una eventual y actual inexactitud registral, sino que anuncia una futura modificación jurídico real: no rectifica nada.

Así las cosas en el Derecho alemán, resulta tentadora la importación de este modelo a nuestro Derecho, para intentar dar una justificación a lo dispuesto en el art. 198-4º RH: la anotación de demanda de una acción real cumpliría una función similar al asiento de contradicción del Derecho alemán, y ello justificaría la prioridad del derecho del demandante victorioso sobre todos los titulares de asientos posteriores a la anotación, aunque tales asientos vengan causados por títulos de fecha anterior. En cambio, si la anotación de demanda lo es de una acción *personal*, ésta sería equivalente a la anotación preventiva del Derecho alemán, y por tanto no tendría fuerza cancelatoria sobre los asientos posteriores a la anotación causados por títulos de fecha *anterior* a ésta.

Pero esta forma de razonar pierde de vista una idea que no puede pasarse por alto: nuestra anotación preventiva de demanda es *siempre* una medida judicial, en la que está en juego la eficacia de la sentencia estimatoria que en su caso de dicte, y la oponibilidad de sus efectos en el tráfico más allá de los litigantes. Nada de esto hay en el Derecho alemán: el asiento de contradicción no tiene por qué ser consecuencia de una medida judicialmente adoptada, y aún más: la anotación preventiva, aunque puede ser judicialmente adoptada, de ordinario es en el Derecho alemán producto de la autonomía privada en el marco de un juego normal del tráfico. El asiento de contradicción alemán "sirve para asegurar un derecho" por el cual se pide la rectificación registral[69]; nuestra anotación de demanda sirve para asegurar las resultas de un procedimiento judicial y no tanto del derecho que en él se ejercita (aunque esto último acaba siendo consecuencia de lo primero), facilitando su oponibilidad a terceros *siempre dentro de las reglas que disciplinan*

los efectos de la sentencia más allá de los litigantes (reglas que, por tanto e indirectamente, determinan la protección del derecho del demandante, aunque esto no sea el objeto de la anotación de demanda): como ha señalado CORTÉS DOMÍNGUEZ, el poder jurídico de obtener una medida cautelar como pueda serlo la anotación de demanda "es una forma de acción, una acción pura, que no es accesoria de ningún derecho material"[70].

III.2.C) Análisis crítico de la propuesta de diferenciar las consecuencias cancelatorias con base en la extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada

Tal vez el principal exponente de esta tesis haya sido CANO TELLO. Este autor explica la distinción trazada en el artículo 198-4º RH desde una idea central: las defensas en un procedimiento no decaen porque la sentencia sea firme, sino todo lo contrario: las resoluciones judiciales son firmes *porque* precluye toda posibilidad de defensa. Esto exige. Por ello, apunta el autor, "los pronunciamientos del fallo únicamente se volverán definitivos frente a los que han hecho valer su defensa o pudiendo, y estando obligados, no hicieron uso de ella: no podrá alegar indefensión el que, pudiendo y debiendo, no quiere combatir"[71]. En este punto, la anotación preventiva de demanda cumple un papel fundamental: su fecha determina, en relación con la fecha del título inscrito después, la posición procesal del titular: cuando la fecha del título inscrito después de la anotación, es también posterior a la anotación misma, ello significa que la gestión procesal del interés que hasta ese momento haya hecho el demandado (anterior titular) vincula al adquirente, por bien que éste, desde el momento de la adquisición, podrá intervenir en el procedimiento: si el adquirente (posterior a la anotación) interviene, la sentencia le será oponible en cuanto ha sido parte del procedimiento; pero si el adquirente no interviene en el procedimiento que conoce al tiempo de su adquisición precisamente por la anotación, no tiene sentido que más tarde, si la sentencia anotada es estimada, en ejecución de sentencia se le dé la oportunidad de ejercitar una defensa que, en su momento, no quiso hacer efectiva. En cambio, si la fecha del título inscrito después que la anotación es *anterior* a la fecha de la anotación, las cosas no pueden funcionar de la misma manera: la cancelación no puede ser automática, pues como titular del derecho (extrarregistralmente hasta el momento de la inscripción) a él le correspondía originalmente la legitimación pasiva, de modo que sólo puede quedar vinculado por las defensas usadas / dejadas de usar por el demandado desde que pueda decirse que consiente la actuación procesal del demandado, lo que exige naturalmente el conocimiento del pleito, conocimiento que debe entenderse que se produce a partir de la práctica de la anotación de demanda. Por ello, el actual titular registral no puede quedar vinculado en estos casos por la gestión procesal que el demandado haya podido realizar antes de que aquél conociera la existencia del pleito, vale decir, antes de la anotación de demanda; en este sentido, CANO TELLO encuentra la explicación al art. 198-4º RH: la cancelación no puede ser automática, porque el actual titular registral tiene aún vivos los medios de defensa posibles de los momentos procesales previos a la anotación, pues en relación con ellos no queda vinculado por la gestión procesal que haya realizado el demandado[72].

La tesis de CANO parece estar presente en la RDGRN de 24 de octubre de 1997, que explica el efecto de la anotación preventiva de demanda sobre los adquirentes posteriores por el efecto vinculante de la sentencia que aquélla provoca sobre estos.

Esta explicación de la cuestión resulta de gran interés, y como puede deducirse de lo explicado hasta aquí, compartimos en gran medida su planteamiento. Además, tiene la virtud de abandonar cualquier relevancia de la naturaleza real o personal de la acción ejercitada con la demanda anotada.

Sin embargo, no creemos que el incidente procesal al que se remite el artículo 198 RH sea el apropiado para reproducir los estadios procesales que no puedan entenderse vinculantes para el adquirente posterior, y además, ya contamos en el Código Civil con las reglas de la rescisión contractual, que son las que desde las ideas de buena o mala fe determinan la posición jurídica de los subadquirentes frente a las consecuencias restitutorias de la rescisión en estos casos, desde unos esquemas mucho más sencillos que los que plantea CANO TELLO en su, por otra parte, muy interesante tesis.

IV. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 198 RH CUANDO EL PLEITO FINALIZA MEDIANTE TRANSACCIÓN JUDICIAL. ANÁLISIS CRÍTICO

Conviene detenerse en la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 198 RH cuando la acción judicial, que ha sido anotada preventivamente, termina no con una sentencia, sino con una transacción, que es la que pone fin al pleito.

En las ocasiones en las que los tribunales han tenido que afrontar esta cuestión, la respuesta ha sido favorable a la aplicación del art. 198 RH en estos casos. En este sentido, puede citarse la STS de 31 de octubre de 2011 (núm. 737/2011), que dio por buena la tesis sostenida al respecto en la SAP de Murcia de 21 de diciembre de 2007 (núm. 399/2007) —la citada STS de 2011 dio respuesta a un recurso de casación planteado precisamente contra la SAP de Murcia citada—. La clave interpretativa que ofrecen estas resoluciones gira en torno al artículo 1816 CC, el cual dispone que "la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial". Sobre esta base, la Audiencia Provincial sostuvo que "se ha de considerar que lo dispuesto en el art. 198.1 del Reglamento Hipotecario alcanza no solamente a la sentencia en el sentido estricto, sino a la solución del pleito al que la anotación responde, sea esta la forma que sea (…) siempre que quede determinada con carácter definitivo la cuestión litigiosa de la cual la anotación trae causa" (fundamento de derecho segundo). Como adelantamos, esta interpretación es avalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2011, en la que puede leerse: "la transacción, homologada judicialmente, posee iguales efectos que la sentencia firme referida en el artículo 198.1 del Reglamento Hipotecario; en verdad, al ser la transacción un sustitutivo de la sentencia es lógico que produzca entre los interesados la resulta de cosa juzgada".

En nuestra opinión, y sin perder de vista la importancia que estos precedentes jurisprudenciales suponen para interpretar el alcance del art. 198 RH, sin embargo creemos que hay razones para concluir en un sentido radicalmente opuesto.

La transacción, incluso la transacción judicialmente homologada, no es más que un negocio jurídico privado, el cual, si bien y a semejanza de la sentencia pone fin a una controversia, no hace por ello a ambas, transacción y sentencia, equiparables. Aunque el art. 1816 dispone que la transacción tenga autoridad "de cosa juzgada", la doctrina está conforme con admitir que esto no es más que una forma de expresar el carácter vinculante del contrato de transacción, por bien que su particular causa (poner fin a una controversia) impida judicializarla a la postre; pero ello es consecuencia natural de su causa (fin justificador del contrato), y con ello, del efecto vinculante de todo contrato (cfr. art. 1091 CC), porque eso sería igual que celebrar un contrato cualquiera y luego plantear judicialmente que no se quieren sus efectos sin justificar esto último en una causa admisible (arg. art. 1817 CC). Cuando el artículo 1816 se refiere a la autoridad de cosa juzgada, ello no es más que una expresión "metafórica"[73], o un "arcaísmo semántico"[74] con el que se expresa, para este tipo particular de contrato, la fuerza vinculante de todo contrato[75].

Por ello, intentar trasladar los efectos de la anotación de demanda al acuerdo transaccional, sobre la base de que éste tiene efectos de osa juzgada como lo hubiera tenido la sentencia, es un error de perspectiva. El resultado de la transacción sobre la situación jurídico real de la finca registral a que afecta la anotación, no es consecuencia de la demanda anotada, demanda que en términos lógicos no se puede considerar estimada ni total ni parcialmente, ni aun en el caso de transacción homologada judicialmente. No hay términos, por tanto, para aplicar en estos casos el art. 198 RH.

V. BREVE *EXCURSUS* FINAL: EL PAPEL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN LAS HIPÓTESIS DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA (ART. 1473 CC)

Una vez analizada la naturaleza de la anotación preventiva de demanda, y cuáles son su objeto y su efecto general, parece fácil concluir que esta anotación no es equiparable a la *inscripción* a que se refiere el artículo 1473 CC como criterio preferente de solución de conflicto en la doble venta inmobiliaria, ni aun en el caso en que la demanda sea finalmente estimada.

Supongamos el siguiente caso: A vende a B una finca en documento privado. Posteriormente, A vende la misma finca a C en documento público, pero aún no se lleva a inscripción. B exige a A la elevación a escritura pública de su venta, a lo que el vendedor A se opone. Por tal motivo, B demanda a A con fundamento en el artículo 1279, y solicita anotación preventa de su demanda, que se practica. Posteriormente, C presenta a inscripción, y logra inscribir, su título de compra. Finalmente, la demanda de B es estimada.

Si entendemos que con la anotación accede al Registro, aunque sea transitoriamente, el derecho de B, o admitimos un franco efecto retroactivo de la estimación de la demanda a la fecha de su anotación, coherentemente habríamos de admitir que, en esta hipótesis de doble venta, B habría de ser preferido a C, con fundamento en el segundo párrafo del artículo 1473 CC.

En nuestra opinión, y por todo lo explicado, esta solución debiera descartarse. El doble comprador que ha de ser preferido es C, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad personal de A frente a B; y sin perjuicio, también claro está, de que C fuese de mala fe ya al tiempo de contratar, lo que habría que discutir en el correspondiente proceso declarativo.

En la Jurisprudencia, y en el sentido que consideramos acertado, puede verse el AAP de Navarra de 20 de enero de 1994.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

1) TRIBUNAL SUPREMO
   - STS de 18 de febrero de 1954 (núm. 959/1954)
   - STS de 18 de febrero de 1985
   - STS de 18 de noviembre de 1993 (núm. 1098/1993)
   - STS de 21 de abril de 2005 (núm. 267/2005)
   - STS de 12 de diciembre de 2007 (núm. 1347/2007)
   - STS de 22 de septiembre de 2008 (núm. 828/2008)
   - STS de 31 de octubre de 2011 (núm. 737/2011)

2) AUDIENCIAS PROVINCIALES (SENTENCIAS Y AUTOS)
   - AAP de Navarra de 20 de enero de 1994.
   - SAP de Castellón de 31 de julio de 2000 (núm. 410/2000)
   - AAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2002.
   - SAP de Las Palmas de 10 de enero de 2003 (núm. 71/2003)
   - AAP de Barcelona de 10 de febrero de 2004 (núm. 18/2004).
   - AAP A Coruña de 12 de noviembre de 2004.
   - AAP de Barcelona, de 1 de junio de 2005 (núm. 115/2005)
   - AAP de Madrid de 11 de mayo de 2007 (núm. 304/2007)
   - SAP de Murcia de 21 de diciembre de 2007 (núm. 399/2007)
   - AAP de Madrid de 22 de noviembre de 2012 (núm. 737/2012).

3) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO / DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA
   - Resolución de 22 de octubre de 1906
   - Resolución de 4 de julio de 1919
   - Resolución de 24 de junio de 1991
   - Resolución de 3 de julio de 1993
   - Resolución de 26 de mayo de 1997
   - Resolución de 24 de octubre de 1997
   - Resolución de 5 de febrero de 2000
   - Resolución de 19 de abril de 2000
   - Resolución de 31 de mayo de 2001
   - Resolución de 28 de abril de 2002
   - Resolución de 2 de octubre de 2002
   - Resolución de 5 de marzo de 2004
   - Resolución de 17 de marzo de 2008

- Resolución de 22 de enero de 2011
- Resolución de 8 de noviembre de 2013
- Resolución de 1 de abril de 2015.
- Resolución de 2 de julio de 2020

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2006). *Derecho Inmobiliario Registral*. Granada: Comares.

ANDRADES NAVARRO, A. (2021). La anotación preventiva de demanda, en VV. AA. *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. Tm. II. Valencia: Tirant lo Blanch.

BARRACHINA Y PASTOR, F. (1910). *Derecho Hipotecario y Notarial*. Castellón: Establecimiento tipográfico de J. Armengot e Hijos.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Vol. V. Pamplona: Aranzadi.

CANO TELLO, C. (1997). *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña.

CANO TELLO, C. (2000). Comentario al artículo 42. En VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

CARRASCO PERERA, Á. (2021). Art. 1816. En VV. AA. *Comentarios al Código Civil.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V. (2015). *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COSSÍO Y CORRAL, A. de. (1986). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Civitas.

DÍAZ MORENO, E. (1903). *Contestaciones a la parte de Legislación Hipotecaria*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Antonio Marzo.

FERNÁNDEZ ESTEVAN, E. (2021). La anotación preventiva. En VV. AA. Tratado de Derecho Civil. Tomo X, *La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, 515–546.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. II Tomos. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

GARCÍA RUBIO, M. P. (2022). La rescisión de los contratos. En MORALES MORENO, A. M. (dir.); BLANCO MARTÍNEZ, E. V. (coord.). *Estudios de derecho de contratos*. Vol. I. Madrid: BOE.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1993). Art. 1816. En VV. AA. *Comentario del Código Civil*. Tm II. Madrid: Ministerio de Justicia. Tm. II.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F de A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, (reimp. 1991).

MANZANO SOLANO, A. (1994). Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios. Vol. II: *Procedimiento registral ordinario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales.

MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la legislación hipotecaria.* Tm. III. Madrid: Hijos de Reus.

MORENO QUESADA, B. (1993). Comentario al Art. 1.291. En VV. AA. *Comentario del Código Civil*. Tm. II. Madrid: Ministerio de Justicia.

MORENO QUESADA, B. (1993). Comentario al Art. 1.295. En VV. AA. *Comentario del Código Civil*. Tm. II. Madrid: Ministerio de Justicia.

NUSSBAUM, A. (1929). *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Traducción a cargo de W. Roces.

ORDUÑA MORENO, F. J. (2016). Comentario al art. 1291. En VV.AA. *Código Civil comentado*. Vol. III. Cizur Menor: Aranzadi-Civitas.

PAU PEDRÓN, A. (2000). Comentario al artículo 70, en VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. M. (2001). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Tm. II. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales.

PUIG BRUTAU, J. (1988). Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, vol. I, *Doctrina general del contrato*. Barcelona: Bosch.

ROCA SASTRE, R. M.; MOLINA JUYOL, L de. (1953). *Jurisprudencia registral*. Barcelona: Bosch.

ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*. Tm. III. Barcelona: Bosch. Se ha utilizado también la última edición de esta obra: ROCA SASTRE, R. M; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L; BERNÀ I XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. Tm. III. Barcelona: Bosch.

SANZ FERNÁNDEZ, Á. (1955). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tm. II. Madrid: Instituto Editorial Reus.

TAMAYO HAYA, S. (2016). Art. 1816. En VV. AA. *Código Civil comentado*. Tm. IV. Cizur Menor: Citivas-Thomson Reuters.

VV. AA. (1990). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España.* Tm. III. Leyes de 1944 y 1946. Madrid: Castalia-Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

WESTERMANN, H; WESTERMANN, H. P; GURSKY, K-H; EICKMANN, D. (1998). *Derechos reales*. Tm. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado (traducción a cargo de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez Rosado).

WOLFF, M. (1936). Tratado de Derecho Civil. Tm. III-1º, *Derecho de cosas. Posesión / Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Barcelona: Bosch. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer.

ZURILLA CARIÑANA, Mª Á. (2021). Comentario al artículo 1291. En VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Aranzadi.

NOTAS

[1] Habrá ocasiones en que el tráfico no genera los títulos inscribibles por causa imputable a alguno de los actores del tráfico (por ejemplo, el vendedor que se niega a otorgar escritura pública). Pero habrá otras ocasiones en las que tráfico no es incapaz de generarlos, porque el título inscribible no es un acto (en sentido amplio) de tráfico. Pensemos, por ejemplo, en la usucapión inmobiliaria, o en la accesión / extralimitación de construcciones, que exige una redefinición de los linderos de las fincas.

[2] Naturalmente, el que no puede obtener inscripción a su favor por causa imputable a él sólo (por ejemplo, porque no quiso la formalización en escritura pública, o porque no quiso inscribir —cfr. art. 196 RN—), de nada debe quejarse si el juego de las reglas del tráfico (entre las que, obviamente, están las registrales) le impide la satisfacción de su derecho *in natura*. En tales casos, la protección de su interés sólo podrá venir dada por reglas de responsabilidad, pero no por reglas de propiedad.

[3] Por ello, se entenderá que, ya desde los primeros pasos de nuestra legislación hipotecaria se haya apuntado que la finalidad de la anotación preventiva de demanda sea evitar un doble desprestigio, el judicial y el registral: el judicial, porque la anotación evita que la necesaria (y a veces excesiva) dilación en el tiempo de la resolución judicial permita que pueda aparecer un tercero adquirente protegido que impida la satisfacción *in natura* del derecho del demandante; y el registral, porque precisamente la anotación impide el normal rigor de los principios hipotecarios, a cuyo amparo puede aparecer ese tercero.

[4] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2015). Las medidas cautelares. En CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 439.

[5] Como más adelante veremos, y a diferencia de lo que sucede con otras anotaciones preventivas admitidas en nuestra legislación hipotecaria, la estimación de la demanda anotada *no supone conversión de la anotación en inscripción*, pues no es posible establecer una equivalencia objetiva entre la anotación y la posterior inscripción, por bien que aquélla haya facilitado, e incluso posibilitado, esta última (cfr. art. 70 LH, no aplicable a las anotaciones preventivas de demanda).

[6] *Vid*. POVEDA DÍAZ, J. (2000). Artículo 77. En VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 586.

[7] PAU PEDRÓN, A. (2000). Comentario al artículo 70. En VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 468.

[8] BARRACHINA Y PASTOR, F. (1910). *Derecho Hipotecario y Notarial*. Tm. II. Castellón: Establecimiento tipográfico de J. Armengot e Hijos, 38. Ver también MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la legislación hipotecaria.* Tm. III. Madrid: Hijos de Reus, 302.

[9] Así, en la STS de 18 de noviembre de 1993 (núm. 1098/1993).

[10] ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*. Tm. III. Barcelona: Bosch, 22. Las mismas ideas, también en la última edición de la obra, Tm. III, 9ª edición, 2008, 406.

[11] LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F de A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch (reimp. 1991), 234.

[12] MANZANO SOLANO, A. (1994). Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios. Vol. II: *Procedimiento registral ordinario*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 812. Este autor ha sostenido que para que se produzca la conversión de la anotación en inscripción, es preciso que el nuevo asiento "sea la misma sustancia hipotecaria contenida en el primero [la anotación preventiva], ya que lo único que cambia es el molde registral que la contenga"; y esto no es lo que sucede, a decir de MANZANO, en la anotación de demanda. "La inscripción del

derecho declarado en la sentencia [no] es una conversión de aquella [en referencia a la anotación de demanda], que solo publica la existencia del litigio" (*op. cit.*, 813).

[13] GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. Tomo II. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 841.

[14] (2000). Comentario al artículo 70. En VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 467.

[15] ANDRADES NAVARRO, A. (2021). La anotación preventiva de demanda. En VV. AA. *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. Tm. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2559-2560.

[16] FERNÁNDEZ ESTEVAN, E. (2021). La anotación preventiva. En VV. AA. Tratado de Derecho Civil. Tomo X, *La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, 537,

[17] *Op. cit.*, Tm. III, 441.

[18] Por las mismas razones que las que se han apuntado, podría concluirse también que el artículo 71 LH, cuando prevé que "los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación", tampoco resulta de aplicación en sede de anotaciones de demanda, pues la anotación de demanda, aunque *beneficia* al demandante, no se practica *en favor suyo* en un sentido similar a como sí sucede en otras anotaciones preventivas. No se entendió así en la STS de 22 de septiembre de 2008 (núm. 828/2008), aunque lo cierto es que esto no fue determinante para el sentido del fallo.

[19] Cfr. RDGRN de 23 de septiembre de 1999, en la que puede leerse que "[l]a anotación preventiva de demanda tiene, desde el punto de vista registral, únicamente la virtualidad de retrotraer a su fecha la sentencia que en su día se dicte" (fundamento de derecho tercero).

[20] ROCA, *op. cit.*, 442, nota al pie núm. 64.

[21] Cfr. AAP de Madrid de 11 de mayo de 2007 (núm. 304/2007), con cita a la SSTS de 22 de abril de 1952 y de 20 de enero de 1976.

[22] Así, RDGRN 24 de octubre de 1997.

[23] Así, SSTS de 12 de diciembre de 2007 (núm. 1347/2007) y de 22 de septiembre de 2008 (núm. 828/2008). También RDGRN de 24 de octubre de 1997

[24] En este sentido, puede verse la STS de 31 de octubre de 2011 (núm. 737/2011). Véase también el AAP de Barcelona, de 1 de junio de 2005 (núm. 115/2005).

[25] Por todos, AAP de Lleida de 17 de marzo de 2000 (núm. 144/2000).

[26] Correctamente, en este sentido, la STS de 21 de abril de 2005 (núm. 267/2005).

[27] Aunque hay excepciones. En este sentido, debemos citar a CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Vol. V. Pamplona: Aranzadi, especialmente páginas 786 y ss

[28] Extraído de GARCÍA RUBIO, M. P. (2022). La rescisión de los contratos. En VV. AA. *Estudios de derecho de contratos*. Vol. I. Madrid, BOE, 246.

[29] *Op. cit.*, 264

[30] Como puso de manifiesto PUIG BRUTAU, con cita a DELGADO, si bien la causa de rescisión del art. 1291.4º CC protege al demandado, "no hay duda que a los mismos efectos se utiliza con ventaja la anotación preventiva de demanda, cuando se trata de bienes inmuebles" ((1988). Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, vol. I, *Doctrina general del contrato*. Barcelona: Bosch, 328).

[31] Que el art. 1295 CC no resulta de aplicación a la rescisión contractual por causa del ordinal 4º del art. 1291 CC ha sido puesto de manifiesto, por todos, por MORENO QUESADA, B. (1993). Comentario al Art. 1.291. En VV. AA. *Comentario del Código Civil*. Tm. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 526. También, en la misma obra y tomo, en su comentario al artículo 1.295 (página 532). De forma más reciente, también ZURILLA CARIÑANA, Mª Á. (2021). Comentario al artículo 1291. En VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 1683-1684.

[32] Como ha señalado GARCÍA RUBIO, el efecto de la rescisión en estos casos es que la sentencia favorable al demandante sea plenamente eficaz (*op. cit.*, 264). De ahí que no sea

razonable (a diferencia de lo que sucede en otros casos de rescisión) que el afectado de restitución rescisoria pueda evitarla abonando al protegido por la norma de la recisión el valor económico del perjuicio sufrido (*op. cit.*, 247).

[33] En realidad, la anotación preventiva de demanda tiene, para el demandante, unos efectos muy limitados para proteger su interés ante los actos y negocios otorgados *por el demandado* en favor de terceros: el demandante no necesita de la anotación para quedar protegido por los actos dispositivos del demandado, pues la consecuencia rescisoria ya le protege aun a falta de anotación. Con todo, la anotación creemos que no resulta para el demandante completamente inútil en este ámbito, a pesar de que la rescisión protege por sí sola y con cierta amplitud al demandante. Y ello como consecuencia de los límites temporales de la rescisión. Dispone el artículo 1299 CC en su primer párrafo que "*la acción para pedir la rescisión dura cuatro años*", pasados los cuales, la posibilidad de obtener la rescisión *caduca*. En este punto quizá es donde se revele la utilidad de la anotación de demanda en favor del demandante: en nuestra opinión, la posibilidad de rescindir la enajenación *no puede caducar en perjuicio del demandante mientras mantenga en vigor la anotación de su demanda* (incluidas, por tanto, sus posibles prórrogas). Conviene subrayar la expresión mientras mantenga, porque si llegara a caducar, aunque más adelante el demandante obtuviera *otra* anotación, aquellas enajenaciones que hubiera llevado a cabo del demandado habrían de considerarse, ahora, *anteriores* a la fecha de la anotación, lo que no impide que aquéllas sigan siendo rescindibles (pues aunque la anotación previa hubiese caducado, no por ello las enajenaciones han dejado de ser de bienes litigiosos en el sentido del art., 1291.4º CC), pero ahora el demandante sí necesita obtener la declaración de rescisión en el plazo indicado en el art. 1299-1º CC [El problema sería en este punto, determinar el *dies a quo* del cómputo de plazo de esos cuatro años. En nuestra opinión, tal momento habría de ser el de la caducidad de la anotación de demanda, pues es ese el momento a partir del cual el demandante ya necesita una acción rescisoria *ad hoc* para proteger su interés].

[34] Estamos por completo de acuerdo con el planteamiento sostenido en el AAP de Madrid de 22 de noviembre de 2012 (núm. 737/2012), cuando en él se sostiene que la anotación preventiva de demanda es un asiento "dotado de sustantividad y efectos característicos, derivados, en esencia, de proclamar una posible causa de rescisión, resolución o nulidad del derecho a que afecta, con el alcance que determina el artículo 37 de la Ley Hipotecaria" (fundamento de derecho tercero).

[35] Por cierto, que esa "falta de mala fe" que exige el art. 1295-2º CC para que el subadquirente sea inmune a las consecuencias rescisorias, debe constatarse al tiempo de su *adquisición*, y no al tiempo de su inscripción (y ello con independencia de la posición que se mantenga en torno a la clásica cuestión surgida al interpretar el momento en que el tercero del artículo 34 LH ha de ser de buena fe para quedar protegido por éste): no puede ser de otro modo cuando la inscripción de este subadquirente es *defensiva*, esto es, para impedir que el Registro le niegue una protección que el Derecho material ya le da.

[36] Como hemos adelantado, también debe descartarse la aplicación del artículo 71 LH. Este artículo 71 LH dispone que "los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación". Al señalar que el artículo 71 LH no resulta de aplicación a las anotaciones de demanda, no se quiere indicar que los bienes y derechos a los que la anotación afecte, queden inmovilizados en el tráfico. El art. 71 LH no resulta aplicable, porque la anotación de demanda no implica anotación de *inmuebles o derechos reales*; pero nada más. La anotación de demanda no impide actos de tráfico posteriores, porque lo que intenta es sencillamente que la sentencia pueda hacerse efectiva *independientemente de que el bien haya cambiado de manos*. No hace falta inmovilizar el bien para proteger los intereses del demandante.

[37] Téngase en cuenta que el artículo 1295 CC, bien entendido, no exige la buena fe en el subadquirente para otorgarle una consecuencia beneficiosa que de otra forma no tendría, sino que el recurso aquí a la buena fe es para identificar el elemento a considerar para poder

llegar a negar al subadquirente la consecuencia natural que su adquisición habría de tener (la plena eficacia).

[38] Nótese, y conviene subrayarlo, que el art. 198-2º RH exige que el asiento *goce de prelación*. Esto sucederá, sin duda, cuando el asiento del que deriven sea cronológicamente anterior a la anotación, como sucedió en el caso de la RDGRN de 3 de noviembre de 2019, en el que se cuestionaba la cancelación de una adquisición de fecha posterior a la anotación de demanda, que sin embargo era consecuencia de una adjudicación por ejecución de una hipoteca que había sido inscrita antes de la anotación. Pero que el asiento goce de "prelación" es un concepto más amplio que el de la mera prioridad cronológica, y creemos que comprende los casos a que nos referimos en el texto.

[39] Incluidos los casos en que resulte de aplicación el art. 105 RH en el sentido en que a día de hoy es interpretado por la DGSJyFP.

[40] En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Castellón de 31 de julio de 2000 (núm. 410/2000).

[41] Por eso, y seguramente en un intento gráfico de explicar este incidente procesal especial, CAMY apuntó que en estos casos, el art. 198-4º RH ha arbitrado una suerte de "tercería de dominio" en favor del que ha inscrito después de la anotación, pero ha adquirido *antes* de que la demanda le fuese oponible a través de aquella anotación (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Vol. V. Pamplona: Aranzadi, 792). Como decimos, esto sólo puede aceptarse como un intento plástico de explicar el incidente mencionado en el art. 198-4º RH; pero en realidad no estamos ante una propia "tercería de dominio". En alguna ocasión se ha tenido la posibilidad de negar expresamente que el tercero pueda utilizar la "tercería de dominio" para cancelar la "anotación de demanda" que pesaba sobre un inmueble, pues la tercería de dominio tiene por finalidad levantar una traba sobre un inmueble, y la anotación de demanda, ni la demanda, son tales trabas (cfr. AAP de Navarra de 20 de enero de 1994).

[42] Esto sólo puede afirmarse en línea de principio. Marginalmente, habrá supuestos en que el tercero pueda haber actuado de mala fe a pesar de que la demanda no haya sido anotada. En estos casos, naturalmente el demandante ha de tener posibilidad de protección. Lo que sucede es que en estos casos el procedimiento incidental referido en el art. 198-4º RH no puede resultar apropiado al efecto, y habrá de remitirse a un procedimiento declarativo correspondiente.

[43] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI ha señalado, estudiando las anotaciones preventivas de demanda, que "[l]egalmente solo se puede pedir la anotación preventiva de demanda de propiedad o de derechos reales, no la anotación preventiva de pretensiones de carácter personal" (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2006). *Derecho Inmobiliario Registral*. Granada: Comares, 185).

[44] En sus inicios, la entonces DGRN no parecía favorable a la posibilidad de poder anotar demandas que tuvieran su fundamento en una pretensión meramente personal. En este sentido, puede verse la ya clásica Resolución de 22 de octubre de 1906, en la que se discutía la posibilidad de convertir en inscripción la anotación preventiva de demanda planteada por incumplimiento de una promesa de venta. La Dirección General entendió que "el derecho anotado a favor del demandante es sólo el de que se le otorgará la escritura de venta, que fue a lo que se condenó al demandado, y no siendo ése un derecho real, sino meramente personal, no es susceptible de inscripción, como tampoco debió en su día ser objeto de anotación, procediendo solamente, en su caso, inscribir la escritura de venta, y no en manera alguna la conversión" (cdo. tercero) [Extraído de ROCA SASTRE, R. M.; MOLINA JUYOL, L. (1953). *Jurisprudencia registral*. Tm. IV. Barcelona: Bosch, 130]. Esta forma de entender la cuestión contaba —conviene señalarlo— con cierto apoyo doctrinal [por todos, DÍAZ MORENO, E. (1903). *Contestaciones a la parte de Legislación Hipotecaria*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Antonio Marzo, especialmente páginas 331 a 333, y 338]

[45] La cuestión adquiriría otro color algo más de una década después en la doctrina de la Dirección General. La Resolución de 4 de julio de 1919 es, salvo error por nuestra parte,

la primera en la que de forma clara se habla de la posibilidad de practicar anotaciones de demanda que implica el ejercicio de un derecho *personal*. En esta importantísima Resolución puede leerse que la demanda anotada "a veces tiene por principal objeto poner en armonía la realidad y el Registro provocando una resolución declarativa de los Tribunales que mire a lo pasado y rectifique el contenido de las inscripciones, y en otras ocasiones se dirige a la constitución de una situación jurídica que mira a lo por venir y se apoya en una mera vocación al derecho real fijado por título o causa legal suficiente" (cdo. cuarto) [Extraído de ROCA SASTRE; MOLINA JUYOL. (1953). *Jurisprudencia registral*. Tm. V. Barcelona: Bosch, 324]. La doctrina hipotecarista ya se había pronunciado en esta línea favorable a admitir las anotaciones de demandas en ejercicios de derechos personales *con vocación* de conseguir una mutación jurídico real [así, BARRACHINA Y PASTOR (1910) en su *Derecho Hipotecario y Notarial*. Tm. II. Castellón: Establecimiento tipográfico de J. Armengot e Hijos, 30-31; también MORELL Y TERRY (1917), *Comentarios a la legislación hipotecaria.* Tm. III. Madrid: Hijos de Reus, 37-39, criticando de forma concreta la citada RDGRN de 22-X-1906].

[46] Por todas, puede verse la STS de 18 de febrero de 1985, en que se puede leer que los efectos del artículo 42.1º LH "están acordados no sólo en beneficio de los titulares de un derecho real sino también de quienes lo sean de acciones personales con trascendencia real" (cdo. tercero).

En la doctrina de la DGRN / DGSJyFP, pueden verse las RR. de 24 de junio de 1991, 5 de marzo de 2004, 17 de marzo de 2008, 22 de enero de 2011.

[47] Por todas, cfr. RDGRN de 26 de mayo de 1997.

[48] Cfr. RDGSJyFP de 2 de julio de 2020.

[49] Cfr. RDGRN de 8 de noviembre de 2013.

[50] Lacruz entendía que si con la demanda anotada se ejercita una acción *real*, deberán rectificarse todos los asientos posteriores a la anotación independientemente d de la fecha de los títulos que los causaran, y practicarse los correspondientes en favor del demandante victorioso, aunque haya que atender a la norma excepcional del art. 198 RH. En cambio, cuando la acción es personal la estimación de la demanda dará lugar a una inscripción en favor del demandante victorioso, en el entendido que esa inscripción es "derivada de la [inscripción] del demandado"; y añade: "en lo demás, rige el art. 198 RH" (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F de A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch (reimp. 1991), 223).

[51] COSSÍO, por su parte, fue un firme defensor de explicar los distintos efectos de la anotación de demanda asimilando la anotación de demanda de acción real al asiento de contradicción alemán, y la anotación de demanda de acción personal a la anotación preventiva o prenotación alemana. Así, en el primer caso la estimación de la demanda implicará para el demandante los efectos de la fe pública registral desde la fecha de la anotación, pero no para el segundo caso (acción personal) (COSSÍO Y CORRAL, A. de. (1986). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Civitas, 268-271. Ya en su momento, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en sus anotaciones a ENNECCERUS, indicaban que, aunque en el Derecho español no hay una figura equivalente al asiento de contradicción del Derecho alemán, la anotación preventiva desempeña "en algunos casos" una función aproximada (ver en WOLFF, M. (1936). Tratado de Derecho Civil. Tm. III-1º, *Derecho de cosas. Posesión / Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Barcelona: Bosch, 269)).

[52] Este contexto doctrinal es el que parece también estar en la base de la tesis sostenida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, cuando explica esos efectos cancelatorios de la anotación de demanda sobre la base de la misma distinción, interpretando el art. 198 RH. En opinión de este autor, "[p]ara aplicar el párrafo final del art. 198-IV RH (…) no hay que olvidar que en este artículo se regulan las consecuencias de la anotación de la demanda, tanto cuando se ejercitan acciones reales como cuando se ejercitan acciones personales" (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Tm. II. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 663-664, nota al pie núm. 23),

[53] En cierto modo la primera doctrina hipotecarista de nuestro país favoreció esta interpretación, dando a entender que la fuerza de la anotación venía dada por el derecho del demandante y del cual la anotación era causa. Así, por ejemplo, Morell y Terry al tratar de las anotaciones preventivas apuntaba que "tratándose de asientos que se extienden en el Registro de la propiedad, esa garantía recae sobre bienes inmuebles, y en ese sentido es real, pero no por ello puede afirmarse que constituyan las anotaciones verdaderos derechos reales". Y añadía a continuación: "[l]a anotación sigue la naturaleza del derecho principal que asegura, queda influida por él, y afectada del carácter más o menos eventual o más o menos controvertible de ese derecho. Por ello, aun recayendo sobre bienes inmuebles, o no representa (…) un verdadero derecho real, o aun representándolo, lo muestra sólo de un modo transitorio o condicional" [cfr. MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Tm. III. Madrid: Hijos de Reus, 9-10]. Esta forma de explicación de los efectos de la anotación, ponen implícitamente las bases para distinguir tales efectos en función de la naturaleza del derecho del que la acción trae causa.

[54] Cfr. el caso analizado en la RDGRN de 19 de abril de 2000, en la que se denegó, con razón, la anotación de demanda de nulidad de una donación de acciones de una sociedad, por la cual el donatario pasaba a ser accionista mayoritario de dicha sociedad, titular de la finca registral sobre la que se pretendía practicar la anotación.

[55] Cfr. RRDGRN de 5 de marzo de 2004, y de 17 de marzo de 2008.

[56] Cfr. RDGRN de 3 de julio de 1993.

[57] Cfr. RDGRN de 5 de febrero de 2000.

[58] Cfr. AAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2002.

[59] Cfr. RDGRN de 2 de octubre de 2002.

[60] Cfr. RDGRN de 31 de mayo de 2001.

[61] Cfr. RDGRN de 28 de abril de 2002.

[62] Cfr. AAP de Barcelona de 10 de febrero de 2004 (núm. 18/2004). También AAP A Coruña de 12 de noviembre de 2004. También.

[63] Durante la tramitación de la que acabaría siendo la Ley Hipotecaria de 1946, el entonces Proyecto de Ley propusiera la siguiente redacción al art. 42.1 LH: "Podrán pedir anotación preventiva (…) El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, *así como la eficacia o ineficacia de los títulos que las produzcan*" (la cursiva es nuestra). Como sabemos, esta redacción no pasó al texto finalmente aprobado. Al respecto, mucho tuvo que ver el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de enero de 1946: "la adición que recoge esta doctrina adolece de oscuridad en cuanto a la forma de expresión, sin duda por la dificultad de inducir de las resoluciones hasta la fecha dictadas, una norma de carácter general que permita dilucidar cuáles son las acciones o pretensiones personales que pueden ser objeto de anotación preventiva, por ir directamente encaminadas a provocar una modificación jurídica real, por lo que parece aconsejable se demore la reforma en espera de que la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por haber alcanzado el grado de madurez necesario, pueda completarse adecuadamente en un precepto que permita deducir, de una manera clara y precisa, cuáles son las demandas que pueden anotarse, lo cual no se conseguiría con el adicionado; siendo de notar, por otra parte, que la supresión de la reforma indicada no parece que pueda originar ninguna dificultad para que dicha Dirección continúe completando su autorizada doctrina en esta materia, puesto que la misma ha sido iniciada al amparo de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 42 de la Ley de 1909, *incuestionablemente por ser lo bastante explícito a estos efectos*" (la cursiva última es nuestra) (extraído de VV. AA. (1990). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Tm. III. Leyes de 1944 y 1946. Madrid: Castalia, 292-293).

[64] Que esto no sea, en nuestra opinión, coherente, no significa que no se haya sostenido. Así, por todos y recientemente, véase FERNÁNDEZ ESTEVAN, E. La anotación preventiva. En VV. AA. Tratado de Derecho Civil. Tomo X, *La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, 531-532, y 537.

[65] Ver WESTERMANN, H; WESTERMANN, H. P; GURSKY, K-H; EICKMANN, D. (1998). *Derechos reales*. Tm. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 955-956.

[66] Op. cit., 955.

[67] Cfr. NUSSBAUM, A. (1929). *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 48.

[68] NUSSBAUM, op. cit., 54.

[69] Vid. WOLFF, M. (1936). Tratado de Derecho Civil. Tm. III-1º, *Derecho de cosas. Posesión / Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Barcelona: Bosch, 266.

[70] CORTÉS DOMÍNGUEZ. V. (2015). Las medidas cautelares. En CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 439.

[71] CANO TELLO, C. (2000). Comentario al artículo 42. En VV. AA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tm. VII, vol. 5º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 14.

[72] Op. cit. 36. Véase también, con mayor detenimiento pero en el mismo sentido, su monografía del año 1997 *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña.

[73] TAMAYO HAYA, S. (2016). Art. 1816. En VV. AA. *Código Civil comentado*. Tm. IV. Cizur Menor: Citivas-Thomson Reuters, 1067

[74] CARRASCO PERERA, Á. (2021). Art. 1816. En VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Aranzadi-Tomson Reuters, 2265.

[75] Con todo, en sentido distinto parece pronunciarse GULLÓN BALLESTEROS, A. (1993). Art. 1816. En VV. AA. Comentario del Código Civil. Tm II. Madrid, Ministerio de Justicia. Tm. II, 1774.

1.4. Sucesiones

Progenitores e hijos ausentes: el maltrato psicológico a debate como causa de desheredación[1]

Absent parents and children: psychological abuse as a cause for disinheritance under debate

por

ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Almería

RESUMEN: La interpretación del art. 853.2 CC, flexible y extensible hace casi una década, ha evolucionado para ser de aplicación estricta y rigurosa en la actualidad, trasladándose en idénticos términos a la extinción de alimentos y a la supresión de la legítima. No toda ausencia de relación puede hacer presumir el maltrato psicológico, ni éste, por vía interpretativa, convertirse en una causa autónoma de desheredación. En ambas instituciones protectoras de la unidad familiar (alimentos y legítima), el intérprete exige rigor en la prueba del daño psicológico, conocer el origen o causa de la falta de relación y que sea ésta sea imputable al alimentista o al legitimario. La necesidad de revisión y adaptación de los criterios legales y jurisprudenciales seguidos hasta el momento, propugna articular propuestas para disipar dudas o ambigüedades y adaptar la norma a la nueva realidad social.

ABSTRACT: The interpretation of art. 853.2 CC, flexible and extensible almost a decade ago, has evolved to be of strict and rigorous application at present, being transferred in identical terms to the extinction of alimony and the suppression of the legitimate share. Not every absence of relationship can lead to the presumption of psychological abuse, nor can this, by way of interpretation, become an autonomous cause of disinheritance. In both protective institutions of the family unit (alimony and legitimate), the interpreter demands rigor in the proof of the psychological damage, to know the origin or cause of the lack of relationship and that it be imputable to the breadwinner or to the legitimate beneficiary. The need for revision and adaptation of the legal and jurisprudential criteria followed up to the present time, suggests articulating proposals to dissipate doubts or ambiguities and to adapt the norm to the new social reality.

PALABRAS CLAVE: alimentos, legitima, desheredación, maltrato psicológico

KEYWORDS: alimony, legitimation, disinheritance, psychological abuse

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ALIMENTOS E HIJOS MAYORES DE EDAD INCURSOS EN CAUSA DE DESHEREDACIÓN. I.1. Extinción de la pensión alimenticia (ex arts. 152.4 y 853.2 CC). I.2. Debilidades y fortalezas de la STS de 19 de febrero de 2019. I.3. Ausencia continuada de relación, maltrato psicológico y su prueba. I.3.1. *Imputabilidad exclusiva al alimentista. I.3.2. Imputabilidad compartida ¿o exclusiva del alimentante?*—II. ASCENDIENTES MAYORES: PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA A HIJOS Y DESCENDIENTES. II.1. La realidad social del maltrato psicológico al testador vulnerable. II.2. El sistema de legítimas y las causas desheredación a debate. II.3. Sentencias pioneras: "maltrato de obra" como concepto integrador. *II.3.1. La STS 19 de abril 2023: aplicación estricta de la doctrina y matizaciones sobre el maltrato psicológico. II.3.2. Prueba irrefutable e imputabilidad al desheredado.* III. CONCLUSIONES REFLEXIVAS Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.—IV. BIBLIOGRAFIA.—V. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA.

INTRODUCCIÓN[2]

Aunque desde la promulgación del Código Civil la sociedad ha cambiado, la familia sigue siendo es el primer soporte, no solo afectivo, sino también de cuidados y subsistencia, de los miembros que la integran. En el círculo familiar, la posición de garante a lo largo de la vida empiezan a tenerla los progenitores, respecto a sus hijos menores y mayores de edad dependientes económicamente. Pero también, con el transcurso del tiempo, los hijos respecto a los padres cuando éstos, por su avanzada edad, discapacidad, falta de autonomía y absoluta dependencia, están necesitados de ayuda, cuidados y afectos por su entorno familiar más próximo, que son sus hijos. Si bien, los nuevos modelos familiares, fruto de la modernización de la sociedad, junto al proceso de desestructuración de las familias, un mayor individualismo y el envejecimiento de la población, han evidenciado la necesidad de una adecuación normativa tanto a la realidad social como a la interpretación jurisprudencial. El Derecho de familia sí ha experimentado profundas reformas, pero el Derecho de Sucesiones ha permanecido mucho más estático.

De hecho y por el tema aquí tratado, la falta de relación entre alimentista/alimentante y legitimario/testador reaviva la clásica discusión sobre si nuestro sistema sucesorio debe modificarse y establecer la libertad absoluta de testar, como en los sistemas angloamericanos del *common law* o mantener la libertad relativa vigente en el Código civil, mediante el mecanismo de la legítima, en los que determinados familiares tienen derecho a recibir necesariamente una parte de los bienes de la herencia. Y, sobre todo, si deben modificarse las causas de indignidad sucesoria y de desheredación.

Ciertamente, ante la ausencia o falta de relación entre padres e hijos, se produce una quiebra del principio de solidaridad familiar e intergeneracional,[3] que sustenta las dos instituciones objeto de estudio (alimentos y legítima). Situación que no está prevista como justa causa de desheredación de hijos y descendientes,

ni tampoco como causa de extinción de la pensión alimenticia. Nuestro estudio se centra en analizar la interpretación del art. 853.2 CC, relativo al "maltrato de obra" como justa causa de desheredación; y dentro del cual, se ha subsumido, vía jurisprudencial, el maltrato psicológico, derivado de la ausencia de relación afectiva entre alimentante/alimentista y testador/legitimario. Apartándose así de la tradición histórica que limitaba esta casusa de desheredación al maltrato físico.[4] Decisiones *contra legem* al proclamar, en ambos casos, una causa de desheredación no prevista legalmente, pero cargada de razones que justificarían la interpretación flexible del art. 853.2 CC de acuerdo a la realidad social (ex art. 3 CC). Considerando y vaya por delante, que no es comparable la extinción de la obligación de alimentos a hijos mayores de edad (temporal) y la privación de la legítima, que constituye una atribución gratuita con diferente fundamento y finalidad. Ni tampoco puede ser comparable el aludido maltrato psicológico a progenitores de mediana edad, que a los adultos mayores dependientes y esencialmente vulnerables, y no solo por razón de edad.

I. ALIMENTOS E HIJOS MAYORES DE EDAD INCURSOS EN CAUSA DE DESHEREDACIÓN

El art. 39.3 CE dispone que «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda». En sede de ruptura parental, el art. 93.2 CC reenvía para el establecimiento de la prestación alimenticia de hijos mayores de edad, a la regulación de los alimentos entre parientes (arts. 142 a 153 CC). Siendo dos los presupuestos inexcusables que deben concurrir: el primero, carencia de ingresos propios; aspecto que vendrá ligado a la situación de necesidad y dependencia de sus progenitores. Dado que la obligación alimenticia atiende a cubrir necesidades básicas: subsistencia (art. 152.3 CC) y formación (art. 142.2 CC). El segundo, convivencia en el domicilio familiar al tiempo de la ruptura parental o al alcanzar la mayoría de edad. Siendo determinante que se trate de una convivencia familiar en la que los hijos mayores de edad no gozan de autonomía en la dirección y organización de sus vidas, sino que es el progenitor con el que conviven, quien ostenta tal función, en lo que respecta a la vida de la familia, en todos sus aspectos (STS de 7 de marzo de 2017).[5]

I.1. Extinción de la pensión alimenticia (ex arts. 152.4 y 853.2 CC)

La obligación alimenticia a hijos mayores de edad no es indefinida. Las causas de extinción están previstas taxativamente en los artículos 150 y 152 CC. Por lo que aquí interesa, el art. 152.4 CC establece que cesa la obligación de alimentos "Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación". La desheredación es aquella disposición testamentaria por la que el testador priva a un legitimario de participar en su herencia cuando concurra alguna de las causas (*numerus clausus*), enuncian los arts. 852 a 855 CC, a los que nos reenvía el art. 153.4º CC. En el caso de hijos y

descendientes son justas causas para desheredar, además de las previstas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º 5º, y 6º, las siguientes: 1º Negar, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2º Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra (ex art. 853 CC). Por lo que, no se podrá desheredar a un legitimario en virtud de una causa distinta a las establecidas expresamente en la ley, con las matizaciones que ahora se verán.

La interpretación del art. 853.2º CC, aplicable por remisión expresa del art. 152.4 CC, ha generado en los últimos tiempos, cierto debate mediático y especial atención por parte de los operadores jurídicos. Y ello a propósito de la STS de 19 de febrero de 2019 que, en principio, para dejar la puerta abierta a incluir dentro del "maltrato de obra", en su modalidad de maltrato psicológico, la falta o nula relación del alimentista con el alimentante (progenitor pagador). Previsión que el Código civil no contempla, a diferencia del art. 451-17 e) CCCat. que expresamente establece como causa de desheredación "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario", por remisión del 237-13 CCCat. [6]. Nótese que en aplicación del art. 451-17 e) CCCat. aún constando prueba que acredite la falta de relación, con visos de ser imputable a los hijos, no se considera suficiente para estimar que concurre causa de desheredación a efectos de extinguir la pensión alimenticia. [7] Lo que se justifica por ser una norma de carácter sancionador y, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente.

I.2. Debilidades y fortalezas de la STS de 19 de febrero de 2019

La sentencia STS de 19 de febrero de 2019,[8] marca un punto de inflexión. Ha sido laureada por los medios de comunicación y comentada críticamente por la doctrina.[9] En el caso de autos, es relevante reseñar que la extinción de la pensión alimenticia (dos hijos mayores de edad) se postula en base a tres razones: disminución de la capacidad económica, falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y por nula relación personal de los alimentistas con el alimentante. Descartadas las dos primeras razones, en primera y segunda instancia, se estima la extinción de la pensión alimenticia: "La negativa a relacionarse con el padre es una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas". La madre interpone recurso de casación en el que alega infracción de los arts. 142 y 152 CC, éste último en relación a los arts. 90 y 91 CC e infracción de la doctrina jurisprudencial del TS sobre la cesación de la obligación de prestación de alimentos a hijos mayores de edad. El TS estima el recurso de casación y casa la sentencia recurrida que había confirmado la instancia, al apreciar que no concurría causa para la extinción de la pensión alimenticia que recibían de su padre los hijos mayores de edad, por no constar acreditado el hecho de que el distanciamiento fuera directamente imputable a los hijos.

La Sala trae a colación y reitera el cambio de criterio jurisprudencial, que ha pasado, de la interpretación restrictiva del art. 853.2 CC, a una interpretación extensiva, al incluir como causa de desheredación dentro del maltrato de obra, el maltrato psicológico, con alusión expresa a la STS de 3 de junio de 2014,[10] y de 30 de enero de 2015.[11] Doctrina que ahora matiza ponderando el carácter sancionador de la norma.

El punto débil de este pronunciamiento es que, con referencia a la interpretación flexible y extensiva del art. 853.2 CC y al art. 451-17 e) CCCat. —que considera extrapolable al Derecho común— no alude al maltrato psicológico que, en su caso, esa falta de relación, le hubiese ocasionado al padre. Aspecto que también ha sido criticado por la doctrina[12] y al que como se verá, alude la reciente STS de 19 de abril de 2023.[13] A mi juicio, de la ausencia manifiesta y continuada de relación afectiva entre padre e hijo, no cabe deducir el maltrato psicológico. Primero, porque el maltrato psicológico no se presume, en el entendimiento de que el debilitamiento del vínculo afectivo o emocional entre padre e hijos no puede equipararse a un maltrato psicológico; y segundo, porque para que pudiera prosperar (arts. 853.2 CC y 152.4 CC.), tiene que ir encaminado a producir intencionada o dolosamente un daño psicológico, que debe quedar debidamente acreditado. Bajo estos parámetros y de acuerdo a la interpretación extensiva propuesta, procedería la causa de extinción de la obligación de alimentos, en caso contrario no.

El punto fuerte de este pronunciamiento es que deja claro dos cuestiones: La primera, la necesidad de acreditar que "la falta de relación sea manifiesta, relevante e intensa y que sea imputable de forma principal a los hijos". Lo que implica una interpretación restrictiva y rigurosa de su concurrencia y prueba de la causa". La segunda es que, —sensu contrario a la sentencia impugnada— [14] concluye "que sí es relevante determinar, si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación, es achacable al padre o a los hijos. En el caso de autos, la falta de relación era manifiesta y no existe duda al respecto. Pero no queda acreditado, si de modo principal y relevante, era imputable a éstos*:* "puede ser imputable al alimentista y al alimentante, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades" (FJ4º).

A raíz de la STS de 19 de febrero de 2019, no es de Pleno, se han realizado pronósticos relativos a cuál será su impacto o repercusión. Algunos optimistas y otros más escépticos, entre los que me incluyo. Pues la doctrina que de ella se deriva, establece una clara cautela: "una interpretación rigurosa y restrictiva de la prueba de que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sea imputable a éstos de modo principal y relevante. Otra cosa será la dificultad probatoria como se analizará. Veamos cuál ha sido su proyección con las matizaciones que de ella derivan.

I.3. Ausencia continuada de relación, maltrato psicológico y su prueba

La STS 19 de febrero de 2019 sienta un precedente pero matiza la doctrina elaborada hasta el momento al exigir rigor en la prueba del daño psicológico, conocer el origen o causa de la falta de relación y que sea ésta sea imputable al alimentista.

I.3.1. Imputabilidad exclusiva al alimentista

Cuando el deber de solidaridad familiar que justifica la prolongación de la pensión alimenticia a favor de un hijo mayor de edad quiebra, ante la injustificada ausencia manifiesta y continuada de relación familiar del hijo con su progenitor, decae la obligación, siempre que sea imputable exclusivamente al hijo. Argumentación que ha tenido reflejo a nivel de Audiencias Provinciales, cuando queda perfectamente acreditada tal situación:

— La SAP de Navarra de 27 de octubre de 2020,[15] revoca la sentencia de instancia y declara extinguida la pensión de alimentos de la hija mayor de edad que, desde el año 2014, no mantiene relación con su padre. Circunstancia que viene a coincidir con los problemas aparecidos en torno al pago de la pensión de alimentos, que, a juicio de la Sala, carece de la proporcionalidad suficiente como para suponer la ruptura absoluta y completa de la relaciones paterno filiales. A ello se une que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la hija invirtió sus apellidos y escribió un libro en el que mencionaba que no tenía padre. Argumenta la Sala que "en la actualidad la inversión en el orden de los apellidos es un derecho atribuido a la persona del que, en principio, no deriva consecuencia legal alguna más allá de la correspondiente a la inversión referida que puede obedecer a múltiples causas". Respecto a las menciones realizadas en el libro publicado por la hija, "no tengo hermanos ni hermanas, y tampoco tengo padre", pudieran interpretarse como licencias literarias. Ahora bien, cuando tales actuaciones quedan patentes en el acto del juicio donde manifestó de manera clara y taxativa «no querer tener relación ni trato con su padre, con quien la única relación que quiere es que le pague la pensión» ésta es "una decisión que entra dentro de la esfera de lo personal y por tanto indiscutible, máxime siendo en la actualidad mayor de edad"; a lo que se añade la falta de prueba acerca de las amenazas, chantaje emocional, gritos y malas palabras que dijo recibir de su padre. Ponderando todas las circunstancias, incluida la voluntad del padre de reanudar la relación mediante un burofax que no recibió contestación, queda acreditado que existe "una absoluta falta de relación entre padre e hija que posee las condiciones de relevante y duradera en el tiempo e imputable en exclusiva a la voluntad de la hija, lo que implica la asunción de las consecuencias de sus actos y de las decisiones libérrimamente adoptadas".

— La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de marzo de 2022,[16] confirma la sentencia de instancia que acordó la extinción de la pensión de alimentos de dos hijas mayores de edad. En este caso, el alejamiento con su padre comienza desde la ruptura parental y tiene su punto de inflexión años después, porque las hijas no admiten la nueva pareja sentimental del padre. Consta acreditado que el apelado sí ha intentado mantener el contacto, al menos de forma telefónica y de mensajería con sus hijas, pero éstas se han negado a tener relación alguna con él. Subraya la sentencia: "Como muy acertadamente resalta la juez *a quo* si en un principio podía ser normal un alejamiento, tanto en el momento del divorcio, por la experiencia traumáticas que ello supone para las menores que entonces solo contaban con 11 años, como cuando el padre inicia su nueva relación, siendo hasta normal que inicialmente pudieran las hijas experimentar un rechazo hacia esa nueva pareja, lo que ya no se entiende es que esa situación perdure desde el 2016, sin que aparezca acreditado causa justificada para que el rechazo que las hijas sienten

hacia la nueva pareja se extienda su padre, pues lo único que resulta es la dificultad de las hijas en asumir esa nueva relación y que la pareja pueda estar también presente en las actividades (como el viaje del 2016), pues insisten en que lo que querían era estar solas con su padre. No existe, por tanto, causa que justifique este reiterado y absoluto rechazo al padre, por lo que se cumplen los dos presupuestos exigidos por el TS, esto es, es de modo principal y relevante imputable a éstas, y tienen una intensidad y gravedad suficiente (son casi seis años sin ninguna comunicación) para constituir, por sí sola, causa para decretar la extinción de la pensión alimenticia.

— La SAP de Salamanca de 1 de enero de 2023,[17] también declara la extinción de la pensión de alimentos (125€), que el padre venía abonando a su hija (29 años). En este caso concurren varias circunstancias que, consideradas de forma aislada darían lugar a la extinción. De un lado, consta acreditado, que la hija mantiene un evidente y manifiesto desinterés por buscar un trabajo de forma activa y por trabajar, y si bien no tiene independencia económica, ésta solo es debida a su falta de diligencia e interés. No se acredita en autos, ni causa física ni psíquica, para que, pueda conseguir un empleo, a pesar de que alega padecer un trastorno adaptativo mixto. De otro lado, vive en pareja desde hace 10 años y percibe un subsidio desde el 1 de enero de 2021 (renta de inserción por parte de la Gerencia de los Servicios Sociales de Castilla y León por importe de 401,92 euros). Todo lo cual viene a corroborar la situación de pasividad en la que se ha colocado voluntariamente en orden a procurarse una forma de vida. Hechos que a juicio de la Sala serían suficientes para extinguir la pensión. Pero además se une la manifiesta desafección de la hija respecto a su padre que es imputable solo a ella (cita al respecto la STS de 19 de febrero de 2019). Ponderando las circunstancias antes dichas, se aborda también la situación económica del padre, escayolista, que ha variado sustancialmente. Conforme al IRPF de 2006, sus ingresos ascendían a 14.117,25 € y en el IRPF de 2019 y 2020 constan 7.874,46 €. La Sala considera que hay un cambio sustancial en las circunstancias en los términos que se exigen legal y jurisprudencialmente, que permiten acordar la extinción de la pensión de alimentos. (FJ4º)

En los supuestos referidos no admite duda la procedencia de la extinción de alimentos. No hay ninguna causa que justifique la negativa a relacionarse con el progenitor. Cuando la voluntad del hijo mayor de edad manifiesta inequívocamente, con actos concluyentes, no querer tener relación con su progenitor, no es justo ni equitativo exigir se prolongue la pensión de alimentos.

I.3.2 Imputabilidad compartida ¿o exclusiva del alimentante?

La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar puede obedecer a múltiples causas y ser imputable al alimentista y al alimentante; o incluso al excónyuge (progenitor del alimentista). [18]

En ocasiones, muchas me atrevería a decir, se imputa la falta de relación directamente a la influencia que sobre los hijos puede ejercer el progenitor con quien convivan (generalmente la madre). Aunque, a mi juicio, difícilmente puede manipularse a un hijo mayor de edad y aún menos, hasta este extremo. Algunas

sentencias se pronuncian al respecto, en un caso desestimando la extinción de la pensión y en el otro estimándola.

— La SAP de Tarragona de 23 de marzo de 2017,[19] revoca la instancia y declara subsistente la obligación de alimentos, precisamente alegando que la falta de contacto podía estar "mediatizada por la conducta de la progenitora", y por tanto, no queda probado que sea totalmente imputable a los hijos de 25 y 19 años.

— En cambio, la SAP de Albacete de 12 de noviembre de 2021,[20] revoca la instancia, y sobre la posibilidad de que la madre hubiese podido contribuir a que exista tal sentimiento de rechazo hacia su padre, la Sala subraya que, resulta imposible olvidar que el alimentista alcanzó su mayoría de edad hace casi cuatro años y, desde ese momento, "por más que tuviera una relación mucho más intensa y cercana con su madre, era completamente libre para poder retomar siquiera una mínima relación con su padre". Así las cosas, habiendo decidido de modo "libre y consciente" no querer saber nada de su padre, sin obedecer a un motivo concreto y justificado, la Sala llega a la conclusión de que tal falta de relación "es imputable de modo principal o relevante" al hijo mayor de edad y acuerda la extinción de la pensión alimenticia.

Otras veces, la ausencia manifiesta y continuada de relación puede estar más que justificada. Pueden obedecer a experiencias o situaciones traumáticas vividas, fácilmente entendibles. Una, cuando los hijos han sufrido directamente actos violentos:

Es lamentablemente ilustrativa la SAP Toledo de 18 enero 2023[21] que desestima la extinción de alimentos que postula la madre contra su una hija de 24 años. Consta acreditado, la existencia previa de un procedimiento penal por agresión sexual a la hija, cuando esta era menor de edad. Y si bien, la sentencia fue absolutoria para la madre, se acordó una orden de protección a favor de la hija, por la que se prohibía a la demandante aproximarse y comunicarse con ella, por lo que la falta de relación entre la madre y la hija durante estos años estaba plenamente justificada. Después de la sentencia absolutoria, no hubo ningún intento de comunicación, por parte de ninguna de las dos. Solo consta un requerimiento notarial que le envía la madre, por el que le notifica "la voluntad de cambiar el pago de la pensión alimenticia en metálico por recibir y mantener" a la hija "en su casa, así como ofrecerle trabajo en el bar de su pareja". La Sala concluye acertadamente a mi juicio, que el requerimiento no puede considerarse como un intento de reanudar la relación entre madre e hija sino más bien un ofrecimiento de un puesto de trabajo en el bar, indicándole la jornada laboral y el salario que recibiría. Por lo que no puede entenderse que "la falta de relación manifiesta entre madre e hija, sobre la que no existe duda, es, de modo principal y relevante, imputable a ésta".

Falta de relación que también estaría justificada a mi juicio, cuando los hijos han presenciado episodios de violencia; en este caso, ejercida sobre sus madres. Debe recordarse que los hijos menores ya son considerados "víctimas directas" de la violencia de género. [22] Y es de sobra conocido que las secuelas que arrastran perduran de por vida. Alcanzada la mayoría de edad, la negativa a tener contacto con su padre estaría justificada, al igual que si dicha violencia se produce en presencia de hijos mayores de edad.

¿Y cuando la ausencia manifiesta y continuada de relación es imputable al padre? Resulta reprochable ética y moralmente esta conducta, que también debe

tener consecuencias jurídicas como propone un sector doctrinal.[23] Puede ocurrir y así ocurre que, en ocasiones, es la propia conducta, del padre o de la madre, la que ha ido generando y/o contribuyendo a ese desapego o sentimiento de pérdida que puede experimentar un hijo hacia uno de sus progenitores. Lo que puede manifestarse en aspectos simples y concretos pero relevantes, que evidencian una absoluta falta de interés por la evolución de un hijo en todas las esferas de su vida. Estado de salud —físico o psíquico—, relaciones afectivas, seguimiento en la evolución de sus estudios, y un largo etcétera de situaciones y/o necesidades que requieren la presencia, y no solo económica, de unos padres. A mi juicio, esta ausencia manifiesta, por desinterés, desapego, orgullo e intransigencia, genera un daño existencial y psicológico a un hijo que puede marcarle de por vida.

Conductas reprochables de dejadez afectiva y en ocasiones, también económica,[24] de progenitores hacia sus jóvenes hijos que son contrarias a la solidaridad familiar que sustenta la obligación alimenticia. Situaciones que, con propia justificación, van minando poco a poco la relación y pueden derivar en una justificada y progresiva pérdida de afecto de un hijo hacia su progenitor, hasta consolidar el desapego total. En estos casos, a mi juicio, la falta de relación es imputable exclusivamente al alimentante.

Lógicamente puede admitirse que la falta de relación sea recíproca e imputable a alimentista y alimentante y eso, como dijo el TS "no resta *responsabilidades al padre por su falta de habilidades"*.[25] Ciertamente, las responsabilidades pueden ser repartidas o compartidas, dado que una relación paterno filial no se interrumpe a menos que lo hagan ambas partes. Si bien, considero que, solo por razón de edad y experiencia en la vida, un padre o una madre están, en mejor posición o cuentan con mayores habilidades, para reanudar o impulsar el encuentro, empleando cuantas estrategias estuvieran a su alcance. De no ser así, implica la ausencia del presupuesto; esto es, que la ausencia manifiesta y continuada de relación, sea imputable de forma exclusiva y excluyente al alimentista. Por lo que no procedería la extinción de la pensión.

Situaciones similares a las descritas tienen reflejo en la praxis judicial tras la STS de 19 de febrero de 2019. Y en las que sí se valora, acertada y necesariamente a mi juicio, el origen o causa de la falta de relación; y atendiendo a ello no procede la extinción:

— La SAP de Burgos de 6 septiembre 2019,[26] da cuenta de ello. En este caso, "la desafección grave y continuada en la relación progenitor-hija" no se entiende que sea imputable a ella, de manera principal y relevante. Lo que se justifica al quedar contrastado que el divorcio se produjo cuando la hija tenía tres años y desde entonces, no ha existido comunicación entre padre e hija, pese a que el convenio regulador preveía un régimen de visitas que el progenitor podría haber hecho valer. No consta en autos que dicha falta de comunicación se haya producido por causa distinta de la propia pasividad del progenitor, que podía haber hecho valer tal régimen de visitas para mantener una relación normalizada con su hija. Subraya la Sala que "(…) la mayoría de edad de la hija, en contra de lo que sostiene el progenitor, en nada modifica la situación anterior, pues dicha mayoría de edad no le obliga a modificar sus afectos, a realizar un acercamiento a quien, en definitiva, ha sido un extraño para ella durante todos estos años".

— La SAP de León de 18 de diciembre 2020, [27] se pronuncia en un caso donde consta probado de forma clara, la nula implicación del demandante en la educación y cuidados de su hijo desde que era menor. Desde el año 2012, no contó con el cariño, afectos y cuidado de su progenitor, quien tenía unos deberes familiares personales hacia su hijo. Deberes que, como bien apunta la Sala, no pueden entenderse satisfechos con unas meras llamadas telefónicas. Tal situación se prolongó hasta que el hijo alcanzó la mayoría de edad. Subraya la Sala, que ciertamente, el hijo no mantiene relaciones con su padre, "a las que tampoco consta se haya negado, pero tal situación, por lo antedicho, en modo alguno puede ser imputable, principalmente, al hijo."

La doctrina elaborada tras STS de 19 de febrero de 2019 favorable a la extinción de la pensión alimenticia y su proyección a nivel de Audiencias Provinciales, pone de manifiesto que la ausencia manifiesta y continuada de relación entre alimentista y alimentante exige rigor en la prueba de la causa y de su imputabilidad exclusiva al alimentista. Prueba que resulta a todas luces ardua, a veces diabólica, pero relevante.

Probanza de los hechos que implica la necesidad de airear detalles y circunstancias de la vida privada y familiar. A veces difícilmente explicables y acreditables, por responder a vivencias, sentimientos o emociones que pertenecen a lo más íntimo de la esfera familiar y del propio ser humano. Prueba que corresponde al alimentante que postula la extinción de alimentos, de acuerdo a la regla general de la carga de la prueba consagrada en el art. 217 LEC (apartados 2 y 3). Por lo que corresponde al actor probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; y al demandado, la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos alegados por el demandante. Si bien, es razonablemente entendible la dificultad que puede comportar la prueba de ciertos extremos, más aún, cuando hay mala o nula relación entre los progenitores o entre el alimentista y el alimentante; e incluso, cuando de forma interesada puedan ocultarse datos relevantes a efectos de que no cese la prestación. Dificultad probatoria que puede solventarse acudiendo al criterio o principio de "facilidad de la prueba": la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad probatoria (ex art. 217.6 y 7 LEC). Criterio que acoge entre otras, la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de mayo de 2018.[28]

Bien es cierto, que existen unos estándares mínimos a considerar a efectos probatorios. Unos subjetivos, la testifical de los implicados, cuya veracidad será apreciada discrecionalmente por el tribunal. Considerando que el progenitor a quien corresponde la prueba de los hechos que alega, puede mentir, falsear o manipular la verdad. Correspondiendo al hijo desvirtuar aquello que se alega de contrario. Complicada tesitura en la que se le coloca a un hijo, teniendo en cuenta que más allá de la extinción de la pensión alimenticia que se postula en su contra, el conflicto ya judicializado podría desembocar en la ruptura definitiva de la relación, dejando poco margen para recomponer la situación. También, con mayor reserva, puede admitirse la testifical de terceros que, de forma relevante, sean conocedores de la situación. Y otros objetivos, más fácilmente contrastables con la documental y cualquier prueba admitida que se aporte. Como constatación de

llamadas telefónicas continuadas que evidencien cierto interés por el hijo, verificables a través del correspondiente registro de llamadas; whatsapps o mensajes enviados, audios, etc. Así como asistencia o no a actos relevantes en la vida académica de los hijos (por ej. Graduación universitaria), o visitas, siquiera de cortesía, a su lugar de residencia, si viven fuera por razón de estudios; y un largo etcétera de hechos y aptitudes proactivas que muestren cierta preocupación o interés en el desarrollo vital de los hijos.

A nuestro juicio, sería conveniente incluir una nueva causa de extinción de alimentos (ex art. 152 CC) y desligar la remisión del párrafo cuarto del precepto, al art. 853.2 CC. Así, podría incluirse como causa de extinción de la obligación alimenticia "la ausencia manifiesta, continuada e injustificada de relación con el alimentante e imputable de forma exclusiva y excluyente al alimentista·. Con todo, insisto, en que judicializar el conflicto, derivado de esa falta de relación y acreditar su imputabilidad a padres e hijos o viceversa, supondría la ruptura definitiva de la relación; que, como se verá puede proyectarse más tarde en el orden sucesorio, privando el alimentante/testador de la legítima por esa misma falta o nula de relación.

II. ASCENDIENTES MAYORES: PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA A HIJOS Y DESCENDIENTES

Como anticipamos al inicio, el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen naturaleza distinta, por lo que la ausencia de relación y el rigor que exige su análisis, son diferentes. Atendiendo al derecho fundamental de dignidad de la persona (ex art. 10 CE) y teniendo en cuenta el principio "favor testamenti" (ex art. 675 CC), analizamos de nuevo la interpretación del art. 853.2 CC y la noción del "maltrato de obra", en su modalidad de maltrato psicológico como causa de desheredación al legitimario. Necesariamente lo haremos de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma (ex art. 3 CC). Una realidad que evidencia una sociedad cada vez más envejecida y un repunte de conductas de dejadez o abandono y maltrato ejercida por los hijos a sus ascendientes de edad avanzada.

II.1 La realidad social del maltrato psicológico al testador vulnerable

El envejecimiento del envejecimiento de la población y la mayor esperanza de vida —hoy alcanza los 83,5 años— trae consigo el aumento de enfermedades crónicas severas y la "dependencia personal y, habitualmente económica, de otros". [29] Lo que conecta con el progresivo aumento de cuidados en el sentido más amplio del término. Cuidados que, por regla general, y atendiendo a las preferencias o deseos de nuestros ascendientes mayores, desempeñarían los hijos y descendientes. Pero como venimos diciendo, los cambios experimentados desde finales del siglo XX y la exaltación del individualismo de la persona, trae como resultado que nuestros mayores estén solos.[30] En ocasiones, esa soledad alcanza tintes dramáticos que reflejan situaciones de auténtico abandono emocional o asistencial y "mayores posibilidades de que aumente el maltrato y abuso".[31]

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018),[32] define el maltrato de las personas mayores, como "un acto único o repetido que causa daño o sufrimiento a una persona de edad, o la falta de medidas apropiadas para evitarlo, que se produce en una relación basada en la confianza. Este tipo de violencia constituye una violación de los derechos humanos e incluye el maltrato físico, sexual, psicológico o emocional; la violencia por razones económicas o materiales; el abandono; la negligencia; y el menoscabo grave de dignidad y la falta de respeto. Este tipo de violencia o maltrato se infringe a una persona mayor de 60 años por los hijos, sobrinos, hermanos, familiares, terceros, la sociedad o por el medio en el cual se desenvuelve".

Desde estas consideraciones, nuestro trabajo contrasta algunos datos. Entre ellos y por lo que aquí interesa, que la prevalencia del maltrato aumenta conforme lo hace el grado de dependencia de la víctima, así como su edad. Suele darse en círculo familiar más próximo, siendo el tipo de maltrato más común el "psicológico" [33] y los agresores más frecuentes los hijos. Sin obviar, el abuso o maltrato económico por influencia indebida,[34] y del que son víctimas de familiares (principalmente hijos) que se aprovechan de su fragilidad. Como apunta la doctrina nuestros mayores están "predispuestos a una mengua de las defensas sobre el consentimiento libre, proclives a ser objeto de inducción dolosa al error, al engaño puro y simple o a la captación de la voluntad.[35] En ocasiones, con directas repercusiones en la esfera personal generando graves secuelas a corto y largo plazo; y también en el orden patrimonial, que pueden colocarles en auténtica situación de pobreza e impedirles afrontar dignamente la etapa final de la vida.

Muchas de estas tipologías de maltrato estarían subsumidas en tipos penales[36] que castigan entre otros, el abandono económico (art. 227 CP), asistencial (art. 226 CP) y emocional (art. 229 CP). Pero rara vez se denuncian estos hechos y solo cabe la sanción civil, mediante la desheredación. A nuestro juicio, cualquiera de estas conductas, harían presumir *iuris et de iure* el maltrato psicológico subsumido en el maltrato de obra a efectos de desheredación. Se ha contrastado también, que estos hechos reprobables procuran al ascendiente mayor: miedo, incomunicación, aislamiento, tristeza, angustia, zozobra, [37] y un largo etcétera de sintomatologías, que quiebran el principio de solidaridad intergeneracional que sustenta el sistema de legítimas.

II.2. El sistema de legítimas y las causas de desheredación a debate

La protección de la discapacidad y de la ancianidad se enmarca en el art. 9.2 CE y la legítima no se contempla como una exigencia constitucional. Como apunta la doctrina, de la CE no puede deducirse la exigencia de un sistema de legítimas, pero "deben conciliarse los arts. 33 y 39 CE, en el sentido del que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer con la necesaria protección de la familia y el sistema de las legítimas es una de las formas de lograrlo.[38]

Desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados de especial protección, reabre el clásico debate sobre la reforma del Derecho de Sucesiones. Surgen iniciativas que propugnan la libertad absoluta de testar, otras cuestionan la rigidez de la legítima,[39] y otras que proponen modificar

las causas legales de indignidad[40] o desheredación de los legitimarios.[41] En suma, la tendencia progresiva evidencia la necesidad de revisar el sistema actual por resultar "obsoleto porque las necesidades han cambiado a todos los niveles".[42]

En mi opinión, el sistema de legítimas implantado debe mantenerse, al no estar ya vinculado a la clásica visión paternalista y patriarcal de la institución familiar, pero como reitera la doctrina, adaptándolo a las transformaciones que ha experimentado la sociedad actual.[43] La legítima sigue siendo una institución útil, basada en unas relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. En el entendimiento de que esta solidaridad intergeneracional engloba, más que lo puramente patrimonial o económico, lo sentimental (afecto, asistencia, cuidados y acompañamiento a nuestros mayores, etc.). Cuando esto quiebra, bien puede deducirse la necesidad de adecuar la norma a esta realidad social, reprochable éticamente y a su interpretación jurisprudencial.

Ahora bien, atendiendo al sistema vigente, por imperativo del art. 806 CC los descendientes tienen derecho a recibir necesariamente una parte de los bienes de la herencia. [44] Por tanto, no se puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima, a no ser que concurra alguna de las causas legalmente previstas en los arts. 756 y 852 a 855 del CC por remisión del art. 813 CC. Desheredación que debe realizarse expresamente en el acto de última voluntad del testador, identificando claramente al legitimario desheredado y la prueba que aporte el testador para la desheredación debe ser cierta (ex art. 849 CC). De no ser así, el legitimario puede impugnar la cláusula testamentaria, para negar su veracidad, en el plazo de cuatro años a contar desde el momento en que se abre la sucesión y pueda ser conocido el contenido del testamento.[45] Y la carga de la prueba se desplaza al heredero. De prosperar la acción de impugnación, se anulará la institución de heredero, en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima.

Previsiones rígidas, frente a conductas de ausencia manifiesta de relación, desafecto, y abandono del testador vulnerable por parte del legitimario, que no son ni equitativas ni justas. Pues quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda, soporte o asistencia de todo tipo, no puede verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales. Por ello, en el orden sucesorio, y hasta tanto se realice una reforma en profundidad, desde hace una década, doctrina[46] y jurisprudencia admiten la interpretación del maltrato de obra (art. 853.2 CC) en un sentido integrador y en el que subsumen el "maltrato psicológico" como justa causa de desheredación.

II.3. Sentencias pioneras: "maltrato de obra" como concepto integrador

Desde las anteriores consideraciones, son de ineludible referencia la STS de 30 de enero de 2015,[47] que siguiendo la nueva línea que marca la STS de 3 de junio de 2014[48] confirma el cambio de criterio que pasa, de la interpretación restrictiva del art. 853.2 C.c., a una interpretación extensiva, al incluir como causa de desheredación dentro del maltrato de obra, el maltrato psicológico.

— La STS de fecha 3 de junio de 2014,[49] rechaza la petición de los dos hijos de declarar la nulidad de la cláusula testamentaria en la que su padre los desheredó, instituyendo heredera a la tía (hermana del causante). A la hija, por haberle negado injustificadamente asistencia (art. 853.1º CC) y haberle injuriado de palabra y al hijo además por haberle maltratado de obra (art. 853 2º CC). Respecto a los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), señala la sentencia que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una "interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen". Alude al maltrato psicológico entendiendo por tal la "acción que determina un menoscabo en la salud mental de la víctima, debe y que debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra". Subraya la Sala que "(...) conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, han incurriendo en un maltrato psíquico y reiterado contra su *padre,* del todo incompatible con los deberes elementales del respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación. Una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos 7 años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno. Situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios (...)". (FJ 2º, apartado 6).

— Posteriormente, en la misma dirección, la STS de 30 de enero de 2015,[50] el hijo (actor) ejercitó acción declarativa de nulidad de la cláusula de desheredación testamentaria efectuada por su madre, solicitando, además, la nulidad de la institución de heredero universal en favor de su hermana por causa de indignidad sucesoria. La situación existente entre hijo y madre había llevado a ésta desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes, sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de la vida. Consta probado que la causante sufrió "un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación, que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario; con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social, en la que resulta altamente reprobable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre" (FJ2º apartado 1). Actuaciones que deriva en lo que el TS califica de abandono emocional y que supone un maltrato psicológico que encaja en el maltrato de obra a los efectos de desheredación del artículo 853.2 C.c. "Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (…), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen (…).". (FJ 2º apartado 2).

En este caso, como en tantos otros, estamos, ante un abuso económico entendiendo por tal "la utilización abusiva o ilegal de los bienes e inmuebles propiedad de la persona mayor". [51] Y que engloba conductas relativas a la apropiación indebida de propiedades o recursos, sin el consentimiento de la víctima, dando como resultado un perjuicio para la persona mayor y un beneficio para otra[52]. Actos de

este tipo pueden encajar perfectamente en el delito de estafa (art. 248 CP)[53], aunque rara vez se denuncian. Abuso económico, que podemos vincular a la citada influencia indebida, y que en líneas generales viene asociada a factores de riesgo previo, como el aislamiento, dependencia (física, emocional o de información), sometimiento, perdida de su voluntad y posterior disposición patrimonial.[54] Situación que, en el caso aludido, generó a la causante un "estado de zozobra y afectación profunda que la acompañó los últimos años de su vida". (FJ 2º, apartado 4).

Las dos sentencias analizadas, marcan un hito, pues se apartan de la interpretación literal y restrictiva de la norma del art. 853.2 CC para adecuarla, ponderando las circunstancias concurrentes, a la realidad del tiempo en que se aplican;[55] e invocando el principio *favor testamenti*. Si bien, esta doctrina deja claro que la ausencia de relación o abandono emocional, del que no hay duda, debe venir acompañado de maltrato psicológico que es lo que justifica su encaje en el maltrato de obra (ex art. 853.2º CC) a efectos de la desheredación. Conductas como las descritas traspasan el umbral de la ética y de la moral, más aún, cuando se infligen por hijos o descendientes. Y la consecuencia jurídica, a modo de sanción civil, permite al testador privarles de la legítima. Pero el maltrato psicológico, como acción que ha lesionado la salud mental de la víctima, debe acreditarse para que se subsuma en la causa de desheredación del maltrato de obra (ex art. 853.2º CC).

La jurisprudencia menor, raíz de las citadas sentencias, así lo ha venido corroborando:

A nivel del Audiencias, la SAP Málaga (Sección 6ª), de 26 diciembre de 2014,[56] estima acreditado el abandono emocional y maltrato psicológico de la hija hacia el padre, por la evidente zozobra y pesar que le produjo su actitud y conducta, que lo echó de su casa. Conducta que la Sala califica de "menosprecio y de abandono familiar" evidenciada en los últimos años de vida del causante, en su decisión de denunciar los hechos, y en los actos posteriores, de acudir al Notario y desheredarla. También la SAP Sevilla (Sección 6ª) de 7 marzo 2019[57] estima la desheredación al tener "encaje en el maltrato psicológico, que una hija no tenga contacto alguno con su padre durante un período de casi treinta años", sin que la hija hubiese alegado ninguna causa para tal desafección. Consta acreditado que causo dolor, desasosiego y zozobra a su padre. Y la SAP Vizcaya (Sección 5ª) de 26 junio de 2020,[58] desestima la nulidad de las cláusulas de desheredación a tres hijos, invocando el maltrato psicológico, por quedar acreditado que la causa de la desheredación era cierta y estaba justificada, habida cuenta de que durante un tiempo prolongado, por lo menos un año, y que en las escasas ocasiones en que aparecía por el domicilio de su madre, lo hacía solo para comer y dejar la ropa para lavar. La Sala estima que hubo trato vejatorio, insultante y desconsiderado, y francamente atentatorio a la dignidad y sentimientos de una enferma terminal.

II.3.1. La STS 19 de abril 2023: aplicación estricta de la doctrina y matizaciones sobre el maltrato psicológico

La STS 19 de abril 2023 viene a confirmar la doctrina favorable iniciada en las SSTS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, respecto a que la falta de relación continuada, podría ser valorada como daño psicológico encuadrable

en el "maltrato de obra" a efectos de desheredación. Pero también confirma las matizaciones seguidas después sobre la aplicación estricta de dicha doctrina. Deja claro que "la falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado" (…); "la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante". (FJ 4º). [59]

En este caso, son hechos probados, que el testador (nacido en 1937), estuvo casado en primeras y únicas nupcias con la madre de sus dos hijos y de quien se separó por sentencia judicial (1989). En 2005, otorgó testamento notarial en el que expuso que "desde la fecha de su separación judicial, en la que fue maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra por sus citados hijos, no ha tenido relación alguna con éstos, sin que conozca sus domicilios y sin que haya tenido noticia alguna desde aquella fecha, demostrando de esta forma, su desinterés total por las circunstancias particulares del testador en cuanto concierne a su situación personal, de salud y/o económica". Con sustento en el art. 853.2. CC (maltrato de obra o injuria grave de palabra) deshereda a sus dos hijos e instituye heredera universal, a quien se refería como «su compañera». Acaecido el fallecimiento (2012), la hija desheredada (su hermano no) interpuso demanda en 2013 contra la mujer instituida heredera por su padre, solicitando que se declarase la inexistencia de la causa de desheredación alegada por él. El TS estima íntegramente la demanda, el recurso de apelación y el recurso de casación.

A raíz de este fallo, se alcanzan las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el testador desheredó a sus dos hijos, pero el hijo no hizo valer la acción para exigir sus derechos legitimarios. Y si bien, la legítima se configura en el Código Civil como una institución de derecho necesario que vincula al causante, el legitimario desheredado, una vez fallecido aquél tiene la facultad de impugnar la cláusula testamentaria para negar la veracidad de los hechos, en el plazo de cuatro años. Facultad a la que también puede renunciar. Por tanto y a pesar de que la legitimaria demandante (hija) se refiere también a su hermano, al no constar que actúa en su nombre ni que tenga legalmente atribuida su representación, el pronunciamiento solo puede afectar a los derechos de la demandante.

En segundo lugar, el testador debe expresar alguna de las causas que de manera tasada ha fijado el legislador en los arts. 852 y ss. CC y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (art. 850 CC). Criterio consolidado en la jurisprudencia,[60] y al que nuevamente alude el TS. Así, en este caso, negado por la legitimaria el maltrato y las injurias, correspondía la carga de probar su existencia y gravedad a la designada heredera ("compañera") —declarada en rebeldía en la instancia. La falta de prueba —como estimó la Audiencia— debe perjudicar a esta última. En este caso como subraya el TS "únicamente se dispone de la doble afirmación del testador relativa, de una parte,

al maltrato de obra e injurias graves recibidas de parte de sus hijos y, de otra, a la falta de relación con ellos", en este caso de 16 años.

En tercer lugar, en lo relativo al maltrato psicológico, ya definido en jurisprudencia anterior,[61] el TS se aparta de la sentencia recurrida y esto es lo impugnado por la recurrente en el recurso de casación:

La Audiencia consideró que la mención por el testador a la falta de relación familiar afectiva con la hija, admitida por ésta, puede ser valorada como manifestación de unos daños psicológicos constitutivos de maltrato de obra, y valora que el hecho de que el causante destacara especialmente esta circunstancia en su testamento da constancia de que en su ánimo tal falta absoluta de interés durante un período tan dilatado —que la hija no ha negado—, revestía una especial gravedad hasta el punto de ser voluntad manifestada en el testamento la de privar de su legítima a su hija. La sentencia consideraba, además, que dicha falta de relación es claramente imputable a la desheredada porque en la fecha de separación de sus padres era ya mayor de edad.

La STS 19 de abril de 2023, correctamente interpretada a nuestro juicio, no comparte el razonamiento de la sentencia recurrida y subraya que, "aun cuando tras la separación de sus progenitores y posterior salida del domicilio familiar del padre, que inició otra vida familiar, la demandante no hubiera intentado contactar con él, la falta de relación no permite afirmar, salvo en el *terreno especulativo*, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado, sobre lo que no existe prueba alguna. Prueba que incumbía a la designada heredera, que no se ha personado en el procedimiento, desconociéndose igualmente si el padre realizó algún intento de ponerse en contacto o conocer la situación de su hija". Por lo que la legitimaria demandante no puede quedar perjudicada. Recuerda, además, que una falta de relación continuada e imputable al desheredado puede ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. Remarcando que ello no supone configurar "por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante". El Supremo estima el recurso de casación y declara que no concurre causa de desheredación, por lo que procede anular la institución de heredera de la demandada en cuanto perjudique la legítima de la demandante.

II.3.2. Prueba irrefutable e imputabilidad al desheredado

La STS 19 de abril de 2023 viene a corroborar la nueva línea jurisprudencial más estricta a la hora de valorar la ausencia de relación continuada del legitimario y testador. Y lo hace, a mi juicio, de forma similar a la STS de 19 de febrero de 2019 anteriormente analizada, respecto a la falta de relación entre alimentante y alimentista. Si bien, como venimos manteniendo, no pueden trasladarse con el

mismo rigor iguales criterios interpretativos en ambas instituciones (alimentos/legítima). Son instituciones diferentes, con distinto fin y donde rigen, aspectos diversos a considerar. Ahora, en el orden sucesorio, se confirma que la ausencia de relación (abandono emocional y asistencial) al testador mayor por sus descendientes (desheredados), puede valorarse como causante de unos daños psicológicos. Entonces, vía interpretativa, podría tener encaje en el maltrato de obra.[62] Pero no se puede crear por esta misma vía el maltrato psicológico como una nueva causa autónoma de desheredación. De ahí la necesidad de que la apreciación de los requisitos sea rigurosa, ponderando las circunstancias concurrentes.

Así las cosas, la falta de relación que conlleva el abandono afectivo debe revestir entidad suficiente para poder considerar la conducta como maltrato psicológico subsumible en el maltrato de obra del artículo 853.2ª CC. Como ya se dicho, no de toda ausencia manifiesta de relación deriva maltrato psicológico. Debe acreditarse una conducta activa encaminada a evitar contactos o no llevar a cabo los cuidados necesarios respecto de su ascendiente.[63] Debiendo ser esa falta de relación continuada en el tiempo, que no se justifica, ni por duros reproches o ni enfrentamientos puntuales.[64] Desde luego, no se pueden equiparar hechos aislados de ausencia o desencuentros, a un maltrato psicológico; considerando además que esa falta de relación debe ser imputable de forma exclusiva al desheredado y ha de valorar o ponderar su origen.

En ocasiones, con propia justificación, esta falta de relación es imputable directamente al testador:

— Unas veces, por obedecer o tener su origen en conductas reprochables de agresión sexual, amenazas y abandono perpetradas por el testador en la persona de su hija (desheredada). Ante estas circunstancias, la SAP de A Coruña (Sección5ª), de 7 marzo de 2019, [65] considerando el sufrimiento que la hija debió sufrir, sostiene que el hecho ésta expresara el deseo de que muriera su padre o manifestara que no era su padre, impiden apreciar la gravedad de las ofensas. Tampoco el "animus iniuriandi" o deliberado propósito de agraviar. No se estima la existencia de maltrato psicológico o una conducta reiterada de menosprecio o abandono.

— Otras veces, ese distanciamiento afectivo y material ha sido impuesto por el propio testador. En estos casos, como acertadamente señala SAP A Coruña (Sección 4ª), de 16 mayo de 2019,[66] no tiene sentido reprochar a quienes han sido en realidad víctimas de la conducta agresiva y de menosprecio de su padre, el hecho de que no le hayan asistido durante los últimos años de su vida. Acoger esta tesis, añadiría al agravio que los actores sufrieron en su dignidad durante la convivencia, el de verse ahora privados, sin culpa y por puro despecho del testador, de sus derechos legitimarios.

— En otras, no puede imputarse de forma exclusiva al desheredado. Puede venir precedida de hechos previos que justifiquen la ausencia de relación. La SAP de Asturias (Sección6ª), de 30 noviembre de 2020, [67] da cuenta de un caso en que el primer acercamiento del testador a la hija, fue cuando ésta tenía veinte años. A pesar de la negativa de la actora a ser reconocida como hija extramatrimonial del causante, la Sala apunta que "no puede considerarse extraño que la ausencia paterna en la etapa crucial del desarrollo de la personalidad y en la que normalmente se crea el vínculo con los parientes más directos, haya representado luego un obstáculo difícil de superar condicionando la relación paterno filial".

En otras ocasiones el origen de la ausencia de relación obedece a una ruptura parental conflictiva, que acontece muchos años atrás y que alcanza no sólo a los hijos, sino también a los nietos. Al respecto son significativas dos sentencias:

— La STS 27 de junio de 2018, [68] estima la nulidad de la cláusula testamentaria porque la falta de relación no reviste entidad suficiente para alcanzar maltrato psicológico. En este caso, la heredera (viuda del testador) que no es la madre de la desheredada, solo alcanza a referir "la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales (Facebook). Para la Sala "se trata de un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredación queda desvirtuada por las alegaciones de la demandante relativa al posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación.". Tampoco puede apreciarse la falta de relación sea imputable a la hija (desheredada), pues el hecho de que esa ausencia se produce desde que era una niña de 9 años de edad "impide que dicha situación fuera imputable a ella".

En ocasiones, la voluntad del testador de desheredar a los nietos, tiene su origen en la previa ruptura parental conflictiva del hijo premuerto y por vinculación prospectiva, se extiende a los nietos. Como es sabido, los nietos ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos cuando su padre ha muerto, al no ser desheredados en el testamento. En caso de serlo, pueden impugnar la cláusula testamentaria que así lo disponga, con sustento en una justificada causa de falta de relación familiar o ausencia de vínculos familiares. Siendo altamente dudoso, que ello genere maltrato psicológico.

Más aún, cuando procede de una historia previa (divorcio conflictivo) que se remonta a tiempos atrás, cuando los nietos desheredados eran menores de edad:

La sentencia de 24 de mayo de 2022[69] alude a este supuesto y tras recordar la doctrina jurisprudencial establecida en sus sentencias de 3 de junio de 2014, de 30 de enero de 2015, y de 27 de junio de 2018, y analizar los hechos probados, incide en que, el distanciamiento familiar considerado por sí solo y sin más requisitos no puede ser considerado como tal. "Lo opuesto implicaría dejar en manos del causante la exigibilidad de la legítima, pudiendo privar de la misma a todo aquel con el que haya perdido la relación, independientemente del origen y de los motivos de dicha pérdida". En el presente caso, son a mi juicio relevantes, los hechos probados por la sentencia de apelación, confirmatoria de la del juzgado. Hechos que evidencian una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. En esa historia "es destacable que fuera la misma abuela quien, en 2004, tras la separación de los padres de las actoras, "desahuciara judicialmente a la madre y las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento". Hecho que no fue negado por la recurrente. La causante tras el fallecimiento de su hijo y padre de las actoras, otorgó un testamento notarial por el que las desheredaba, según manifestó, "por haberla maltratado de obra". En el testamento la causante hizo constar que, para el caso de que por cualquier motivo no se hiciera efectiva la desheredación de las nietas les legaba lo que por legítima estricta les correspondiera.

Acertadamente, el TS confirma de un lado, que no ha quedado acreditado ni el maltrato de obra alegado, ni un menoscabo psíquico como comportamiento que puede lesionar la salud mental de la víctima. Y sí queda acreditada la falta de relación. A mi juicio, sí es relevante considerar la historia previa que, en este caso, justifica, no solo el distanciamiento, sino que no fuera imputable a las nietas. Tampoco puede entenderse que haya generado en la causante un sufrimiento físico o psicológico subsumibles en la causa de desheredación del art. 853.2 CC.

A nivel de Audiencias, se valora si la falta de relación con los abuelos les ha procurado maltrato psicológico. Entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección3ª), de 10 marzo de 2015,[70] estima la procedencia de la causa de desheredación al quedar acreditado el maltrato psicológico que los abuelos padecieron por el comportamiento de sus nietos. En este caso, provocado por el distanciamiento de éstos y el desinterés que mostraron durante las enfermedades que, posteriormente les llevaron a la muerte. La Sala destaca el "absoluto desinterés, displicencia, desconsideración e indiferencia hacia sus abuelos". En cambio, la SAP Cádiz (Sección 2ª), de 31 octubre de 2018[71] no estima la desheredación con sustento en que la falta de relación familiar entre la causante y su nieta no justifica un maltrato psicológico. En tanto que, cuando se otorgó el testamento la nieta (actora) era menor de edad (11años) y tampoco consta que la abuela hiciera ningún intento para iniciar o recuperar la relación. Lo que nos recuerda a lo dicho en la STS de 19 de febrero de 2019, sobre la "falta de habilidades" del alimentante respecto a la falta de relación con el alimentista.

Llegados a este punto, puede deducirse nuevamente la dificultad probatoria de la falta de relación con el causante, su imputabilidad exclusiva al legitimario, y la prueba del maltrato psicológico.[72] Y como se ha dicho, es el heredero y no el desheredado quien debe acreditarla. A estos efectos, resultaría oportuno por su relevancia, que el testador complementara el testamento con pruebas documentales o audiovisuales —audios, WhatsApp, correos electrónicos— que evidencien la justa causa de la desheredación. Y para el caso de existir sentencia penal condenatoria, por haber incurrido el heredero en algunas de las causas de desheredación, no cabe duda, que sería determinante para estimar justa la causa de desheredación. También, la testifical de terceros, cuando de forma patente acrediten que no existía relación alguna entre el causante y sus hijos. [73]

A propósito de la prueba que recae sobre el heredero, cabe traer a colación el citado Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil de Cataluña, que prevé la inversión de la carga de la prueba de forma excepcional. [74] De acuerdo al vigente art. 451.20 CCCat, corresponde al heredero. Como apunta la Exposición de Motivos, «en la práctica, se había puesto de manifiesto que a quien tiene el título hereditario le es muy difícil demostrar la ausencia de relación familiar, exclusivamente imputable a la persona legitimaria, que justifica la desheredación». Por tanto, cuando el testador alega en el testamento como causa de desheredación la falta de relación y que es imputable al desheredado, será éste quien deba acreditar que no hubo abandono emocional o que, de haberlo, no le fue imputable exclusivamente a él. Previsión normativa que no comparto pues es fácilmente entendible que el nombrado heredero estará en mejor posición para acreditar en su caso, la efectiva ausencia de relación y que no es imputable al testador/finado. Otra cosa será que le convenga hacerlo, cuando como es sabido, tal disposición testamentaria puede no corresponder con la voluntad real del causante, que ha

podido ser inducida (influencia indebida) por el declarado heredero. Así lo pone de relieve doctrina[75] y entre otras, la SAP de Islas Baleares de 20 diciembre de 2016.[76] Esta sentencia, da cuenta de esta situación refiriendo expresamente que el padecimiento de enfermedad de la causante afectaba claramente a sus facultades intelectivas y volitivas, lo que destruye la presunción de capacidad. Y subraya que "la voluntad así expresada bien pudo ser consecuencia no de una voluntad real que requieren capacidad de juicio y pensamiento y saber las implicaciones que va a tener, sino de dejarse influenciar inconscientemente por otras personas de su entorno familiar".

III. CONCLUSIONES REFLEXIVAS Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En el momento actual es difícil extinguir la obligación de alimentos a un hijo mayor de edad y privar de la legítima a hijos y descendientes. Especialmente cuando la causa es la ausencia manifiesta y continuada de relación entre alimentista/alimentante o testador/legitimario. En el núcleo del debate está el "maltrato de obra" (ex art. 853.2 CC) en su modalidad de "maltrato psicológico" derivado de la mala o nula relación. Precepto que conecta los arts. 93.2 CC y 153.4. CC en sede de alimentos a hijos mayores de edad y con el art. 813 CC y concordantes, en el orden sucesorio. Supuestos imbricados que convergen en la quiebran del principio de solidaridad familiar e intergeneracional como proceso relacional de carácter bidireccional. Pero que afectan a dos instituciones de distinta naturaleza (alimentos y legítima) orientados a distintos objetivos.

La interpretación del art. 853.2 CC, flexible y extensible hace casi una década, ha evolucionado para ser de aplicación estricta y rigurosa en la actualidad, trasladándose en idénticos términos a la extinción de alimentos y a la supresión de la legítima. No toda ausencia de relación puede hacer presumir el maltrato psicológico, ni éste, por vía interpretativa, convertirse en una causa autónoma de desheredación. En ambas instituciones protectoras de la unidad familiar (alimentos y legítima), el intérprete exige acertadamente a mi juicio, rigor en la prueba del daño psicológico, conocer el origen o causa de la falta de relación y que sea ésta sea imputable al alimentista o al legitimario, de forma exclusiva y excluyente.

La dificultad de acreditar tales extremos en sede probatoria es palmaria, pero necesaria. Carga de la prueba que debe seguir a cargo, tanto del alimentante que postula la extinción de alimentos al hijo mayor de edad, como al heredero —en caso de impugnación del testamento— por estar ambos en mejor posición para justificar y acreditar el daño psicológico derivado de la falta de relación. Daño que, como se ha dicho, no puede presumirse, salvo en el terreno especulativo. Aunque en el primer caso, estaríamos, lógicamente, ante una presunción *iuris tantum*, pero en el segundo, me atrevería a decir, que el abandono y falta de relación con el testador progenitor mayor, (dependiente y vulnerable), admitiría una presunción *iuris et de iure* del daño. Por lo que los criterios que deben regir en una y otra no pueden ser los mismos. En el pleno convencimiento de que el presunto daño o sufrimiento psicológico por falta de relación infligido por el alimentista al alimentante (generalmente de mediana edad) no es equiparable al que puede infligir el legitimario al testador, cuando le desatiende, abandona física o emocionalmente, e incluso abusa económicamente de él, aprovechando su fragilidad.

La necesidad de revisión y adaptación de los criterios legales y jurisprudenciales seguidos hasta el momento exige adecuarlos a la realidad social (ex art. 3.1 CC). Como propuesta de *lege ferenda* sería útil incluir una causa autónoma de extinción de la pensión alimenticia (ex art. 152 CC): ausencia manifiesta e injustificada de relación con el alimentante que sea imputable de forma exclusiva y excluyente al alimentista. Y dentro de las causas de desheredación, sin comprometer el sistema de legítimas implantado, dar nueva redacción al art. 853.2 CC en el sentido añadir, junto al maltrato de obra, "el abandono emocional, asistencial y abuso económico por influencia indebida del legitimario". No parece oportuno, incluir el maltrato psicológico como causa autónoma de extinción de alimentos, o justa causa de desheredación. Concepto jurídico indeterminado, que puede llegar a ser muy elástico, de difícil prueba, albergar intentos de manipulación de la realidad, generando pruebas *ad hoc*, y dar cabida a interpretaciones diversas que generarían inseguridad jurídica.

IV. BIBLIOGRAFIA

ADAM A. y VERDÍ, F.: "Valoración médico legal del maltrato físico sobre el anciano en el contexto intrafamiliar". *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*. Nº 11. Julio-Septiembre, 2014, pp.12-20.

ARAQUE GARCÍA, A., "Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada". Nº. Extra 17, 2, 2022. (Ejemplar dedicado a las nuevas fronteras del Derecho de familia), *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17 bis, año 2022, pp. 2510-2533.

ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?, *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, nº 2, 2015, pp. 1-32.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.:

— "La desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 682, 2004, pp. 473-520

— «Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 289-302.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año nº 96, núm. 777, 2020, pp. 479-529.

BLUM, B., GÓMEZ DURÁN, E. y RICHARDS, D. "Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad". *Revista Española de Medicina Legal*. Vol. 39, núm. 2, Abril-junio 2013, pp. 63-69.

BRANDL, B. Y HORAN, (2002). Domestic Violence in Later Life: An Overview for Health Care Providers. Women & Health. Vol.35. Nº. 2/3. pp. 41-54

CABEZUELO ARENAS, A.I.:

— *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art.853.2CC): análisis crítico y propuesta de reforma.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— "Desheredación por maltrato psíquico. Litigio promovido contra un hijo que empleó dolo para que la madre consintiera donar todos sus bienes": Comentario de la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639) *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 37, 2015, pp. 401-415.

CAÑIZARES LASO, A.: «Legítimas y libertad de testar», en AA.VV. *Estudios de Derecho de sucesiones*. 'Liber Amicorum' Teodora F. Torres García (Dirs. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M. P.) Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 245-269.

CARRAU CARBONELL, J.Mª.: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica». *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 2, abril-junio 2015, pp. 249-256.

DE LA IGLESIA MONJE M.I.: "La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2998.

DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: La rigidez de la legítima en pleno siglo XXI. *Aranzadi Doctrinal*. Estudios. BIB\2022\934

DE BARÓN ARNICHES, P.: "Libertad de testar y desheredación en los derechos civiles españoles", *Indret,* Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2016, núm. 4, pp. 1-57.

GARCÍA GOLDAR, M.: "La nueva doctrina de Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?". *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 786, 2021, pp. 2482-2516.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término "maltrato"», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, 2015, pp. 277-288.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, pp. 2603-2624.

INFANTE RUIZ, F. J., «Indignidad sucesoria y desheredación: una visión actual», en AA.VV. *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones,* (Dir. GARCÍA MAYO, M.), Wolters Kluwer, 2020.

LÓPEZ AZCONA, Mª A.: "Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código civil". *Revista general de legislación y jurisprudencia,* nº. 2, 2018, pp. 185-235.

MAGRO SERVET, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, núm. 9466, 2019.

MÉNDEZ TOJO, R.: Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero. *Actualidad civil*, Nº 6, 2019

ORDUÑA MORENO, J.: Vídeo-comentario a la STS 267/2019, de 13 mayo (JUR 2019,178427). Desheredación por maltrato psicológico. *Aranzadi digital* num. 1/2020.

QUESADA PÁEZ, A. "Legítimas y desheredación". *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 3/2015. BIB\2015\559

PARRA LUCÁN, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 13, 2009, pp. 481-554.

PÉREZ ROJO, G. y CHULIÁN, A.: "Marco conceptual de los malos tratos hacia las personas mayores". *Sociedad y Utopía. Rev. de Ciencias Sociales*. Nº 41, 2013, pp.127-167.

RAMS ALBESA, J. "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 723, 2011, pp. 211-296

RIBERA BLANES, B.:

— "Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación", en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, año 2022, pp. 2460-2550.

— "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos". *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Nº 13, agosto 2020, pp. 482-529.

RAMOS CORDERO, P. "Problemas éticos en la atención a los Síndromes" En AA. VV. *Bioética y ancianidad en una sociedad de cambio* (Ed. De la Torre Díaz, J.) Servicio de Biblioteca. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2015.

ROCA I TRIAS, "Una reflexión sobre la libertad de testar", en VV.AA. *Estudios de derecho de sucesiones,* Liber Amicorum Teodora F. Torres García. (Dirs. DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1246-1266.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: "Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995), en *Protección civil y penal de los menores y personas mayores vulnerables en España*. (Dirs. COBACHO GÓMEZ, J.A y LEGAZ CERVANTES, F. Coords. ANDREU MARTINEZ, Mª B y LECIÑENA IBARRA, A.) Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2018, pp. 941-972.

SILLERO CROVETTO, B.: «Desheredados en tiempos de pandemia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 785, 2021, pp. 1781-1814.

SILVESTRE ESCUDERO,: "La indiferencia y la falta de relación familiar no pueden ser causa autónoma de desheredación por no considerarse maltrato psicológico. Sentencia del TS núm. 419/2022 de 24 mayo (RJ 2022, 2747). *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2022. BIB\2022\3121

SIRLIN, M. C.: "Violencia, maltrato y abuso en la vejez: Una realidad oculta, una cuestión de derechos." *Comentarios de Seguridad Social* Nº 20, Julio-Septiembre 2008

TABUEÑA LAFARGA, M. (2004). Maltrato de ancianos: un problema social y de salud. *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, Nº. 65. pp. 33-50.

VAQUER ALOY, A.: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 1067-1095.

V. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA.

Tribunal Supremo:

- STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/1169)
- STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2562)
- STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900).
- STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639)
- STS de 7 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:857)
- STS 27 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2492)
- STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019/497)
- STS de 13 mayo de 2019 (RJ 2019\2212).
- STS de 25 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2917)
- STS de 24 mayo de 2022 (RJ 2022/2747)
- STS 19 de abril de 2023 (RJ 2023/2216)

STSJC y Audiencias:

- STSJC de 14 de enero de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:441)
- SAP Málaga (Sección 6ª) de 26 diciembre 2014. (JUR 2015\194097)
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), de 10 marzo de 2015. AC 2015\554.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), de 20 diciembre de 2016. AC 2016\2147.
- SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017, núm. 147/2017
- SAP de Barcelona, (Sección 18ª) de 29 de junio de 2017, núm. 602/2017
- SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de mayo de 2018. ECLI:ES: APMA:2018:2117
- SAP Cádiz (Sección2ª), de 31 octubre de 2018 (JUR 2019\25569)
- SAP Sevilla (Sección 6ª) de 7 marzo de 2019 (JUR 2019\177885).
- SAP A Coruña (Sección 5ª), de 7 marzo de 2019 (JUR 2019\106448)
- SAP A Coruña (Sección 4ª), de 16 mayo de 2019 (JUR 2020\16648)
- SAP de Burgos de 6 septiembre 2019. Núm. de Sentencia 00274/2019
- SAP Toledo (Sección2ª), de 19 febrero de 2020 (JUR 2020\111210)
- SAP Vizcaya (Sección5ª), 26 junio de 2020. JUR 2021\76604
- SAP de Navarra (Sección 3ª), de 27 de octubre de 2020. ECLI: ES:APNA:2020:902
- SAP Asturias (Sección 6ª), de 30 noviembre de 2020 (JUR 2021\40226)
- SAP de León de 18 de diciembre 2020. Núm. de Sentencia.: 365/2020
- SAP Salamanca (Sección1ª), de 18 febrero de 2021 (JUR 2021\129827)
- SAP Valencia (Sección8ª), de 20 julio de 2021 (JUR 2022\32923)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 17 de marzo de 2022, ECLI: ES:APTF:2022:297
- SAP Madrid (Sección13ª), de 22 septiembre de 2022 (JUR 2022\339514).
- SAP de Salamanca de 1 de enero de 2023, ECLI:ES:APSA:2023:28
- SAP Toledo (Sección 1ª) 18 enero 2023 (ECLI:ES:APTO:2023:55).

NOTAS

[1] Este estudio se realiza en ejecución del Proyecto I+D+i "Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. IP: Natividad Goñi Urriza. Y en el marco del Grupo de Investigación "Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil" (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES Y CEIA3. IP: Pérez Vallejo, Ana Mª.

[2] Las referencias a la utilización del masculino genérico que se realizan en este trabajo aluden a los dos géneros, femenino y masculino. Obedece a un criterio de economía del lenguaje al objeto de una lectura más fluida, sin ninguna connotación discriminatoria. Las personas destinatarias de las normas jurídicas e investigaciones citadas son mujeres y hombres, madres y padres, hijos e hijas.

[3] Principio de solidaridad familiar al que reiteradamente se alude desde las SSTS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/1169) y de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2562).

[4] Véase sobre estos antecedentes, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 682, 2004, p. 478. GARCÍA GOLDAR, M.: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 786, 2021, pp. 2482-2516, p. 2483.

[5] En cualquier caso, como recalca la citada STS de 7 marzo de 2017, con el art. 93.2 CC se daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que aún, siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores. STS núm. 156/2017 de 7 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:857).

[6] El 237-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, el cual prevé, como el Código Civil, que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación.

[7] Ente otras, SAP de Barcelona de 29 de junio de 2017. En este caso, aunque el padre "persiguió de forma exacerbada obtener información sobre la salud y los estudios de sus hijos, no supo encontrar la vía para facilitar un reencuentro". "La machacona insistencia de los correos y mensajes del padre ha sido contraproducente". Y el resultado de la testifical, practicada al hermano del actor y a la abuela, no fue suficientemente acreditativa". Entiende la Sala que la negativa de los hijos a relacionarse con el padre no es un comportamiento reprochable, pues tal negativa puede responder a diversas causas, entre ellas las secuelas psicológicas y emotivas que la ruptura de la pareja causó, sin duda, cuando eran menores. Subraya la Sala que, aunque los hijos, son formalmente adultos (23 y 19 años) no son, todavía, lo suficiente maduros, por la historia que arrastran, para poder imputarles un comportamiento reprochable". SAP de Barcelona, (Sección 18ª) de 29 de junio de 2017, núm. 602/2017.

[8] STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019/497).

[9] Un amplio comentario de esta sentencia, BERROCAL LANZAROT, A.I. "La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año nº 96, núm. 777, 2020, pp. 479-529. MÉNDEZ TOJO, R.: Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero. *Actualidad civil*, Nº 6, 2019. RIBERA BLANES, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos". Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nº 13, agosto 2020, pp. 482-529.

[10] STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/3900).

[11] STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639).

[12] CABEZUELO ARENAS, A.L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del

progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 49/2019. BIB\2019\680. DE LA IGLESIA MONJE M.I.: "La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 2019, p. 2992. RIBERA BLANES, B.: "La falta de relación afectiva entre padres e hijos mayores de edad como causa de extinción de la pensión de alimentos". *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Nº 13, agosto 2020, p. 514.

[13] STS 19 de abril de 2023. Roj: STS 1676:2023. Ecli: ES:TS:2023:1676

[14] En el FJ 4º subraya la Sentencia que "No se comparte, por lo ya expuesto, que se afirme "abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de ésta".

[15] SAP de Navarra (Sección 3ª), de 27 de octubre de 2020. ECLI: ES:APNA:2020:902

[16] SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 17 de marzo de 2022, ECLI: ES:APTF:2022:297

[17] SAP de Salamanca de 1 de enero de 2023 (Roj: SAP SA 28/2023 – ECLI:ES:APSA:2023:28)

[18] Alude también a ello, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 95, núm. 775, 2019, p. 2605.

[19] En este caso, se trata de dos hijos, (25 y 19 años) que, siendo menores al tiempo de la ruptura, el padre había pedido reiteradamente y sin éxito ejecución de la sentencia de divorcio, incluso con intervención de los servicios sociales, para que se respetaran las visitas con sus hijos; tras la mayoría de edad, se detecta que son los hijos los que rechazan todo contacto con su padre. SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017 (s. 147/2017).

[20] En este caso, como en tantos otros, "El distanciamiento entre padre e hijo viene de tiempo atrás dada la mala relación existente entre los progenitores y la excesiva judicialización que éstos han mantenido por cuestiones que afectaban a los hijos y a los que han hecho partícipes, tanto en el orden personal por desacuerdos en decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad, visitas y comunicaciones, como en el económico". De ahí que la sentencia de instancia, considera que aunque ello no justifica por sí la negativa del hijo a relacionarse con el padre, no puede considerarse que quepa imputarla de modo relevante y principal al hijo. Por lo que no declara extinguida la pensión.

[21] SAP Toledo (Sección 1ª) 18 enero 2023 (ECLI:ES:APTO:2023:55).

[22] La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia reconoció a los menores que viven en entornos de violencia de género como víctimas directas.

[23] Dice Cabezuelo, que «De lege ferenda debería adoptarse en nuestro Código una solución que permitiera a los hijos desheredar a sus propios padres, si fueran éstos los que suscitaran, por su propia intransigencia, una escisión, sembrando cizaña en la familia» CABEZUELO ARENAS, *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art.853.2CC).* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.112.

[24] Cuando el progenitor alimentante ha dejado de abonar la pensión alimenticia, es un dato a valorar para que no pueda entenderse que la causa de la falta de relación es exclusiva del hijo mayor alimentante. En este sentido véase la STSJC de 14 de enero de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:441),

[25] Falta de habilidades a modo de "tirón de orejas", como pone de relieve RIBERA BLANES, B.: "La falta de relación afectiva …", cit. p.521.

[26] SAP de Burgos de 6 septiembre 2019. Núm. de Sentencia 00274/2019

[27] SAP de León de 18 de diciembre 2020. Núm. de Sentencia.: 365/2020

[28] SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de mayo de 2018. Roj: 2117/2018.ECLI:ES:APMA:2018:2117.

[29] RAMS ALBESA, J. "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 723, p. 217.

[30] Como bien dice DE LA IGLESIA, hace unos años era impensable que hubiera un desapego intergeneracional, o que los ancianos viviesen (y muriesen) en soledad sin contacto familiar. DE LA IGLESIA MONJE M.I.: "La nula atención de los hijos …", cit. p. 2988.

[31] SIRLIN, M. C.: "Violencia, maltrato y abuso en la vejez: Una realidad oculta, una cuestión de derechos." *Comentarios de Seguridad Social* Nº 20, Julio-Septiembre 2008, p. 47.

[32] Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018) "Maltrato de las personas mayores". Disponible: http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse (Último acceso 20.07.2023)

[33] ADAM A. y VERDÍ, F.: "Valoración médico legal del maltrato físico sobre el anciano en el contexto intrafamiliar". *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses* Nº 11. Julio-Septiembre, 2014, p. 14.

[34] La «influencia indebida» es un concepto jurídico que hace referencia a la dinámica existente en una relación de confianza en la que una parte dominante aprovecha su influencia o posición de poder sobre la parte más débil, a menudo con fines económicos. Vid. BLUM, B., GÓMEZ DURÁN, E. y RICHARDS, D. "Abuso financiero e influencia indebida de las personas de avanzada edad". *Revista Española de Medicina Legal*. Vol. 39, núm. 2, Abril-junio 2013. Como apuntan los autores la influencia indebida pueden ocurrir incluso cuando la víctima no tiene problemas cognitivos. Recurso en línea: http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-articulo-abuso-financiero-e-influencia-indebida-90204571 (Fecha de consulta 12.07.2023).

[35] Vid. RAMS ALBESA, J. "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (…) Ob. cit., p. 267.

[36] RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: "Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995), en *Protección civil y penal de los menores y personas mayores vulnerables en España*. (Dirs. COBACHO GÓMEZ, J.A y LEGAZ CERVANTES, F. Coords. ANDREU MARTINEZ, Mª B y LECIÑENA IBARRA, A.) Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2018, pp. 948 y ss.

[37] PÉREZ ROJO, G. y CHULIÁN, A.: "Marco conceptual de los malos tratos hacia las personas mayores". *Sociedad y Utopía. Rev. de Ciencias Sociales*. Nº 41, 2013, pp.127-167.

[38] PARRA LUCÁN, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 13, 2009, pp. 500 y 537. En igual sentido, CAÑIZARES LASO, A. «Legítimas y libertad de testar», en AAVV *Estudios de Derecho de sucesiones*. 'Liber Amicorum' Teodora F. Torres García, (Dirs. DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 262.

[39] QUESADA PÁEZ, A. "Legítimas y desheredación". *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 3/2015. BIB\2015\559. DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: La rigidez de la legítima en pleno siglo XXI. *Aranzadi Doctrinal*. Estudios. BIB\2022\934.

[40] Las causas de indignidad se modificaron por la ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Tras la reforma, el artículo 756.1º CC señala que "son incapaces de suceder por causa de indignidad el que el que fuera condenado a pena grave (…) por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar, al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes". Dice el Preámbulo de la Ley que tal modificación se justifica "por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y al desarrollo legislativo en el ámbito penal". Se introduce la violencia psíquica como causa de indignidad, pero requiere que ésta se haya ejercido habitualmente y haya dado lugar a una sentencia penal condenatoria. Y tras la Ley 8/2021, el ordinal 7.º "Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil". Por su parte, VAQUER ALOY, A.: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria». *Anuario de Derecho Civil.* E. LXXIII, fasc. III, 2020, p. 1086 ss., propone una nueva causa de indignidad sucesoria que alcance los abusos físicos, psicológicos y económicos a personas vulnerables.

[41] GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, pp. 2613-2614. Araque, considera como término medio que acertado ampliar las causas de desheredación ARAQUE GARCÍA, A., "Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada". Nº. Extra 17, 2, 2022. (Ejemplar dedicado a las nuevas fronteras del Derecho de familia), pp. Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 17 bis, año 2022, p. 253. En contra, Arroyo y Farnós, para quienes la liberalización de las causas de desheredación, dando paso a cláusulas abiertas y más flexibles, no solo incrementa la litigiosidad, sino que tampoco se traduce necesariamente en resultados más equitativos. ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?, *InDret,* 2015, p. 4.

[42] Para Roca "la sucesión tradicional deja de tener sentido, al impedir que el causante distribuya sus bienes como estime conveniente: ROCA I TRIAS, "Una reflexión sobre la libertad de testar", en VV.AA. *Estudios de derecho de sucesiones,* Liber Amicorum Teodora F. Torres García. (Dirs. DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1266. Para PARRA la legítima enlaza con la convicción de que realmente es razonable y justo garantizar a los hijos el derecho a recibir una parte del patrimonio de sus padres, y por ello el ordenamiento debe garantizar tal derecho. Estos argumentos merecen respeto aun cuando no se compartan. Tienen un apoyo histórico, que ahora se trata de desprestigiar con invocación de la nueva realidad social y del cambio de los tiempos, PARRA LUCÁN, Mª A.: «Legítimas, libertad de testar …" cit., p. 537. O como dice CARRAU, no estamos muy lejos de que llegue el momento de someter este tipo de sucesión a una revisión en profundidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico CARRAU CARBONELL, J.Mª.: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 2, abril-junio 2015, p.250. en parecido sentido, LÓPEZ AZCONA, Mª A.: «Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código civil», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº. 2, 2018, p. 185 y ss.

[43] MAGRO SERVET, V.: "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", Diario La Ley, La Ley, 2019. CAÑIZARES LASO, A.: «Legítimas y libertad de testar», cit. p. 267.

[44] El art. 806 CC define la legítima como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. Y en el ejercicio de su autonomía de voluntad, el testador puede disponer libremente de la forma en que quiere que se atribuya a sus legitimarios su legítima. Puede determinar que sea a título de institución hereditaria, como legado, como atribución particular o donación. En el CCCat. la voluntad del testador tiene un peso más fuerte que en Derecho Común, y la legítima corresponde al 25% del caudal hereditario (1/4 frente a los 2/3 establecidos como legítima para los descendientes en el CC).

[45] STS de 25 de septiembre de 2019, sentencia núm. 492/2019, recurso núm. 378/2017, CENDOJ – ECLI:ES:TS:2019:2917.

[46] Precursor de esta postura fue BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "La desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, 2004, pp. 473-520.

[47] Vid. STS 59/2015 de 30 de enero. Ponente: F.J. Orduña Moreno

[48] Vid. STS 258/2014 de 3 de junio. (RJ 2014, 3900) Ponente: F.J. Orduña Moreno

[49] Un amplio comentario puede verse en GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: "Desheredación por maltrato psicológico: sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/ 3900)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 97, enero-abril 2015, especialmente, pp. 282 y ss.

[50] STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 59/2015 de 30 enero (RJ 2015\639). Un amplio comentario en CABEZUELO ARENAS, A.L. "Desheredación por maltrato psíquico. Litigio promovido contra un hijo que empleó dolo para que la madre consintiera donar

todos sus bienes". Comentario de la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015,639) *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 37, 2015, pp. 401-415.

[51] TABUEÑA LAFARGA, M. (2004). Maltrato de ancianos: un problema social y de salud. *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, Nº. 65. pp. 33-50.

[52] Vid. BRANDL, B. Y HORAN, (2002). Domestic Violence in Later Life: An Overview for Health Care Providers. *Women & Health.* Vol.35. Nº. 2/3. pp. 41-54.

[53] La STS 833/2013 de 15 de octubre, consideró constitutivo de estafa el supuesto en el que la acusada y su hija aprovecharon la situación de deterioro que padecía su pariente, anciana y senil, y la engañaron para proporcionarse un poder notarial y una autorización para disponer de sus cuentas, con el fin de apropiarse de su relevante patrimonio.

[54] BLUM, B., GÓMEZ DURÁN, E. y RICHARDS, D. "Abuso financiero e influencia indebida … ", cit., pp. 63 y ss.

[55] Aspecto que pone en valor CARRAU CARBONELL, J.Mª.: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 2, abril-junio 2015, p. 251

[56] SAP Málaga (Sección6ª), sentencia núm. 909/2014 de 26 diciembre. JUR 2015\194097.

[57] SAP Sevilla (Sección6ª), sentencia núm. 92/2019 de 7 marzo. JUR 2019\177885.

[58] SAP Vizcaya (Sección5ª), sentencia núm. 167/2020 de 26 junio. JUR 2021\76604.

[59] SSTS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 556/2023 de 19 abril (RJ 2023\2216).

[60] STS 27 de junio de 2018., ECLI:ES:TS:2018:2492).

[61] La STS de 13 de mayo de 2019, define de maltrato psicológico como "la injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión en la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el "maltrato de obra". En el caso de autos estima su existencia como causa de desheredación que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC, al quedar acreditado el menosprecio y abandono contra su madre, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma. Subraya la Sala la falta de reconciliación con uno de sus hijos, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia. Tampoco estima la existencia de un anexo en un depósito bancario indicando la testadora que quiere que sea repartido a partes iguales entre sus hijos carece de trascendencia mortis causa, pues falta constancia de dicho anexo en los archivos de la entidad bancaria. STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 267/2019 de 13 mayo. RJ 2019\2212. Véase, ORDUÑA MORENO, J.: Vídeo-comentario a la STS 267/2019, de 13 mayo (JUR 2019,178427). Desheredación por maltrato psicológico. *Aranzadi digital* num. 1/2020.

[62] Barceló, critica que la ausencia de relación familiar solamente de lugar a la desheredación si desemboca en un maltrato psicológico por no dar cuenta de la realidad social. BARCELÓ DOMÉNECH, «Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, febrero 2016, p. 301.

[63] En este caso, no procede la causa de desheredación alegada por el testador al afirmar que la actitud de su hija no responde a un simple abandono emocional, sino que en los últimos años, ha venido consistiendo un maltrato psíquico y reiterado, con una conducta de menosprecio y abandono familiar que se intensificó hasta un punto intolerable. La Sala afirma que no puede imputarse a la demandante hoy apelada una conducta activa encaminada a evitar contactos o no llevar a cabo los cuidados necesarios respecto de su progenitor paterno ni, en consecuencia, que haya incurrido en maltrato psicológico hacia su figura paterna. SAP Madrid (Sección13ª), sentencia núm. 324/2022 de 22 septiembre. JUR 2022\339514.

[64] En este sentido, la SAP Salamanca (Sección1ª), sentencia núm. 120/2021 de 18 febrero. JUR 2021\129827, no aprecia maltrato psicológico por puntuales desencuentros y declara la nulidad de la cláusula de desheredación, salvando la legítima de la demandante como heredera forzosa de su madre. La SAP Valencia (Sección8ª), sentencia núm. 317/2021 de 20 julio. JUR 2022\32923, tampoco estima la existencia de maltrato psicológico ante la mala relación de la demandante con su familia, con fuertes discusiones y desencuentros con su hermana

y sus padres (causantes), por lo que estima procedente el derecho a la legítima al tratarse de episodios aislados de fuertes enfrentamientos en el ámbito familiar.

[65] SAP A Coruña (Sección5ª), sentencia núm. 99/2019 de 7 marzo. JUR 2019\106448.

[66] SAP A Coruña (Sección4ª), sentencia núm. 194/2019 de 16 mayo. JUR 2020\16648

[67] SAP Asturias (Sección6ª), sentencia núm. 412/2020 de 30 noviembre. JUR 2021\40226.

[68] En este caso, tras la muerte del testador, la hija desheredada interpone demanda ejercitando acción de nulidad de la cláusula testamentaria a través de la cual es desheredada y de las atribuciones realizadas a favor de la mujer viuda y su hijo en cuanto perjudiquen la legítima de la parte actora. Son relevantes algunos datos que acaecen con anterioridad al otorgamiento del último testamento: por un lado, en la carta de últimas voluntades redactada por el causante el día 16 de agosto de 2012, éste reconoce estar feliz por haberse reconciliado con su hija; y, por otro lado, días más tarde, el 22 de agosto de 2012, redacta un testamento en el que prevé la desheredación absoluta de su hija, argumentado que desde los nueve años de edad tomó la decisión de poner fin a la relación familiar entre ambos, sin dar explicación alguna de tal decisión a su padre, quien afirma haber enviado cartas a la desheredada sin respuesta. (STS núm. 401/2018, de 27 de junio).

[69] STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2022. ECLI:ES:TS:2022:2068. Véase un comentario en SILVESTRE ESCUDERO: "La indiferencia y la falta de relación familiar no pueden ser causa autónoma de desheredación por no considerarse maltrato psicológico". Sentencia del TS núm. 419/2022 de 24 mayo (RJ 2022,2747). *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2022. BIB\2022\3121.

[70] SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección3ª), sentencia núm. 66/2015 de 10 marzo. AC 2015\554.

[71] SAP Cádiz (Sección2ª), sentencia núm. 308/2018 de 31 octubre. JUR 2019\25569.

[72] En sentido parecido, entre otros, CARRAU CARBONELL, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol II, 2, abril-junio 2015, pp.249-256; SILLERO CROVETTO, B.: «Desheredados en tiempos de pandemia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785, 2021, p. 1802 ss. Cuestiona la autora si en la nueva realidad social, cada vez más frecuente, la de los mayores dependientes que son ignorados literalmente por sus familias, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario es causa de desheredación. GARCÍA GORDAR, M.: «La nueva doctrina de Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 786, 2021, p.2492.

[73] SAP Toledo (Sección2ª), sentencia núm. 35/2020 de 19 febrero. JUR 2020\111210. Se estima la causa de desheredación y la validez del testimonio de los testigos que admitieron de forma patente que no existía relación alguna entre la causante de la herencia y su hija, así como afectividad entre ambas. Situación que la Sala considera maltrato psicológico; a lo que se suman procedimientos judiciales existentes entre las partes y abandono de la hija hacia su madre que dejan patente la concurrencia de una situación psicológica y emocional severa para la causante que estuvo provocada por la conducta desplegada por la desheredada.

[74] *Disponible en https://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/avlleimodificacio-ccc/.*

[75] Por todos, GARCÍA GOLDAR, M.: "La nueva doctrina (…)"p. 2498, cuando señala que «podría ocurrir que la privación de un legitimario de su derecho a herencia no se correspondiese con la voluntad real del causante".

[76] SAP de Islas Baleares (Sección5ª), sentencia núm. 378/2016 de 20 diciembre. AC 2016\2147. En este caso se aprecia maltrato psicológico al existir abandono, desafecto y desatención por parte del actor (hijo) hacia su madre hasta su fallecimiento.

1.5. Obligaciones y contratos

Acción de indemnización de daños y perjuicios frente al poseedor en precario de un inmueble*

Action for damages against the possessor in precarious of a real estate property

por

ANA MIRANDA ANGUITA

Contratada Predoctoral FPU adscrita al Departamento de Derecho Público y Económico (Área de Derecho Mercantil) de la Universidad de Córdoba

RESUMEN: Este trabajo aborda la posibilidad de solicitar ante los tribunales de justicia, por parte de los legítimos poseedores de un inmueble, una indemnización en concepto de daños y perjuicios frente a quien ocupa en precario dicho inmueble por todo el tiempo transcurrido sin haber podido disfrutar de él. Para ello, trata de encontrar respuesta a las siguientes preguntas: 1) ¿Es posible interponer la referida acción y cuál sería su fundamento jurídico? 2) ¿Qué conceptos serían indemnizables y cómo habría de cuantificarse la indemnización? 3) ¿Cuáles son las principales notas que caracterizan a esta acción desde el punto de vista procesal? 4) ¿Es factible acumular en un mismo procedimiento la acción indemnizatoria y la acción de desahucio por precario que, a juicio de la autora, es la más idónea para recuperar la posesión del inmueble? Analizadas estas cuestiones, el trabajo finaliza con la formulación de un conjunto de conclusiones sobre la materia.

ABSTRACT: This paper analyzes the possibility of the legitimate possessors of a property claiming damages in court of justice against the person occupying the property for the time that has elapsed without having been able to enjoy it. To this end, it attempts to find answers to the following questions: 1) Is it possible to bring such an action and what would its legal basis be? 2) What concepts would be eligible for compensation and how would the compensation be quantified? 3) What are the main features that characterize this action from a procedural point of view? 4) Is it feasible to combine in the same procedure the action for compensation and the action for eviction for precariousness which, in the author's opinion, is the most suitable for recovering possession of the property? Once all these questions have been analyzed, the work ends with the formulation of a set of conclusions on the subject.

PALABRAS CLAVE: poseedor en precario de inmueble, acción de indemnización de daños y perjuicios, desahucio por precario.

KEY WORDS: precarious possession of real estate, action for damages, eviction for precariousness.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES: DESCRIPCIÓN DEL ASUNTO A ANALIZAR Y APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE POSEEDOR EN PRECARIO.— II. POSIBLE EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE AL POSEEDOR EN PRECARIO FUNDADA EN LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—III. CONCEPTOS INDEMNIZABLES: EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE.—IV. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN: LA CONVENIENCIA DE CONTAR CON UN INFORME PERICIAL.—V. LEGITIMADOS ACTIVA Y PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA.—VI. CARÁCTER DECLARATIVO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA: POSIBILIDAD DE INICIAR VÍA EJECUTIVA Y CAUCE PROCESAL DE LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—VII. IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR EN UN MISMO PROCEDIMIENTO LAS ACCIONES DE DESAHUCIO POR PRECARIO Y DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: VII.1. El desahucio por precario como opción preferente para recuperar la posesión del inmueble. VII.2. La no acumulación en un mismo procedimiento de las acciones de desahucio por precario e indemnización de daños y perjuicios.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PRELIMINARES: DESCRIPCIÓN DEL ASUNTO A ANALIZAR Y APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE POSEEDOR EN PRECARIO

El asunto del que aquí vamos a ocuparnos tiene una considerable relevancia práctica. Consiste en analizar la posibilidad de solicitar ante los tribunales de justicia, por parte de los legítimos poseedores de un inmueble (propietarios o usufructuarios), una *indemnización de daños y perjuicios* frente a quienes lo ocupan *en precario*, esto es, sin título que les ampare[1].

Al abordar esta cuestión, se hace necesario alejarnos de una mera determinación del daño basada en los desperfectos reales sufridos por el inmueble con motivo de la ocupación en precario, para dar cabida a una noción más completa y real del daño, que incluya dentro del concepto indemnizatorio no solo el daño real y efectivo, sino también el derivado del tiempo transcurrido sin haber podido disfrutar del inmueble. La razón que explica esta afirmación no es difícil de entender. La realidad de nuestros juzgados nos muestra que el legítimo poseedor ve reparado el daño que se le ha ocasionado por el poseedor en precario solo cuando en la interposición de la acción procesal de daños y perjuicios se incluyen como parte de la indemnización las ganancias dejadas de obtener durante el periodo temporal en el que ha estado privado de la posesión del bien. Además, esta es la única solución procesal que daría cumplimiento al principio de indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios sufridos (*restitutio in integrum* o *compensatio in*

integrum) que, encaminado a conseguir la equivalencia más exacta posible entre los daños soportados por el perjudicado y la reparación que se le confiere, rige en nuestro Derecho civil y, más concretamente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual[2].

La realidad cotidiana nos muestra muchos casos en los que la interposición de esta acción procesal podría beneficiar al legítimo poseedor del inmueble. Pensemos, por ejemplo, en un arrendatario que, una vez concluido el contrato de alquiler de vivienda, se niega a abandonar el inmueble, o en un familiar que permite a otro miembro de la familia instalarse en un piso o apartamento durante unos años, pero dicho tiempo transcurre y el sujeto continúa habitando la vivienda como si fuese propia, negándose a abandonarla y a restituirla a quien en su día le cedió su uso.

Otro supuesto ampliamente repetido en la práctica (y sobre el que existen interesantes pronunciamientos de los tribunales de justicia) consiste en la cesión gratuita que los padres hacen del uso de una vivienda en favor de su hijo/a y cónyuge. Mientras el matrimonio marcha bien no existe problema alguno. Pero la situación cambia cuando llega la crisis matrimonial y se atribuye convencional o judicialmente la vivienda a quien no es el hijo/a de sus propietarios[3].

Para abordar esta cuestión del modo más completo posible vamos a tratar de responder a varias preguntas: 1ª) ¿Es posible interponer la referida acción de indemnización de daños y perjuicios? y, en caso afirmativo, ¿cuál es su fundamento jurídico?; 2ª) ¿Qué conceptos serían indemnizables y cómo habría de cuantificarse la indemnización?; 3ª) ¿Cuáles son las principales notas que caracterizan esta acción indemnizatoria desde el punto de vista procesal?; y 4ª) ¿Es factible acumular en un mismo procedimiento la referida acción indemnizatoria y la acción de desahucio por precario que, a nuestro juicio, se presenta como la más idónea para recuperar la posesión del inmueble, dadas sus ventajas en comparación con otras posibles acciones procesales previstas en nuestro ordenamiento?

Ahora bien, antes de tratar de responder a todas estas cuestiones, hemos de exponer, como tarea previa, qué se entiende por *poseedor en precario*. Al respecto, lo primero que se ha de indicar es que dicha figura no está expresamente definida en nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto, se nos podrá objetar, que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC)[4] hace mención a ella en su artículo 250.1.2º cuando regula la acción comúnmente denominada *desahucio por precario*, con referencia a las demandas "que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, *cedida en precario*, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca"[5]. Pero no es menos cierto que no existe en la regulación de dicha acción procesal de desahucio por parte de la LEC una noción o definición legal de *poseedor en precario*.

Como reacción a este vacío normativo, ha sido la jurisprudencia, con la ayuda de la doctrina, la que ha ido delimitando progresivamente los contornos de esta figura. En un principio, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) consideraba *precario* a la cesión del uso o disfrute de una vivienda a favor de un tercer poseedor, sin abonar renta y sin título legítimo, y siendo *consentidos (el uso o disfrute) por el poseedor real*. Al inicio, por tanto, el TS encuadraba esta institución dentro de la definición legal del comodato (artículo 1750 del Código Civil) que, como se sabe, se define en nuestra comunidad jurídica como aquel contrato de préstamo

de uso por el que una parte (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa no fungible para que la use durante un cierto tiempo, transcurrido el cual tiene la obligación de devolverla[6].

Más tarde, y de forma paulatina, el Alto Tribunal ha ido ampliando esta definición. Sobre todo, con el fin de englobar más supuestos dentro de la institución del precario, y así poder dar encaje jurídico a otras situaciones análogas a aquella primera antes referida. Ello con el resultado práctico de que más perjudicados puedan recuperar la posesión de sus viviendas por medio del ejercicio de esta acción[7].

En la actualidad, para el TS el concepto de precario incluye el "disfrute o simple tenencia de una cosa sin título, sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva", e "implica la utilización gratuita de una cosa ajena; en todo caso, falta de título que justifique la posesión; y también en todo caso, sin pagar merced" (STS núm. 300/2015, de 28 de mayo)[8]. De estas palabras del Alto Tribunal no es difícil inferir que para el TS ya no es necesario para hablar de precario que haya mediado un consentimiento o aquiescencia previa por parte de los legítimos poseedores (ya sean propietarios o usufructuarios).

En la misma dirección señalada, son especialmente representativas de esta orientación jurisprudencial las SSTS núm. 110/2013, de 28 de febrero[9]; núm. 557/2013, de 19 de septiembre[10]; núm. 545/2014, de 1 de octubre[11]; y núm. 134/2017, de 28 de febrero[12]. En ellas, el Alto Tribunal apunta que la institución del precario "no aparece específicamente regulada en nuestro ordenamiento, si bien la mayoría de la doctrina lo encuadra en el artículo 1750 del Código Civil. No obstante, ha sido desarrollada por una abundante jurisprudencia, que ha definido el precario como una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho".

También la jurisprudencia menor se manifiesta en el mismo sentido. Al respecto, cabe citar, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial (en lo sucesivo, SAP) de Cantabria (Sección 4ª), núm. 87/2016, de 16 de febrero[13], en la que se afirma que "para ejercitar con éxito la acción de desahucio por precario, el demandante debe probar no simplemente la mejor condición de su derecho a poseer sobre el del demandado, sino acreditar que la posesión del demandado, en su inicio, fue precaria. O fue precaria porque desde el inicio el demandante la toleró. O fue precaria por patente ineficacia del título posesorio que esgrime el demandado. O fue precaria por haber manifiestamente caducado el derecho del demandado. O fue precaria por haber recibido en préstamo el demandado la cosa, sin señalamiento de tiempo o de uso".

En relación con este último pronunciamiento judicial, conviene subrayar cómo realiza una relevante precisión acerca de la carga de la prueba, al afirmarse que recae sobre el legítimo poseedor la necesidad de demostrar que la posesión del inmueble por el tercero no está basada en un justo título, o bien que este ya no surte los efectos que le eran propios[14].

También merece ser invocada la SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 550/2019, de 20 mayo[15], que ofrece la siguiente noción de precario: "situación de hecho que implica la utilización de lo ajeno faltando el título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda, siendo la carencia del título y el no pagar merced la esencia del precario".

Esta noción amplia de precario es acogida, igualmente, por La Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente llamada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Así lo corrobora, entre otras, su Resolución de 15 de julio de 2011[16]. En ella se pone de manifiesto que la situación consistente en conceder gratuitamente un derecho de uso sobre un inmueble con el fin de que sea utilizado por el que lo adquiere, sin pactar el plazo de duración ni el uso concreto y determinado que haya de dársele, constituye "una relación de precario que ampararía el mero o simple hecho de poseer por obra y gracia de una concesión del propietario"[17].

En suma, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido elaborando un concepto amplio de precario en cuyo seno caben distintas situaciones que, a efectos sistemáticos, pueden cifrarse en las siguientes: 1ª) *Posesión sin título legitimador previo*: es decir, posesión del bien sin contar con la voluntad del dueño, usufructuario o legítimo poseedor o incluso en contra de su voluntad, lo que resulta paradigmático del movimiento *okupa*[18]. 2ª) *Posesión tolerada por el legítimo poseedor, pero sin título*: como sería, por ejemplo, el caso de un coheredero al que sus hermanos le dejan seguir viviendo en el hogar familiar que, tras el fallecimiento de sus progenitores, ha pasado a pertenecer a los otros hermanos. 3ª) Por último, *posesión con un título válido que, sin embargo, deviene posteriormente ineficaz* por sobrevenir un cambio de la *causa legitimadora de la posesión*, lo que puede deberse al cese de la vigencia del contrato previamente existente; por ejemplo, porque arrendador y arrendatario desisten mutuamente del contrato, pero el arrendatario se niega a restituir la posesión del inmueble arrendado, o porque sencillamente ha transcurrido el término fijado en el contrato de modo que ha tenido lugar su extinción[19].

Tras lo expuesto cabe, por tanto, concluir que la institución del precario no puede quedar reducida únicamente a la graciosa concesión a un sujeto (el poseedor en precario) de la facultad de usar una cosa con autorización de su legítimo poseedor, que fue el sentido que inicialmente concedió el Digesto a esta figura[20]. Por el contrario, el precario comprende todas aquellas situaciones en las que se encuentran sujetos que poseen un inmueble sin contar con el correspondiente título, ya sea por carecer de él o por devenir ineficaz el invocado frente al propietario[21]. Bien entendido que todos los supuestos de precario presentan un denominador común. Este consiste en que el legítimo titular-poseedor del bien tiene la posibilidad de recuperar su posesión, desplazada temporalmente, por medio del ejercicio de las acciones legales oportunas. A nuestro juicio, la *acción de desahucio por precario* se presenta, en general, como la más idónea para recuperar la posesión del inmueble. Sobre todo, a la vista de las ventajas que le son inherentes, en contraste con las predicables de otras posibles acciones procesales previstas en nuestro ordenamiento. Más adelante (*infra*, epígrafe VII) nos ocuparemos expresamente de esta cuestión al exponer las ventajas referidas.

Por otra parte, aunque aquí no nos interesan las cuestiones penales, sino sólo las civiles, hemos de apuntar la posibilidad de que el poseedor en precario de un inmueble sea autor de un ilícito penal. En concreto, podría cometer un delito de *allanamiento de morada* o de *usurpación de vivienda*. Según se desprende del Código Penal (en adelante, CP), la principal diferencia entre ambos tipos delictivos reside en el distinto objeto material sobre el que recae la acción típica, pues mientras en el delito de usurpación de vivienda el supuesto de hecho contemplado por la norma tiene por objeto los inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada (artículo 245.2 CP), en cambio, el objeto del delito de allanamiento de morada lo constituye la morada propiamente dicha (artículo 202.1 CP). Por ello, mientras que en este último delito el bien jurídico protegido se identifica con la *intimidad domiciliaria*, garantizando la inviolabilidad del domicilio de cada persona que mora en él, por el contrario, el bien jurídico protegido por la otra conducta delictiva reside en el *patrimonio inmobiliario*, que viene determinado por el pacífico y legítimo ejercicio del derecho de propiedad y otros derechos reales proyectados sobre los bienes inmuebles, con perjuicio para su legítimo titular[22].

Por consiguiente, para determinar si estamos ante uno de estos delitos es necesario concretar qué se entiende por morada. Dado que ni el Código Penal ni ninguna otra norma ofrecen una definición de este término, ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha asumido dicho cometido[23]. En concreto, para la constitucional se concibe la morada como el espacio en el que el individuo vive sin hallarse sujeto a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima[24]. Por su parte, el TS ha incluido dentro del concepto de morada las segundas viviendas o residencias[25]. Además, en lo que respecta al otro tipo delictivo antes señalado, ha de tenerse en cuenta que, según el TS, para la comisión del delito de usurpación de viviendas se exige "que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, *y* el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión"[26].

II. POSIBLE EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE AL POSEEDOR EN PRECARIO FUNDADA EN LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es pacífico en la jurisprudencia entender que la simple ocupación de un inmueble genera un enriquecimiento injusto para quien la realiza (por el uso del bien ajeno sin contraprestación) y un perjuicio para quien la sufre. Esto explica que el derecho de indemnización ejercitable frente al poseedor en precario encuentre su último fundamento en la doctrina del *enriquecimiento injusto*[27].

Como se sabe, se entiende por enriquecimiento injusto (también conocido como *enriquecimiento sin causa* o *enriquecimiento injustificado*) el desplazamiento de un patrimonio que conlleva que un sujeto aumente el suyo a costa de otro que se empobrece. La STS núm. 110/2006, de 6 de febrero[28], brinda una explicación precisa y detallada acerca de los elementos que conforman esta figura, al afirmar que "los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una

persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció"[29].

Nuestra comunidad jurídica ha tenido ocasión de fijar los requisitos para la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Se trata básicamente de los siguientes: 1º) que se produzca una ventaja patrimonial sin justificación en el patrimonio de un sujeto; 2º) que tenga lugar un empobrecimiento en el patrimonio del sujeto demandante; 3º) que exista una relación de causa-efecto entre el enriquecimiento y el empobrecimiento referidos; 4º) que no exista un contrato que avale el acto del que deriva el empobrecimiento/enriquecimiento; 5º) y, por último, la innecesariedad de que el demandado haya actuado de mala fe mediante la realización de un acto ilícito o negligente[30].

Como se puede comprobar, en el caso que aquí ocupa nuestra atención (la posesión en precario de un inmueble) concurren todos los requisitos de aplicación del enriquecimiento injusto a través del ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Y es que, como afirma la SAP de Asturias (Sección 1ª), núm. 712/2022, de 19 de julio[31], la situación de precario posibilita el ejercicio de esta acción "pues impide la posesión, en la forma que le convenga, por quien es su titular"[32].

En relación con el derecho a la indemnización de daños y perjuicios al que nos referimos, nos parece relevante la STS núm. 275/2013, de 30 de abril[33], en la que puede leerse lo que sigue: "La posesión de mala fe no solo constituye título de atribución, sino que impide que el título de atribución que resulte produzca sus efectos sobre la propiedad de los frutos en toda su extensión; de ahí que el artículo 455 del Código Civil señale que el poseedor de mala fe no solo tiene que abonar los frutos percibidos, sino también los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (*fructus percipendi*)"[34].

En suma, como se desprende de esta última sentencia, parece que no hay mayor obstáculo en reconocer al propietario, frente al poseedor de mala fe (*poseedor precario*)[35], el derecho a percibir los frutos que le hubiere correspondido durante el período en que fue privado de la posesión. Queda, no obstante, por determinar cuáles son los conceptos que conforman la acción de indemnización de daños y perjuicios a la que nos referimos.

III. CONCEPTOS INDEMNIZABLES: EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

Como ha quedado anunciado anteriormente, la indemnización de daños y perjuicios derivada de una posesión en precario de bienes inmuebles tiene como objetivo resarcir de forma íntegra el menoscabo patrimonial que sufren los plenos propietarios o usufructuarios a costa de la actuación de los poseedores en precario. El hecho de hacer uso de un inmueble o vivienda sin contar con el correspondiente título o legitimación jurídica constituye un enriquecimiento injusto y, por ende, un perjuicio indemnizable sufrido por sus propietarios.

Parece claro que la indemnización de la que hablamos ha de abarcar tanto el *daño emergente* como el *lucro cesante*. En este sentido, han de invocarse nece-

sariamente los artículos 1106 y 1107 del Código Civil. Según el primero de estos preceptos (artículo 1106), que resulta aplicable tanto al ámbito contractual como al extracontractual, "[l]a indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes". De conformidad con el segundo (artículo 1107), que solo se refiere al ámbito contractual, "[l]os daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

No es difícil advertir que mientras que el artículo 1106 del Código Civil recoge una aproximación a lo que ha de entenderse por daño emergente y por lucro cesante en cuanto que daños susceptibles de reparación, el artículo 1107 del Código Civil, en cambio, determina qué daños son imputables al deudor que ha incumplido una obligación contractual[36]. En el caso que aquí nos ocupa, la aplicación del artículo 1106 del Código Civil conlleva que no solo se habrá de abonar el valor de la pérdida sufrida (por ejemplo, los daños materiales ocasionados al inmueble o al mobiliario), sino que también habrán de resarcirse las ganancias que haya dejado de obtener el legítimo poseedor del inmueble (por ejemplo, la renta de mercado de un inmueble de similares características).

Es cierto, no obstante que, al margen de la apuntada identificación del lucro cesante con la ganancia que se ha dejado de obtener (artículo 1106 del Código Civil), en nuestra legislación no existe un verdadero concepto normativo de lucro cesante. No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el alemán, en donde su Código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*: BGB) define el lucro cesante como la ganancia que con cierta verosimilitud cabía esperar según el curso normal de las cosas o las circunstancias especiales del caso[37].

Hecha la anterior aclaración acerca de cómo se regula esta materia en nuestro Código Civil, conviene prestar atención más detenidamente a los dos términos compresivos de la indemnización de daños y perjuicios a los que acabamos de referirnos:

1º) Por lo que se refiere al *daño emergente*, este viene determinado en el perjuicio provocado por la acción u omisión dañina que el poseedor en precario haya realizado sobre el inmueble, a lo que hay que añadir la cobertura de aquellos gastos que, por el uso del inmueble, se hubieren podido causar a los legítimos poseedores. Dentro del mismo podríamos incluir, entre otros, los siguientes conceptos: daños materiales que eventualmente se hubieren causado al inmueble o a su mobiliario, pago de tributos, recibos de la comunidad de propietarios, contribuciones especiales y gastos asociados a la negociación y recuperación del inmueble. En realidad, los tributos, recibos de la comunidad de propietarios y contribuciones especiales son obligaciones del propietario del inmueble por el hecho de serlo. No obstante, se incluyen aquí como conceptos indemnizables debido a que en la práctica es habitual que se repercutan directa o indirectamente en el arrendatario.

2º) Por otro lado, en lo que atañe al *lucro cesante*, este se concibe como la pérdida de incremento patrimonial neto dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento contractual, de un acto ilícito o de un perjuicio ocasionado por

un tercero, y que estaría constituido por las cantidades que, derivadas del inmueble, podrían estar siendo percibidas por los actuales propietarios o usufructuarios en el caso de gozar de la posesión real y que, sin embargo, no llegan a percibir por haberse visto privados ilegalmente de ella.

Como vemos, la diferencia entre el daño emergente y el lucro cesante se puede cifrar básicamente en que, aunque ambos conceptos pueden ser actuales o futuros, el daño emergente es verificable y real, mientras que el lucro cesante se corresponde con una ganancia frustrada. En suma, cabe afirmar que el daño emergente se refiere a *pérdidas*, mientras que el lucro cesante alude a las *ganancias dejadas de percibir*, lo que se ajusta adecuadamente al enriquecimiento injusto obtenido por el detentador precario[38].

Aunque, como hemos señalado con anterioridad, nuestro Código Civil no proporciona una definición explícita de lucro cesante (pese a que su artículo 1106 establece que "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor" es parte integrante del daño que debe ser resarcido), lo cierto es que la doctrina admite sin mayor reticencia que la privación del uso personal de un inmueble es un daño encuadrable también en la noción de lucro cesante, toda vez que causa al acreedor la pérdida de una ventaja económica que hubiera podido obtener del bien, pudiendo consistir dicha ventaja en su mera disponibilidad o en su uso[39].

La jurisprudencia también aborda el lucro cesante como concepto integrante de la indemnización derivada de la privación de la posesión de un inmueble a su legítimo poseedor. En relación con esta materia, cabe citar, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 9ª), de 19 de mayo de 2016, en la que se afirma, entre otras cosas, lo que sigue: "la arrendadora ha sufrido un perjuicio, un lucro cesante producido por la ocupación indebida de la vivienda por los demandados; por ese período (julio 2011 a febrero 2014), la parte arrendadora tiene derecho a que se le compense la ganancia dejada de percibir, equivalente a la renta de mercado de una vivienda como la arrendada, pues los demandados han ocupado indebidamente la vivienda durante ese período (…), reclamando ahora como renta de mercado la cantidad mensual de 514,81 euros".

En una dirección similar se ha de mencionar la STS de 22 de abril de 2013[40], en la que el Alto Tribunal concluye que "la entidad arrendadora durante la prolongación del periodo de ocupación de los locales sufrió un lucro cesante (*lucrum cessans*) que, fuera de la pérdida de oportunidad de poder alquilar nuevamente dichos locales, debe referenciarse en la ganancia dejada de obtener por la revalorización de la renta pactada"[41].

Por otra parte, cabría preguntarnos si los *daños morales* pueden ser incluidos dentro del concepto de lucro cesante. Nos referimos a los daños psicológicos o de afección emocional experimentados por el legítimo poseedor de la vivienda por haber sido privado ilegítimamente de ella durante un cierto tiempo. La verdad es que estos daños son muy complicados de cuantificar en un litigio. Los tribunales se suelen basar para ello en los informes periciales, así como en pruebas médicas que den respaldo al daño moral que pudo sufrir una persona en casos como este o similares a él. Pero incluso procediendo de este modo se hace muy complicado llegar a una conclusión sobre el modo en que debe realizarse la indemnización. Además, el Código Civil no contempla ninguna regla valorativa sobre los daños morales, al poner su atención exclusivamente en las pérdidas materiales y en las

ganancias que han dejado de percibirse. Según la jurisprudencia del TS, se pueden establecer las siguientes ideas en torno al daño moral y a su resarcimiento: el daño moral es incuantificable por su propia naturaleza y no puede calcularse sobre la base de criterios predeterminados, pues solo puede ser establecido a través de un juicio global basado en el convencimiento de la necesidad de reparar el dolor o el sufrimiento que se ha causado a una persona, para lo cual será determinante tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes[42].

Ahora bien, en no pocas ocasiones, el TS, bajo la rúbrica de daños morales, confiere indemnizaciones por daños que, en realidad, no son morales sino patrimoniales, pero que en la práctica no resultan fáciles de cuantificar. De modo que, en estos casos, la etiqueta de "daño moral" posibilita al juzgador aligerar la valoración de los daños, al evitarle tener que explicitar los criterios valorativos empleados, pues dichos criterios no existen para los daños morales, según reiterada jurisprudencial del Alto Tribunal[43].

Tras las aclaraciones precedentes y al margen de lo indicado acerca de los daños morales, podría surgir alguna duda acerca de cómo determinar el momento exacto en el que surge el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios en favor de los legítimos propietarios. *Prima facie,* podríamos pensar que es desde el momento en que se ocupa el inmueble con la aquiescencia del propietario sin título de legitimación. Sin embargo, la jurisprudencia sostiene que exclusivamente surge el derecho a indemnización una vez que el propietario exige la devolución de la posesión y el ocupante se niega a entregarla.

En el sentido apuntado, parece clara la SAP de Lleida (Sección 2ª), núm. 646/2022, de 13 de octubre[44]. En ella se declara expresamente que "cuando el propietario quiere recuperar su propiedad tan solo tendrá que instar al precarista a devolverlo. Si el precarista no entrega la posesión voluntariamente, el propietario podrá acudir a los tribunales para ejercitar una acción de desahucio por precario o una acción reivindicatoria. Pero cuando el precarista ha entrado en la posesión de la cosa con aquiescencia del dueño no cabe reclamarle indemnización de perjuicio alguno, sino a partir del momento en que exigiéndole la devolución de la posesión, este se niega a entregarla"[45].

De la lectura del fragmento de la resolución judicial que acabamos de transcribir no es difícil inferir que, a juicio del órgano jurisdiccional, el momento a partir del cual se puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios que correspondan se hace coincidir con el instante en que se exige la devolución de la posesión a quien la tiene ilegítimamente por tratarse de un poseedor en precario.

IV. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN: LA CONVENIENCIA DE CONTAR CON UN INFORME PERICIAL

La cuantificación del daño (y, por tanto, de la indemnización a recibir) es un concepto al que cabe atribuir las tres características siguientes: 1ª) es numérica, ya que se expresa a través de una cifra que deberá de ser abonada por quien sea el responsable de la acción de indemnizar; 2ª) es económica, pues obviamente no se trata de un simple número, sino que alude a una cantidad dineraria determinada;

3ª) por último, es reparadora, en la medida en que sirve como remedio para quien ha sufrido el menoscabo patrimonial o, en su caso, moral[46].

En lo que atañe a la determinación y cuantificación del lucro cesante, como no puede ser de otro modo, se ha de partir del hecho de que la carga probatoria recae sobre el actor; en nuestro caso, sobre el legítimo poseedor del inmueble. En este sentido, resulta muy propedéutica la lectura de la STS núm. 221/2012, de 9 de abril[47]. Para nuestro máximo intérprete de la ley, "la determinación del lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe"[48]. Con la finalidad de ayudar al juzgador a cuantificar ambos conceptos (daño emergente y lucro cesante), parece conveniente y oportuno recurrir a un *informe pericial de un experto en el mercado inmobiliario*[49].

En relación con este informe pericial, hemos de señalar la conveniencia de que: 1º) Valore los daños materiales observados en el mobiliario o en el propio inmueble, siendo conveniente la aportación de imágenes del inmueble previas a la ocupación y contrastarlas con las posteriores a dicha situación. 2º) Incluya con la mayor precisión posible una relación de los gastos asumidos por los propietarios y que no les corresponda asumir por derivarse del uso de la vivienda por parte de los ocupantes, en el caso, como es natural, de que existieran dichos gastos. Nos referimos aquí, especialmente, a recibos domiciliados por luz, agua, gas, cuota de la comunidad de propietarios, tributos, contribuciones especiales, etc. 3º) Y, junto a lo anterior, argumente técnicamente el precio que se pudiera percibir en el mercado por el alquiler de una vivienda de similares características a la ocupada impropiamente por el detentador precario.

La labor de determinación del lucro cesante atenderá normalmente a los siguientes criterios que, en general, pueden deducirse de la STS núm. 221/2012, de 9 de abril, más arriba aludida:

1º) *Primero*: Se debe priorizar un cálculo del lucro cesante basado en el principio contable de la *prudencia valorativa*, enunciado en el art. 38 del Código de Comercio. Este principio consiste en el deber de prudencia en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre, lo que lo hace especialmente relevante en el cálculo del lucro cesante futuro que, según el TS, "presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas". Incluso parece "posible acudir al principio *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) en aquellos casos en los que la aplicación de un cálculo prudente al desarrollo de las operaciones económicas demuestra por sí mismo la cuantía en que se ha dejado de obtener una ganancia futura".

2º) *Segundo*: Su determinación habrá de llevarse a cabo a través de criterios que busquen un equilibrio, esto es, se ha de huir "del rechazo de lucro cesante por entender que tiene carácter hipotético como de su admisión incondicional sin prueba alguna". De este modo cobra especial relevancia el *criterio de razonabilidad* en las valoraciones, que exige que estas atiendan a "todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento". Quiere esto decir que la concreción de la cuantía a abonar ha de fundarse en un criterio de razonabilidad y proporcionalidad a fin de no establecer indemnizaciones arbitrarias o imaginarias[50].

3º) *Tercero*: Por último, la evaluación encaminada a la concreción del *lucrus cesans* debe estar basada en la realidad y estar dotada de cierta consistencia, pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, lo que únicamente se puede establecer mediante una presunción acerca de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso, es decir, la ocupación ilegal llevada a cabo por el poseedor en precario (STS de 9 de abril de 2012)[51].

Ahora bien, es necesario llamar la atención sobre un dato de interés. Nos referimos a que nuestros tribunales están facultados para llevar a cabo una labor de ponderación económica, auxiliados, si ha lugar, por la asistencia de peritos. Como es natural, la consecuencia que de ello se deriva no es otra que la posibilidad de moderación judicial de la cantidad indemnizatoria en concepto de lucro cesante[52].

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que en otros ordenamientos próximos al nuestro, como el italiano, se autoriza de modo expreso al juez a usar criterios de equidad con vistas a la cuantificación del daño, en los casos en que este no haya podido ser debidamente probado. En concreto, así lo establece el artículo 1226 del *Codice Civile* que, aunque se refiere a obligaciones contractuales, es también aplicable a los daños extracontractuales, pues así lo dispone el artículo 2056 de este mismo *Codice*. El precepto referido dice así: "si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad"[53].

V. LEGITIMADOS ACTIVA Y PASIVAMENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Al abordar la acción indemnizatoria objeto de análisis no podemos obviar la referencia a la *legitimación*. Como se sabe, este concepto procesal hace referencia a quienes ostentan la capacidad de ser parte en el procedimiento concreto, bien como demandantes o como demandados, en función de la relación precisa con el objeto de la controversia (artículos 6 y 10 de la LEC). Se trata de un concepto fundamental, puesto que su inexistencia determina la imposibilidad de que prospere el procedimiento. Además, debe estar presente en dos formas: *activa*, para el caso de los demandantes, y *pasiva*, para el caso de los demandados.

En el supuesto concreto al que aquí nos referimos, hemos de concluir que se encuentran legitimados activamente para el ejercicio de la acción indemnizatoria los poseedores legítimos que son privados de la posesión y del uso y disfrute del inmueble, pues son ellos quienes soportan las cargas patrimoniales y dejan de percibir una ganancia por la ocupación de la vivienda. La relación que dichos sujetos poseen con el objeto del pleito les habilita para el ejercicio de esta acción.

Por su parte, los ocupantes del inmueble (poseedores en precario) son quienes están legitimados pasivamente para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios que analizamos, por ser quienes se niegan a la entrega de la posesión y quienes están disfrutando del inmueble sin título que les ampare, generando daños patrimoniales ilegítimos a la parte actora o demandante.

Además, en caso de que nos encontremos ante una pluralidad de poseedores legítimos o de detentadores precarios, se deberá establecer un litisconsorcio activo o pasivo en el ejercicio de la acción (artículo 12 de la LEC). Ello sin perder de vista que: 1º) Cada litisconsorte activo únicamente podrá pedir para sí mismo la cuantía correspondiente a su derecho, sin que pueda hacerlo en relación con los derechos de los demás actores. 2º) Los litisconsortes pasivos podrán ser demandados solidariamente, debido a que resulta inviable individualizar el perjuicio causado por cada uno de los ocupantes. Además, resulta recomendable acudir a la vía de la responsabilidad solidaria, dado que ello incrementará las garantías de satisfacción del crédito indemnizatorio en favor de los demandantes.

VI. CARÁCTER DECLARATIVO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA: POSIBILIDAD DE INICIAR VÍA EJECUTIVA Y CAUCE PROCESAL DE LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Además de lo ya expuesto, resulta conveniente destacar que la acción indemnizatoria constituye una acción *declarativa,* en tanto que su finalidad se limita al reconocimiento o declaración de un derecho de crédito que asiste al demandante frente al demandado. No se contempla en nuestro ordenamiento jurídico una acción directa para hacer efectivo el cobro de esta cantidad. Por consiguiente, en caso de que se dicte sentencia declarativa estimatoria y no se efectúe el pago de forma voluntaria, resultará necesario recurrir a un proceso posterior de ejecución de título judicial.

Asimismo, cabe destacar que resulta imposible determinar el interés económico del procedimiento en el momento de interponer la demanda, debido a que no se puede conocer de antemano el momento en que se producirá el lanzamiento o el abandono voluntario del inmueble (conforme al artículo 253.3 de la LEC). Por tal razón, se hace necesario acudir posteriormente a la *vía ejecutiva,* a fin de que el órgano judicial concrete y liquide el *quantum* indemnizatorio[54].

Una vez obtenida la sentencia estimatoria que declare la responsabilidad civil de los ocupantes, y previamente a que ésta alcance firmeza, se podría instar la *ejecución provisional* de acuerdo con lo establecido en los artículos 549 y ss. de la LEC. Tal medida resulta aconsejable en aras a proteger el derecho de crédito frente a posibles recursos de apelación.

En lo que respecta a la liquidación de daños y perjuicios, se procederá procesalmente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 712 y ss. de la LEC, en caso de que sea necesario fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios en el momento de ejecución forzosa. En este sentido, se deberá presentar un escrito debidamente motivado solicitando la determinación judicial de la cuantía, acompañado de una relación detallada de los daños y perjuicios con su correspondiente valoración, respaldada por el dictamen pericial aportado en el procedimiento declarativo y por la prueba documental pertinente. Posteriormente, se dará traslado de dicha solicitud a los responsables civiles, a fin de que en un plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes. Ante esta situación, se podrían dar tres escenarios posibles:

1º) *Conformidad por parte del deudor en la relación de daños y perjuicios y su cuantificación*: En este caso, se podrá fijar la cuantía de forma definitiva mediante un decreto del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) responsable de la ejecución. Una vez que se haya dictado el decreto y se haya fijado la cuantía a pagar, se podrá hacer efectiva la suma acordada mediante la vía procesal de la ejecución dineraria, que se encuentra regulada en los artículos 571 y ss. de la LEC.

2º) *Ausencia de contestación o negación genérica de la existencia de daños y perjuicios sin concretar los puntos de discrepancia de la relación presentada por el acreedor y sin expresar las razones y el alcance de la discrepancia*: En el supuesto de que concurriera alguna de estas circunstancias, se entenderá que el deudor presta conformidad con dicha actuación. En tal caso se procederá a conceder lo solicitado en la medida en que los daños queden acreditados según el criterio judicial. Se actuará conforme con lo expuesto en el primer escenario.

3º) *Oposición del deudor:* Si el deudor se opone a la solicitud de determinación judicial de cuantía de manera motivada, bien respecto a las partidas de daños y perjuicios, bien en cuanto a su valoración, se procederá a la apertura de un incidente de liquidación que se tramitará por los cauces del juicio verbal. En este caso, el tribunal que haya dictado la orden general de ejecución podrá nombrar un perito, bien a instancia de parte, bien de oficio, si lo considera necesario. Así, en caso de que se haya solicitado emisión de dictamen, la vista oral no podrá celebrarse hasta pasados diez días desde su traslado a las partes. Posteriormente, el tribunal resolverá mediante auto, fijando el *quantum* indemnizatorio que deberá abonar el deudor al acreedor.

VII. IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR EN UN MISMO PROCEDIMIENTO LAS ACCIONES DE DESAHUCIO POR PRECARIO Y DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Una vez expuesta la posibilidad de entablar una acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de una situación de posesión en precario de un inmueble, es pertinente examinar si es posible o no en nuestro ordenamiento acumular en un mismo proceso la referida acción de indemnización y la acción de desahucio por precario. No obstante, antes de abordar esta cuestión, es necesario aclarar que nos referimos específicamente a la *acción de desahucio por precario* por ser, a nuestro juicio, la que más ventajas presenta para recuperar la posesión de un inmueble frente al detentador precario. Esta acción, en efecto, nos parece más recomendable que otras que también podrían ejercitarse, entre las cuales cabe mencionar el *desahucio express*, la ofrecida por el artículo 250.1.7º y el juicio declarativo ordinario del artículo de la 249 LEC.

En concreto, la figura del *desahucio express*, que fue incorporada en 2018 al artículo 250 de la LEC, presenta especiales ventajas para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados ilegítimamente, toda vez que, además de poderse entablar contra los desconocidos ocupantes, si los demandados no contestan a la demanda en el plazo previsto, se dicta sentencia de inmediato (*ex* artículo 444.1 bis de la LEC). Ahora bien, esta institución procesal parece no ser aplicable cuando los demandados adquieren la posesión del inmueble con la aquiescencia

de los actores, pues una de sus exigencias consiste en que los demandantes sean privados de la posesión del inmueble sin su consentimiento[55].

Por su parte, la vía que ofrece el *artículo 250.1.7º de la LEC* consiste en un procedimiento con algunas peculiaridades que lo dotan de un cierto atractivo para lograr el desalojo de la vivienda de quienes la ocupan ilegítimamente. En este sentido, cabe resaltar, por ejemplo, que la demanda debe contener certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite la vigencia del derecho real, so pena de ser inadmitida, junto con la identificación de las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia, esto es, el desalojo del inmueble. Además, las causas de oposición del demandado están legalmente tasadas (artículo 440.2 de la LEC), lo que comporta una ventaja añadida, pues limita de modo relevante las posibilidades de defensa del contrario, a diferencia de otros procedimientos en los que el demandado puede oponerse por cualquier causa que estime procedente en Derecho. No obstante, debido al carácter sumario del procedimiento, la sentencia carece de efectos de cosa juzgada (artículo 447 de la LEC)[56].

Por último, tampoco cabría descartar el recurso a un *juicio declarativo ordinario* (artículo 249 de la LEC) con vistas a lograr la recuperación del inmueble. Aunque esta vía de solución del conflicto no sería la preferente. De hecho, se trata de la menos utilizada en la práctica, al requerir pasar por todas las fases del procedimiento sin que haya limitación alguna ni en plazos, ni en causas de oposición, ni en fases procesales, lo que la convierte en un instrumento procesal caracterizado por una excesiva lentitud en términos comparativos con otros también previstos en nuestro Derecho.

VII.1. El desahucio por precario como opción preferente para recuperar la posesión del inmueble

Como hemos adelantado, desde nuestro punto de vista, el desahucio por precario se presenta como la acción procesal más aconsejable a ejercitar por el legítimo poseedor del inmueble con vistas a recuperar su posesión. Las razones que sustentan esta afirmación pueden concretarse en las siguientes[57]:

1ª) En primer lugar, es conveniente destacar que constituye una ventaja contar con una resolución judicial firme que ponga fin a la controversia de forma definitiva en este procedimiento, ya que dicha sentencia posee efectos de cosa juzgada. Ello comporta, sin duda, una ventaja comparativa con otros procedimientos de recuperación de la posesión previstos en el artículo 250 de la LEC que, a diferencia del desahucio por precario, tienen carácter sumario. Razón por la cual en todos ellos siempre existe la posibilidad de tener que iniciar un procedimiento declarativo plenario para abordar todas aquellas cuestiones que no pudieron solventarse en el procedimiento sumario.

2ª) En segundo lugar, no debemos perder de vista que el procedimiento de desahucio por precario es un juicio plenario, por lo que posibilita la discusión de cuestiones de cierta complejidad que afecten a la validez del título que oponga el demandado. Es verdad que el hecho de que el desahucio por precario se sustancie como un juicio verbal y que con anterioridad a la vigente LEC se sustanciara como un juicio sumario, podría ocasionar ciertas dudas sobre la auténtica condición de

juicio plenario de este procedimiento. A pesar de ello, en la comunidad jurídica española se acepta su configuración como juicio plenario, y como tal, la LEC impide la táctica del recurso a las "cuestiones complejas" que se utilizaban con fines meramente dilatorios. Tal y como señala la STS núm. 691/2020, de 21 diciembre[58], en el procedimiento de desahucio por precario, por su carácter plenario, pueden examinarse las relaciones jurídicas que justifiquen la posesión que se pretende recuperar y la existencia de una situación posesoria que tenga las características propias del precario, sin las limitaciones propias de un procedimiento sumario en cuanto a los medios de prueba, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de desahucio por impago de rentas[59].

3ª) En tercer lugar, es un dato a tener en cuenta que el desahucio por precario se puede utilizar tanto cuando existe consentimiento del propietario para la utilización del inmueble por un tercero, como cuando no lo hay y cabe hablar de una ocupación no consentida, comúnmente conocida como "okupación". En cambio, las acciones de tutela sumaria de la posesión y el desahucio *express*, obra de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas[60], únicamente pueden emplearse contra ocupaciones que no cuentan con el consentimiento o la tolerancia de los poseedores legítimos de los inmuebles.

4ª) En cuarto y último lugar, hemos de reparar en que el desahucio por precario no está sometido al plazo de caducidad de un año que prevé el artículo 439.1 de la LEC en relación con lo que establecen el artículo 250.1.4 de la LEC y el artículo 460.4 del Código Civil sobre el ejercicio de la acción desde la consumación del despojo o perturbación de la posesión. Por lo tanto, en aquellos supuestos de ocupaciones ilegítimas en los que el poseedor legítimo no haya actuado dentro del plazo del año, siempre tendrá la opción de emplear el mecanismo procesal del desahucio por precario. A este respecto, se pueden citar, entre otras, las SSAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 214/2020, de 28 de mayo, y núm. 229/2020, 29 de mayo[61]. En ellas, ante el intento de los "okupas" de alegar la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde el inicio de la ocupación, el órgano jurisdiccional dispuso que "el tiempo de duración de la posesión no es un dato relevante en el marco de un juicio de desahucio por precario, que no está sometido al indicado requisito temporal"[62].

En conclusión, el desahucio por precario presenta diversas ventajas frente a otros procedimientos de recuperación de la posesión, como la posibilidad de contar con una sentencia con efectos de cosa juzgada, la discusión de cuestiones complejas relacionadas con la validez del título que oponga el demandado, la capacidad de utilizarse tanto en casos de consentimiento como de ocupación no consentida, y la ausencia del plazo de caducidad de un año para su ejercicio en caso de ocupaciones ilegítimas. Razón por la cual puede afirmarse que se trata de un mecanismo procesal útil y eficaz para recuperar la posesión de un inmueble en precario.

La principal objeción que podría hacerse al desahucio por precario se refiere a su duración. Especialmente, por tratarse de un procedimiento que puede llegar hasta los tres años de duración contados a partir de la fecha de presentación de la demanda[63]. Ahora bien, lo cierto es que la duración del procedimiento va a depender en cada caso de la carga de trabajo que tenga el juzgado ante el que se presente la

demanda y de la actitud del demandado. Razón por la cual no es erróneo admitir casos en los que en menos de 8 o 12 meses el proceso debería haber terminado[64].

Los aspectos procesales más significativos del desahucio por precario pueden cifrarse en los siguientes[65]: 1º) De conformidad con el artículo 36 de la LEC y sobre la base de los artículos 21.1 y 22.a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)[66], corresponde conocer de la demanda a los juzgados y tribunales españoles del orden civil. 2º) Según lo previsto en el artículo 250.1.2.º de la LEC, el procedimiento deberá seguir los trámites previstos para el juicio verbal, con las especialidades recogidas en el artículo 444.1 y concordantes de la LEC. 3º) Es necesaria la asistencia de abogado y procurador, ya que se trata de un juicio verbal por razón de la materia (artículo 250.1.2.º de la LEC), independientemente de la cuantía de la demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 23.1 y 31.1 de la LEC. 4º) La cuantía no afecta al tipo de juicio a tramitar en un supuesto de desahucio por precario, aunque sí se incluirá para la determinación del importe de las costas, que se imponen a la parte demandada con fundamento en el artículo 394 de la LEC. 5º) En cuanto a la sentencia que pone fin al procedimiento, la vigente LEC incorporó una novedad importante, consistente en la supresión del carácter sumario del procedimiento de desahucio por precario por el carácter plenario, disponiendo que la sentencia que se dicte tiene plenos efectos de cosa juzgada[67].

Junto a lo expuesto, no podemos dejar de señalar que, estando ya ultimando este trabajo y en fase de revisión por parte de los evaluadores de la revista, se ha publicado la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[68], que ha empeorado sustancialmente la situación de los propietarios frente a los poseedores en precario de los inmuebles. En efecto, a partir de la entrada en vigor de esta Ley y como requisito previo para su admisión a trámite, si el propietario de una vivienda presenta una demanda de recuperación de su posesión frente a quien le haya despojado de ella o perturbado de su disfrute (desahucio por precario), o una demanda de desahucio por falta de pago de las rentas, se verá obligado a demostrar lo siguiente: 1º) si el inmueble constituye la vivienda habitual de la persona ocupante; 2º) si concurre en el demandante la condición de gran tenedor de viviendas, lo que acontece cuando es propietario de más de cinco inmuebles; 3º) y, en el supuesto de que el demandante tenga dicha condición de gran tenedor, si el ocupante demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica, aportando documento acreditativo, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por las autoridades competentes.

Cumplidos los requisitos que acaban de enumerarse, si en sus respectivas demandas hubieran solicitado la inmediata entrega de la posesión del inmueble, se requerirá a los ocupantes para que aporten título que justifique su situación posesoria. Como es natural, esto tiene consecuencias perjudiciales para los propietarios demandantes, ya que basta que los demandados aporten un contrato falso de arrendamiento (pese a ser claro que no es auténtico) para que el juez no pueda ordenar el desalojo. Será en el desarrollo del juicio verbal cuando se dilucide si tal título es o no válido, pero eso llevará de año y medio a dos años. De modo que durante ese tiempo el poseedor en precario (okupa) consigue permanecer en el inmueble en detrimento de su legítimo propietario. Seguidamente, ya iniciado el procedimiento de desahucio, y siempre que el inmueble sea la vivienda habitual

del demandado, este puede alegar encontrarse en situación de vulnerabilidad, lo que dilatará todavía más el procedimiento, ya que de verificarse por parte del juzgado, y tras los trámites oportunos, se suspenderá el proceso durante al menos dos meses más para que se adopten las medidas propuestas por parte de las Administraciones públicas, en caso de que el demandante sea una persona física, o de cuatro meses si se tratase de una persona jurídica.

A la vista de lo sumariamente expuesto, cabe concluir que la nueva Ley del derecho a la vivienda, por muy buenas que puedan ser sus intenciones (la protección de familias o personas en situación de especial vulnerabilidad económica y social), hace cargar sobre los propietarios demandantes una función social que no les compete, sino que es propia del Estado, lo que además agrava considerablemente la inseguridad jurídica. Como hemos visto, se trata de una ley que lleva aparejada una mayor dilación de los procedimientos de desahucio por falta de pago de las rentas, así como de los tramitados para desalojar a una persona que ocupa indebidamente la vivienda propiedad de un tercero (los comúnmente denominados okupas), pues el propósito de las modificaciones introducidas no es otro que conceder tiempo suficiente a las Administraciones públicas para que puedan encontrar una solución habitacional para las personas vulnerables, pero obviando los derechos de los legítimos propietarios de los inmuebles[69].

VII.2. La no acumulación en un mismo procedimiento de las acciones de desahucio por precario e indemnización de daños y perjuicios

Una vez explicadas las razones por las que nos decantamos por el desahucio por precario como instrumento de recuperación de la posesión del inmueble (y expuestos sus principales aspectos procesales), hemos de plantearnos la cuestión de si es posible acumular o no en un mismo procedimiento la acción indemnizatoria que abordamos y la acción de desahucio por precario.

Al respecto, hemos de dejar constancia de que la mayoría de jurisprudencia responde de forma negativa a esta cuestión. Las razones que se esgrimen para fundamentar esta respuesta se pueden concretar básicamente en las siguientes: 1ª) Por una parte, la acción de desahucio por precario, como acabamos de apuntar, se ha de encauzar a través del juicio verbal por razón de la materia (artículo 250.1.2º de la LEC). 2ª) Por otra parte, la acción de reclamación de daños y perjuicios se ha de ventilar, por razón de la cuantía (cuando supera los 6000 euros o es indeterminada), por los trámites del juicio ordinario (artículo 249.2 de la LEC). Pues bien, a la vista de estos datos, se concluye que no es posible la acumulación de acciones cuando las acciones acumuladas se han de ventilar, por razón de la materia o por razón de la cuantía, en juicios de distinta clase (artículo 73 de la LEC).

Es cierto, no obstante, que el artículo 437.4 de la LEC establece como norma general que no se admitirá la acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales, a menos que se den algunas excepciones que se enumeran de manera explícita. Entre ellas, se hace mención específica a la "acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial a ella", siempre y cuando su cuantía no exceda el límite fijado para el juicio verbal: 6000

euros. De modo que, si la reclamación superara dicha cuantía, no se podría llevar a cabo la acumulación[70].

Pues bien, a la vista de lo último señalado, cabe preguntarse, en primer lugar, si la acción de desahucio es prejudicial a la acción de indemnización de daños y perjuicios. Como es natural, en caso de que la acción de desahucio se considere prejudicial y su cuantía sea inferior a 6000 €, en principio, se admitiría la acumulación de acciones, aunque es importante tener en cuenta que la mayoría de estas acciones suelen ser de cuantía indeterminada debido a la dificultad de concretar el momento exacto en que se producirá el desalojo voluntario o el lanzamiento judicial del ocupante precario del inmueble.

La cuestión de la prejudicialidad ha sido respondida de forma negativa por los tribunales. Así lo hace, en concreto, la SAP de Burgos (Sección 3ª), núm. 192/2003, de 28 de marzo[71]. En palabras de este órgano jurisdiccional, "para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la posesión de una finca no es necesario decidir previamente acerca de la existencia de un precario, por lo que el ejercicio de esta acción no es prejudicial de aquella. En consecuencia, por razones de economía procesal la solución debe de ser la de examinar la acción de desahucio por precario ejercitada en el procedimiento adecuado, con exclusión de la indebidamente acumulada de resarcimiento de daños y perjuicios, sin perjuicio de que en su caso la parte demandante pueda plantearla en el juicio correspondiente, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 9-9-91, 22-11-96 y 15-3-97)".

No es difícil advertir que en esta resolución el órgano jurisdiccional no solo se decanta por afirmar que la acción de desahucio no es prejudicial a la de indemnización de daños y perjuicios, sino que además expresa su opinión acerca de que la segunda acción mencionada (esto es, la indemnizatoria de daños y perjuicios) se ha de plantear en un juicio aparte, en cumplimiento de lo establecido en la legislación procesal vigente. En otros términos, cabría afirmar que la opinión del órgano jurisdiccional es clara en el sentido de que ambas acciones no son acumulables en un mismo procedimiento.

Junto a la SAP precedente, entre la jurisprudencia menor que no admite la acumulación de acciones a la que nos referimos cabe citar, por ejemplo, la SAP de Baleares (Sección 3ª), núm. 277/2020, de 30 de junio[72]. En ella, no obstante, parece que se acepta la prejudicialidad negada por la referida SAP de Burgos, aunque finalmente tampoco se admite la acumulación por entender la Audiencia Provincial que la pretensión excede del límite de 6000 euros al que se refiere expresamente el artículo 437.4 de la LEC al que antes tuvimos la oportunidad de aludir. En efecto, en lo que aquí interesa, en esta otra sentencia se considera inadecuada "la acumulación a la pretensión de desahucio por precario de la reclamación de cantidad como indemnización por daños y perjuicios", ya que es claro que la indemnización reclamada "rebasa los 6000 euros", por lo que "su acumulación no debe ser admitida, al amparo de lo dispuesto en el art. 437.4 LEC".

En muy parecidos términos se pronuncia la SAP de Madrid (Sección 13ª), núm. 283/2014, de 30 de julio[73]. En ella se sostiene que, aunque el artículo 71.2 LEC posibilita que el actor pueda acumular en su demanda todas las acciones que le competan contra el demandado, incluso si provienen de distintos títulos, siempre que no sean incompatibles entre sí (acumulación objetiva de acciones), no

obstante, lo cierto es que "esta regla general queda limitada por su admisibilidad procesal, esto es, que las acciones acumuladas no deban ventilarse, por razón de la materia o por razón de la cuantía, en juicios de diferente clase *ex* artículo 73". En este caso, prosigue el órgano jurisdiccional, "en el que la demanda se decide en juicio verbal (artículo 250.1.2.º de la LEC) y por tanto debe quedar sujeta a sus normas específicas, el artículo 438.3 de la LEC no permite la acumulación objetiva de acciones, salvo que se dé alguna de las excepciones que se enumeran. Entre ellas se halla *la acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella,* siempre que su cuantía no exceda del límite fijado para el juicio verbal (6000 euros) según el artículo 250.2 de la LEC, pues de rebasar tal límite solo es posible la acumulación cuando la ley expresamente lo prevé. Finalmente, la AP concluye que "aquí es llano que la reclamación de los daños y perjuicios rebasa los 6000 euros", por lo que la acumulación de acciones no resulta posible.

En una dirección similar a las precedentes y, por tanto, contraria a la acumulación de las acciones, hemos de mencionar también la SAP de Madrid (Sección 18ª), núm. 402/2019, de 26 de noviembre[74]. En esta otra resolución el órgano jurisdiccional sostiene que "no se puede adosar a dicho juicio (desahucio por precario) una acción de reclamación de cantidad derivada de unos supuestos daños y perjuicios, que no deja de ser una acción ordinaria, y que por supuesto y de acuerdo con los perjuicios que se dicen causados exceden del ámbito del juicio verbal, por lo que en principio no pueden ser acumuladas dichas acciones, pues se trata de acciones que deberían sustanciarse en procedimientos distintos".

En el mismo sentido que la sentencia anterior se pronuncia la SAP de Granada (Sección 4ª), núm. 70/2011, de 18 de febrero[75]. Los siguientes párrafos, entresacados de esta resolución judicial, son suficientemente ilustrativos de la postura que sobre esta materia adopta la AP: "En lo que sí ha de ser estimado el recurso es en la indebida acumulación de acciones acogida en la sentencia de instancia, pues en la demanda se solicita, junto al desahucio, la condena a indemnizar los perjuicios por la ilícita ocupación de la finca (...)". Ahora bien, "para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la posesión de una finca no es necesario decidir previamente acerca de la existencia de un precario, por lo que el ejercicio de esta acción no es prejudicial de aquella. En consecuencia, por razones de economía procesal la solución debe ser la de examinar la acción de desahucio por precario ejercitada en el procedimiento adecuado, con exclusión de la indebidamente acumulada de resarcimiento de daños y perjuicios".

La misma solución se mantiene también, entre otras, por la SAP de Madrid (Sección 11ª), núm. 16/2018, de 26 de enero[76]. En un primer momento esta sentencia pone de manifiesto que "la cuestión que se suscita es si la naturaleza de este procedimiento verbal especial por razón de la materia, desahucio por precario (…), permite que se pueda acumular a tal pretensión otra de carácter económico y resarcitorio por los daños y perjuicios que, a consecuencia de la detentación de la finca sin título por un tercero, le han sido irrogados desde el momento en que le hizo saber su voluntad contraria a la permanencia o continuación de la ocupación". Y, sobre la base de lo anterior, el órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que es "inadecuada en este caso la acumulación a la pretensión de desahucio

por precario de la reclamación de cantidad como indemnización por daños y perjuicios".

En apoyo de la tesis expuesta se pronuncian también la SAP de Málaga (Sección 5ª), núm. 416/2018, de 18 de julio[77]; la SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 185/2020, de 26 de mayo[78]; la SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) núm. 277/2020, de 30 de junio[79]; la SAP de Murcia (Sección 5ª), núm. 178/2020, de 27 de octubre[80]; la SAP de Jaén (Sección 1ª), núm. 317/2022, de 17 de marzo[81]; la SAP de Asturias (Sección 1ª), núm. 712/2022, de 19 de julio[82] y la SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 594/2022, de 1 de septiembre[83], entre otras. En concreto, en la última de las resoluciones citadas se afirma, entre otras cosas, que "al haber desaparecido el carácter sumario y sin efecto de cosa juzgada del juicio de desahucio de la Ley de 1881, ya que en la vigente Ley se tramita como juicio verbal, (…), el citado juicio es cauce adecuado, en contra de lo que se sostiene en el escrito de oposición al recurso, pero no el ejercicio acumulado de una acción de reclamación de cantidad, por lo que no puede ser examinada".

A la vista de esta jurisprudencia, cabe concluir que no procede la acumulación de las acciones analizadas por no ser prejudicial el precario a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Razón por la cual no se cumplen las exigencias de la exención de la acumulación de acciones recogida de forma expresa por el artículo 437.4 de la LEC (anterior artículo 438.3), según la cual la regla general de la inadmisibilidad de la acumulación objetiva de acciones en el ámbito del juicio verbal cuenta con la excepción de "[l]a acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella".

VIII. CONCLUSIONES

El análisis de la cuestión objeto de estudio nos permite efectuar unas consideraciones finales a modo de conclusiones:

I. La *institución del precario* no puede quedar reducida solamente a la graciosa concesión a un sujeto (el poseedor en precario) de la facultad de usar un bien con autorización de su legítimo poseedor, que fue el sentido que inicialmente se concedió a esta figura en el Derecho romano. Según admite tanto la jurisprudencia como la doctrina, poseedor en precario de un inmueble (que es el sujeto frente a quien se ha de interponer la acción de indemnización de daños y perjuicios analizada en este trabajo) es todo aquel que se encuentra en posesión de un determinado inmueble sin contar con el correspondiente título, bien por carecer de él o por haber devenido ineficaz el invocado frente al propietario.

II. Ha de contestarse indubitadamente de forma afirmativa la cuestión relativa a si es posible solicitar ante los tribunales de justicia *una indemnización en concepto de daños y perjuicios* por el tiempo en que se ha estado privado de la posesión de un inmueble por parte de un poseedor en precario. Como se sostiene en nuestra comunidad jurídica, es precisamente la doctrina del *enriquecimiento injusto* la que sirve de fundamento jurídico a este derecho de indemnización atribuible al legítimo poseedor del inmueble.

III. Serían conceptos indemnizables tanto el daño emergente (tales como daños materiales que se hubieren causado al inmueble o al mobiliario, tributos,

recibos de la comunidad de propietarios, contribuciones especiales, gastos asociados a la negociación y recuperación del inmueble, etc.) como el lucro cesante (cantidades que se habrían obtenido del inmueble si se estuviera disfrutando de la posesión real, pero que no se han llegado a percibir por los poseedores legítimos por haberse visto privados ilegalmente de ella). El momento a partir del cual se puede exigir esta indemnización se corresponde con aquel en el que se exige la devolución de la posesión a quien la tiene ilegítimamente.

IV. Con vistas a ayudar al tribunal a determinar la cantidad de la indemnización a la que tendría derecho el poseedor legítimo, cuantificando ambos conceptos (daño emergente y lucro cesante), sería conveniente contar con un informe pericial elaborado por un experto en el mercado inmobiliario. Este informe debería incluir una valoración de los daños materiales causados al inmueble y/o al mobiliario, una relación detallada de los gastos asumidos por los propietarios sin que les corresponda su pago (por derivarse del uso de la vivienda por parte de los ocupantes), y una argumentación técnica del precio que podría obtenerse en el mercado por el alquiler de un inmueble de características similares al ocupado ilegalmente.

V. Como es natural, la legitimación activa para el ejercicio de esta acción indemnizatoria la tienen los propietarios o usufructuarios que están siendo privados de la posesión legítima de la vivienda, en tanto que la legitimación pasiva recae en los ocupantes ilegítimos del inmueble (poseedores en precario). En caso de que sean varios los poseedores legítimos o los ocupantes, habrá de conformarse un litisconsorcio activo o pasivo.

VI. La acción indemnizatoria es una acción declarativa, lo que significa que su finalidad es obtener un pronunciamiento que declare la existencia de un derecho, pero no hacer efectivo el pago. En caso de que la sentencia sea estimatoria, es decir, declare la responsabilidad de los ocupantes ilegítimos y la obligación de indemnizar a los propietarios, se deberá iniciar un proceso posterior de ejecución de título judicial para obtener la satisfacción del derecho reconocido. Bien es cierto que, una vez se obtenga la sentencia estimatoria que declare la responsabilidad civil de los ocupantes y previamente a que ésta alcance firmeza, se podría instar la ejecución provisional, lo que es conveniente para la protección del derecho de crédito, frente a posibles recursos de apelación.

VII. Según la LEC, en caso de que sea necesario fijar la cantidad adeudada en concepto de daños y perjuicios en el momento de la ejecución forzosa, el procedimiento sería el siguiente: se presentaría un escrito solicitando de manera razonada la determinación judicial de la cuantía, acompañado de una relación pormenorizada de los daños y perjuicios junto con su valoración (que deberá respaldarse con el dictamen pericial aportado en el procedimiento declarativo y por la prueba documental pertinente). De todo ello se dará traslado a los responsables civiles para que, en un plazo de diez días, contesten lo que estimen oportuno a su derecho.

VIII. En lo que concierne a la posibilidad de acumular o no en un mismo procedimiento la acción de desahucio por precario y la acción de indemnización por daños y perjuicios, todo apunta a una respuesta negativa en nuestro ordenamiento. La argumentación que esgrime una abundante jurisprudencia menor para fundamentar esta solución puede concretarse del modo siguiente: ya que la acción

de desahucio por precario debe ser encauzada a través del juicio verbal por razón de la materia, y la acción de reclamación de daños y perjuicios debe ventilarse, en cambio, por los trámites del juicio ordinario, no es posible la acumulación de acciones al tratarse de juicios de distinta naturaleza (artículo 73 de la LEC).

IX. Es cierto, no obstante, que el artículo 437.4 de la LEC establece como regla general que no se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo que se dé alguna excepción, entre las cuales se hace expresa referencia a la acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial a ella, siempre que su cuantía no exceda del límite fijado para el juicio verbal: 6000 euros. Ahora bien, pese a esta excepción, la rica jurisprudencia a la que nos referimos concluye muy mayoritariamente que no procede la acumulación de las acciones analizadas por no ser prejudicial el precario a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

X. En cuanto al problema de la posibilidad de acumular las acciones de indemnización de daños y perjuicios y de desahucio por precario, nos hemos decantado por esta última acción no porque sea la única susceptible de utilizarse para recuperar la posesión de un inmueble ocupado en precario, sino por entender que se trata de la que más ventajas presenta en términos comparativos con las restantes. Entre dichas ventajas, cabe mencionar las posibilidades que ofrece de contar con una sentencia con efectos de cosa juzgada, de discutir cuestiones complejas relacionadas con la validez del título que oponga el demandado, así como su capacidad para ser utilizada tanto en casos de consentimiento como de ocupación no consentida, y la ausencia del plazo de caducidad de un año para su ejercicio en caso de ocupaciones ilegítimas. En consideración a estas ventajas, puede afirmarse que se trata de un mecanismo procesal útil y eficaz para recuperar la posesión de un inmueble en precario. No obstante, la reciente Ley del derecho a la vivienda ha agravado considerablemente la situación de los propietarios demandantes, al hacer cargar sobre ellos una función social que no les compete, sino que es propia del Estado, lo que además agrava la inseguridad jurídica. Sobre todo, porque dicha Ley comporta una mayor dilación de los procedimientos de desahucio por precario, en detrimento de los intereses de los propietarios de las viviendas ilegítimamente ocupadas.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

I. Tribunal Supremo

- STS núm. 110/2006, de 6 de febrero (ROJ: STS 458/2006, ECLI:ES:TS:2006:458).
- STS núm. 1025/2008, de 29 de octubre (ROJ: STS 5636/2008, ECLI:ES:TS:2008:5636).
- STS núm. 474/2009, de 30 de junio (ROJ: STS 3899/2009, ECLI:ES:TS:2009:4819).
- STS núm. 178/2011, de 18 de marzo (ROJ: STS 1801/2011, ECLI:ES:TS:2011:1801).
- STS núm. 221/2012, de 9 de abril (ROJ: STS 6120/2012, ECLI:ES:TS:2012:6120).
- STS núm. 110/2013, 28 de febrero (ROJ: STS 792/2013, ECLI:ES:TS:2013:792).
- STS s/n, de 22 de abril de 2013 (ROJ: STS 3013/2013, ECLI:ES:TS:2013:3013).
- STS núm. 275/2013, de 30 de abril (ROJ: STS 5873/2013, ECLI:ES:TS:2013:5873).
- STS núm. 557/2013, 19 de septiembre (ROJ: STS 4766/2013, ECLI:ES:TS:2013:4766).
- STS núm. 545/2014, de 1 de octubre (ROJ: STS 3751/2014, ECLI:ES:TS:2014:3751).

- STS núm. 300/2015, de 28 de mayo (ROJ: STS 2208/2015, ECLI:ES:TS:2015:2208).
- STS núm. 134/2017, de 28 de febrero (ROJ: STS 706/2017, ECLI:ES:TS:2017:706).
- STS núm. 691/2020, de 21 diciembre (ROJ: STS 4385/2020, ECLI:ES:TS:2020:4385).
- STS núm. 587/2020, de 6 de noviembre (ROJ: STS 3550/2020, ECLI:ES:TS: 2020:3550).

II. Audiencias Provinciales

- SAP de Burgos (Sección 3ª), núm. 192/2003, de 23 de marzo (ROJ: SAP BU 429/2003, ECLI:ES:APBU:2003:42).
- SAP de Granada (Sección 4ª), núm. 70/2011, de 18 de febrero (ROJ: SAP GR 2403/2011, ECLI:ES:APGR:2011:2403).
- SAP de Madrid (Sección 13ª), núm. 283/2014, de 30 de julio (ROJ: SAP M 12770/2014, ECLI:ES:APM:2014:12770).
- SAP de Cantabria (Sección 4ª), núm. 87/2016, de 16 de febrero (ROJ: SAP S 77/2016, ECLI:ES:APS:2016:77).
- SAP de Madrid (Sección 11ª), núm. 16/2018, de 26 de enero (ROJ: SAP M 545/2018, ECLI:ES:APM:2018:545).
- SAP de Tarragona (Sección 3ª), núm. 134/2018, de 17 de abril (ROJ SAP T 319/2018, ECLI:ES:APT:2018:319).
- SAP de Málaga (Sección 5ª), núm. 416/2018, de 18 de julio (ROJ: SAP MA 2618/2018, ECLI:ES:APMA:2018:2618).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 550/2019, de 20 mayo (ROJ: SAP B 5246/2019, ECLI:ES:APB:2019:5246).
- SAP de Madrid (Sección 18ª), núm. 402/2019, de 26 de noviembre (ROJ: SAP M 16739/2019, ECLI:ES:APM:2019:16739).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 185/2020, de 26 de mayo (ROJ: SAP B 3450/2020, ECLI:ES:APB:2020:3450).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 214/2020, de 28 de mayo (ROJ: SAP B 3713/2020, ECLI:ES:APB:2020:3713).
- SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 229/2020, de 29 de mayo (ROJ: SAP B 3800/2020, ECLI:ES:APB:2020:3800).
- SAP de Baleares (Sección 3ª), núm. 277/2020, de 30 de junio (ROJ: SAP IB 1418/2020, ECLI:ES:APIB:2020:1418).
- SAP de Murcia (Sección 5ª), núm. 178/2020, de 27 de octubre (ROJ: SAP MU 1997/2020, ECLI:ES:APMU:2020:1997).
- SAP de Barcelona (Sección 4ª), núm. 909/2020, de 30 de noviembre (ROJ: SAP B 11821/2020, ECLI:ES:APB:2020:11821).
- SAP de Jaén (Sección 1ª), núm. 317/2022, de 17 de marzo (ROJ: SAP J 386/2022, ECLI:ES:APJ:2022:3869.
- SAP de Asturias (Sección 1ª), núm. 712/2022, de 19 de julio (ROJ: SAP O 2678/2022, ECLI:ES:APO:2022:2678).
- SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 594/2022, de 1 de septiembre (ROJ: SAP NA 925/2022, ECLI:ES:APNA:2022:925).
- SAP de Lleida (Sección 2ª), núm. 646/2022, de 13 de octubre (ROJ: SAP L 871/2022, ECLI:ES:APL:2022:871).

III. Tribunal Constitucional

- STC 209/2007: BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

IV. Doctrina administrativa

- Resolución de 15 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 3, a inscribir un derecho de uso. Disposición 15763 del BOE núm. 242 de 2011.

X. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (coord. MAGRO SERVET) (2010). ¿Es posible desdoblar las acciones civiles de reclamación por responsabilidad extracontractual para reclamar primero la mera declaración de éste y más tarde la ejecución del título judicial de condena en su caso*? El Derecho* [En línea], disponible en: Sustituir por: https://elderecho.com/es-posible-desdoblar-las-acciones-civiles-de-reclamacion-por-responsabilidad-extracontractual-para-reclamar-primero-la-mera-declaracion-de-este-y-mas-tarde-la-ejecucion-del-titulo-judicial-de-co

ARIÑO, B. y FAUS, M. (2023). Contratos de comodato o préstamo de uso. *VLex* [En línea], disponible en https://vlex.es/vid/contratos-comodato-prestamo-uso-415989638.

ARNAU MOYA, F. (2021). Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados. *Revista. Boliviana de Derecho*, núm. 32, 314-365.

— (2021) La preferencia de la vía civil a la penal para recobrar la posesión en las ocupaciones pacíficas de inmuebles. *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 798-827.

AVEDAÑO VALDEZ, J. (1986). La posesión ilegítima o precaria. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 4, 59-63.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2023), "El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, núm. 10275, Sección Dossier, 26 de abril y también [En línea] disponible en: https://abogadosenleonmv.com/2023/04/26/el-ambito-del-desahucio-por-precario-y-de-los-procesos-de-tutela-sumaria-de-la-posesion-en-la-reciente-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/

BONET NAVARRO, J. (2010). *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*. Navarra: Ed. Aranzadi.

BURGUERA ABOGADOS (2020). Desahucio por precario. [En línea] Disponible en: https://www.burgueraabogados.com/tag/desahucio-por-precario/.

CANO MORIANO, G. (1999). *Estudio sobre la figura del precario*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.

CÁNOVAS ESTUDIO LEGAL (2020). La ocupación de viviendas: diferencias entre allanamiento de morada y usurpación. [En línea] Disponible en: https://canovasestudiolegal.com/la-ocupacion-de-viviendas-diferencias-entre-allanamiento-de-morada-y-usurpacion/

CRESPO MOLINA, A. y GARZÓN, L.J. (2020). Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente. *Young Arbitration Magazine*, VIII edición,

22-28. [En línea] Disponible en: https://www.cyacr.com/_files/ugd/cae5a0_814d8c93f92d4b3d9914246218fc2836.pdf#page=25.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Ed. Civitas.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2019). Sobre los conceptos de intimidad, morada y domicilio en el delito de allanamiento de morada. En: AA.VV. (coord. BASSO, CANCIO y otros). *Libro homenaje al Profesor Agustín Jorge Barreiro,* Vol. 2 (2019), Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1009-1021.

ESPINOSA GARCÍA, A. (1996). El enriquecimiento injusto o sin causa. En: AA. VV. (coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y MARTÍNEZ-SIMANCASAS SÁNCHEZ). *Estudios sobre derecho procesal*, Vol. 4 (1996), Ed. Banco Central Hispanoamericano: SOPEC, 5255-5302.

ESPINOSA QUINTANA, J.M. (2017). El concepto de precario y el movimiento okupa. [En línea] Disponible en: http://jurisdependencia-asesoriayabogados.com/precario-okupas/.

ESTEVE PARDO, A. (2015). El retraso en la entrega de un inmueble con daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato. *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 68, núm. 2, 601-624. [En línea] Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5229872.pdf.

FAUS PUJOL, M. (2023). *Práctico Contratos Civiles*. *VLex* [En línea], disponible en: https://vlex.es/vid/precario-226572.

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023), "La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales", *Actualidad Civil*, núm. 6.

GARCÍA HERRERA FERNÁNDEZ, J. (2017). Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2017, 56-67.

GARNICA MARTÍN, J.F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 37, 2007, 5-24.

GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida. *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021.

GÓMEZ POMAR, F. (2000). Daño moral. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000 [En línea], disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/ article/view/120073/162033.

GUÍAS JURÍDICAS. Voz enriquecimiento injusto. *La Ley* [En línea], disponible en: https://guiasjuridicas.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjU3MTtbLUouLM_DzbsMz01LySVLXEsvzMFJ_8xBTPvODUYrBUSFFpKgD3ScYKOAAAAA==WKE.

JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas. *Diario La Ley*, núm. 9262, 2018.

JORGE BARREIRO, A. (2002). El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995. En: AA.VV. (coord. DÍEZ RIPOLLÉS y otros). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir* (2002), Madrid: Tecnos, 1351-1388.

LÓPEZ MAS, P.J. (2021). *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*. Ed. Dykinson.

LOZANO GAGO, M.L. (2010). El nuevo juicio verbal de desahucio exprés. *La Toga*, núm. 179, 2010, 24-27.

MACIÁ GÓMEZ, R.I. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, 2010, 21-32 [En línea], disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3675984.pdf.

MAGRO SERVET, V. (2019). El informe pericial de valoración de daños y perjuicios. *Práctica derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 140, 2019, 3.

MARTÍN-RETORTILLO, C. (1953). El comodato en nuestros días. *Anuario de derecho civil*, Vol. 6, núm. 4, 1953, págs. 839-856. [En línea], disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773578

MEDRANO ARANGUREN, A. (2015). Desahucio por precario y comodato por cesión de uso. *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 173, 2015, 147-159.

MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J. (2002). El comodato o el préstamo de uso. En: AA.VV. (coord. CABANILLAS SÁNCHEZ y otros). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2 (2002), Ed. Civitas, 2547-2564.

MÉNDEZ TOMÁS, R.M. y VILALTA NICUESA, A.E. (1999), *El enriquecimiento injusto*, Ed. J.M. Bosch Editor.

MIRANDA SERRANO, L.M. (2017), "La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 304, 41-112.

MOZAS PILLADO, J. (2020). *El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245 del Código Penal español*. Tesis doctoral dirigida por BERNALL DEL CASTILLO, J., Universidad de Oviedo. [En línea], disponible en: https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/57889/TD_Juan%20MozasPillado.pdf?sequence=2&isAllowed=y

NAVEIRA ZARRA, M.M. (2005). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Tesis doctoral dirigida por PENA LÓPEZ, J.M., Universidad de la Coruña. [En línea], disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131.

RIZO GÓMEZ, B. (2012). El desahucio por precario. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* núm. 96-97, 2012.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2016). Instrumentos procesales adecuados para la recuperación de la vivienda ocupada contra la voluntad de su propietario. *Revista de Derecho vLex*, núm. 150. [En línea], disponible en https://app.vlex.com/#vid/652787625.

SÁNCHEZ GUZMÁN, N. (2022). La cuantificación del daño extra patrimonial", *Revista REDpensar*, vol. 11, núm. 2, pág. 1-18. [En línea], disponible en: https://ojs.redpensar.ulasalle.ac.cr/index.php/redpensar/article/view/239/230.

SEVILLA CÁCERES, F. (2023). Desahucio por precario y la acción de indemnización por daños y perjuicios. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/desahucio-por-precario-y-la-accion-de-indemnizacion-por-danos-y-perjuicios/

— (2022). La posesión en precario. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/la-posesion-precario/.
— (2022). Perturbación de los derechos reales inscritos en el Registro. [En línea], disponible en https://www.mundojuridico.info/perturbacion-de-los-derechos-reales-inscritos-en-el-registro/.
— (2022). Requisitos para que prospere la acción de desahucio por precario. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/requisitos-prospere-la-accion-desahucio-precario/.
— (2021). Indemnización por lucro cesante. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/indemnizacion-por-lucro-cesante/.
TOLEDO ROMERO DE ÁVILA, M.I. (2022). Desahucio por precario y daños y perjuicios. [En línea], disponible en https://roleplayjuridico.com/desahucio-por-precario-y-accion-de-danos-y-perjuicios/.
TÓRRES LÓPEZ, A. (2023), "Novedades en los juicios de desahucio tras la nueva Ley por el derecho a la vivienda". [En línea], disponible en: https://www.otrosi.net/novedades-en-los-juicios-de-desahucio-tras-la-nueva-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/
TORROBA DÍAS, J. Lucro cesante. [En línea], disponible en: https://www.conceptosjuridicos.com/lucro-cesante/.
VALERO ALARCÓN, J. ¿Es posible reclamar los daños y perjuicios que genera un ocupante de un inmueble de forma conjunta con la acción de desahucio por precario? [En línea], disponible en: https://www.abogadodedesahucios.es/acumulaci%C3%B3n-da%C3%B1os-y-perjuicios-desahucio-por-precario/.
VÁZQUEZ BARROS, S. (2005). *Los interdictos: acciones posesorias*. Editorial Bosch, S.A.
VICENTE DOMINGO, E. (2014). *El lucro cesante*. Ed. Reus.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2022), *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Ed. Dykinson.
ZARCO PLEGUEZUELOS, C.J. (2017). La protección del propietario frente a la ocupación ilegal de un inmueble. *Inmueble. Revista del sector inmobiliario*, núm. 174, 2017, 18-23.
WONG J.M. (1989). El Precario. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 15, 1989, 85-90. [En línea], disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110033

NOTAS

* Este trabajo se inserta dentro de los siguientes Proyectos de investigación de los que son IP los Profesores Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ: 1º) Proyecto nacional (referencia: PID2020-117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. 2º) Proyecto autonómico (referencia: P20_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía. 3º) Proyecto FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba. La autora es Graduada en Derecho (con Premio Extraordinario) y en ADE por la Universidad de Córdoba, Máster en Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Carlos III de Madrid y de Asesoría Jurídica de Empresas por la UCO y Premio al mejor expediente académico completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba en el curso 2020/21, concedido por la Fundación Caja Rural del Sur.

[1] Sobre la ilegitimidad de la posesión en precario, *vid.* AVEDAÑO VALDEZ, J. (1986). La posesión ilegítima o precaria. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 4, 59-63.

[2] *Vid.*, más información sobre el principio de indemnidad en NAVEIRA ZARRA, M.M. (2005). El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Tesis doctoral dirigida por PENA LÓPEZ, J.M., Universidad de la Coruña. [En línea], disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131.

[3] En relación con esta materia es relevante la STS núm. 1025/2008, de 29 de octubre (ROJ: STS 5636/2008, ECLI:ES:TS:2008:5636). En ella se aborda la cesión de una vivienda por sus propietarios a un hijo y su esposa, para que formen en ella el hogar familiar. Al separarse los cónyuges, la Audiencia Provincial de Alicante atribuye el uso de la vivienda a la mujer. Los propietarios de la vivienda recurren al TS y éste sostiene que, al producirse la separación matrimonial, desaparece el derecho de la nuera a usar la vivienda, pasando a encontrarse en situación de poseedora en precario. En palabras del TS: "Si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble" (Fundamento de Derecho 2º).

[4] BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

[5] La cursiva es nuestra.

[6] Las dos condiciones que tiene que cumplir todo contrato de comodato se encuentran expresadas en el artículo 1744 CC. Se trata, por un lado, de la temporalidad (un término cierto) y, por otro, del uso o fin determinado para el cual se entrega la cosa. Uno de los primeros estudios sobre esta figura puede verse en MARTÍN-RETORTILLO, C. (1953). El comodato en nuestros días. *Anuario de derecho civil*, Vol. 6, núm. 4, 1953, págs. 839-856. [En línea], disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773578. Más recientemente, sobre esta institución del Derecho contractual: ARIÑO, B. y FAUS, M. (2023). Contratos de comodato o préstamo de uso. *VLex* [En línea], disponible en https://vlex.es/vid/contratos-comodato-prestamo-uso-415989638; y MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J. (2002). El comodato

o el préstamo de uso. En: AA.VV. (coord. CABANILLAS SÁNCHEZ y otros). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 2 (2002), Ed. Civitas, 2547-2564.

[7] La evolución del concepto de precario se puede inferir del análisis de sentencias remotas como, por ejemplo, las SSTS de 28 de junio de 1926, 13 de febrero de 1958 o 30 de octubre de 1986. En concreto, en la última STS citada se afirma lo que sigue: "Conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3 del artículo 1565 de la LEC no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó al Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto del precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de una bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por lo tanto la falta de un título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho»; el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, «siendo atacada la entrega» en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación (Sentencia de 10 de enero 1964)". Sobre las diferencias entre precario y comodato vid., por ejemplo, GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida. *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021; MEDRANO ARANGUREN, A. (2015). Desahucio por precario y comodato por cesión de uso. CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 173, 2015, 147-159.

[8] ROJ: STS 2208/2015, ECLI:ES:TS:2015:2208.

[9] ROJ: STS 792/2013, ECLI:ES:TS:2013:792.

[10] ROJ: STS 4766/2013, ECLI:ES:TS:2013:4766.

[11] ROJ: STS 3751/2014, ECLI:ES:TS:2014:3751.

[12] ROJ: STS 706/2017, ECLI:ES:TS:2017:706.

[13] ROJ: SAP S 77/2016, ECLI:ES:APS:2016:77.

[14] Esta jurisprudencia puede ampliarse, entre otros, en SEVILLA CÁCERES, F. (2022). Requisitos para que prospere la acción de desahucio por precario. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/requisitos-prospere-la-accion-desahucio-precario/.

[15] ROJ: SAP B 5246/2019, ECLI:ES:APB:2019:5246.

[16] Disposición 15763 del BOE núm. 242 de 2011.

[17] En concreto, en palabras de esta RDGRN: "Para resolver la cuestión planteada carece de trascendencia determinar si la concesión del derecho de uso sobre el inmueble —a título gratuito, para ser utilizado por el que lo adquiere sin pactar el plazo de duración ni el uso concreto y determinado a que haya de destinarse el bien cedido— constituye una modalidad de comodato (denominado por la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo como-

dato-precario según el artículo 1750 del Código Civil), o se trata de una figura incardinable en el concepto de precario en sentido amplio, comprensivo de toda situación de posesión concedida o tolerada, posesión sin título o con título ineficaz (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 y 18 de marzo de 2011). En todo caso, aun cuando se tratara del denominado comodato-precario, tendría vedada su inscripción, por ser un derecho personal no asegurado especialmente (artículo 98 de la Ley Hipotecaria). El presente debate se contrae a un supuesto de posesión, nacida de una declaración negocial pero concedida graciosamente por el cedente, de suerte que el que posee puede usar la cosa y el cedente podrá reclamarla a su voluntad. Interpretando las declaraciones de voluntad plasmadas en la escritura con arreglo a las reglas legales (cfr. artículos 1281 y 1289, párrafo primero, del Código Civil), se trata de una relación de precario que ampararía el mero o simple hecho de poseer por obra y gracia de una concesión del propietario. Y, sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho o sobre el derecho a poseer (*ius possidenti)* y el derecho de posesión (*ius possessionis)* no puede desconocerse que, según el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, no son inscribibles los títulos relativos al mero o simple hecho de poseer, por lo que está vedado el acceso al Registro de los pactos como el presente que se traducen en la atribución de un estado posesorio absolutamente claudicante, en tanto que libremente revocable por el concedente".

[18] *Vid.*, por ejemplo, ESPINOSA QUINTANA, J.M. (2017). El concepto de precario y el movimiento okupa. [En línea] Disponible en: http://jurisdependencia-asesoria yabogados. com/precario-okupas/.

[19] Más información en: ARNAU MOYA, F. (2021). Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados. *Revista. Boliviana de Derecho*, núm. 32, 314-365; CANO MORIANO, G. (1999). *Estudio sobre la figura del precario*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA; FAUS PUJOL, M. (2023). *Práctico Contratos Civiles*. *VLex* [En línea], disponible en: https://vlex.es/vid/precario-226572; SEVILLA CÁCERES, F. (2022). La posesión en precario. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/la-posesion-precario.

[20] Al respecto: WONG J.M. (1989). El Precario. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 15, 1989, 85-90. [En línea], disponible en: fhttps://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110033; también AVEDAÑO VALDEZ, J (1986). La posesión ilegítima…, *cit.*, pág. 62, quien apunta que en el Derecho romano el *precarium* se concebía como "un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente".

[21] Así, en concreto: FAUS PUJOL, M. (2023), *Práctico Contratos…*, *cit. supra*.

[22] Una aproximación a las diferencias principales que cabe apreciar entre estos dos tipos delictivos puede consultarse en CÁNOVAS ESTUDIO LEGAL (2020). La ocupación de viviendas: diferencias entre allanamiento de morada y usurpación. [En línea] Disponible en: https://canovasestudiolegal.com/la-ocupacion-de-viviendas-diferencias-entre-allanamiento-de-morada-y-usurpacion/; también *vid.* ARNAU MOYA, F. (2021). La preferencia de la vía civil a la penal para recobrar la posesión en las ocupaciones pacíficas de inmuebles. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 807-808.

[23] Sin perjuicio de lo que a continuación se indica, *vid*. al respecto, más información, entre otros, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2019). Sobre los conceptos de intimidad, morada y domicilio en el delito de allanamiento de morada. En: AA.VV. (coord. BASSO, CANCIO y otros). *Libro homenaje al Profesor Agustín Jorge Barreiro,* Vol. 2 (2019), Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1009-1021; JORGE BARREIRO, A. (2002). El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995. En: AA.VV. (coord. DÍEZ RIPOLLÉS y otros). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir* (2002), Madrid: Tecnos, 1351-1388.

[24] Según palabras del Tribunal Constitucional, "las ideas de vida privada e intimidad se erigen en los conceptos rectores que guían dicha definición. De ahí, precisamente, que la aptitud para que en un espacio se desarrolle la vida privada —unido a su efectivo desarrollo—

sea lo que determine que ese espacio pueda ser considerado morada" (así, entre otras, la STC 209/2007: BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007, páginas 55 a 59).

[25] Así lo corrobora, en particular, la STS 587/2020, de 6 de noviembre (ES:TS:2020:362) en cuyo FJ 2º el Alto Tribunal sostiene lo siguiente: "La cuestión que nos surgiría es la relativa a qué concepto debemos tener por morada, y si es posible que la consideración de morada sea doble, en el sentido de poder disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habitual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a elegir cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos eligiendo cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto".

[26] STS 800/2014, de 12 de noviembre: ES:TS:2014:5169. Para profundizar sobre este tipo delictivo puede consultarse, *ad ex.*, GARCÍA HERRERA FERNÁNDEZ, J. (2017). Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2017, 56-67; MOZAS PILLADO, J. (2020). *El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245 del Código Penal español*. Tesis doctoral dirigida por BERNALL DEL CASTILLO, J., Universidad de Oviedo. [En línea], disponible en: https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/57889/TD_Juan%20MozasPillado.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

[27] ESPINOSA GARCÍA, A. (1996). El enriquecimiento injusto o sin causa. En: AA.VV. (coord. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y MARTÍNEZ-SIMANCASAS SÁNCHEZ). *Estudios sobre derecho procesal*, Vol. 4 (1996), Ed. Banco Central Hispanoamericano: SOPEC, 5255-5302; MÉNDEZ TOMÁS, R.M. y VILALTA NICUESA, A.E. (1999), *El enriquecimiento injusto*, Ed. J.M. Bosch Editor. Por todos, sobre el enriquecimiento injusto o sin causa pueden consultarse las clásicas obras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Ed. Civitas; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2022), *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Ed. Dykinson.

[28] ROJ: STS 458/2006, ECLI:ES:TS:2006:458.

[29] Vid. el Fundamento de Derecho 3º.

[30] Más ampliamente, junto a la doctrina cit. supra, nota 29, vid. también, por ejemplo, "Voz Enriquecimiento injusto", disponible en https://guiasjuridicas.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjU3MTtbLUouLM_DzbsMz01LySVLXEsvzMFJ_8xBTPvODUYrBUSFFpKgD3ScYKOAAAAA==WKE

[31] ROJ: SAP O 2678/2022, ECLI:ES:APO:2022:2678.

[32] Fundamento de Derecho 2º.

[33] ROJ: STS 5873/2013, ECLI:ES:TS:2013:5873.

[34] Fundamento de Derecho 2º, punto 5.

[35] AVEDAÑO VALDEZ, J. (1986). La posesión ilegítima…, *cit. supra*.

[36] LÓPEZ MAS, P.J. (2021). *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*. Ed. Dykinson, 174-175.

[37] GARNICA MARTÍN, J.F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 37, 2007, 5-24.

[38] *Vid*. más información en TORROBA DÍAS, J. Lucro cesante. [En línea], disponible en: https://www.conceptosjuridicos.com/lucro-cesante/; y monográficamente: VICENTE DOMINGO, E. (2014). *El lucro cesante*. Ed. Reus, *passim*.

[39] Así, por ejemplo, ESTEVE PARDO, A. (2015). El retraso en la entrega de un inmueble con daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato. *Anuario de Derecho*

Civil, Vol. 68, núm. 2, 601-624. [En línea] Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5229872.pdf (en concreto, pág. 614).

[40] ROJ: STS 3013/2013, ECLI:ES:TS:2013:3013.

[41] Fundamento de Derecho 2º, punto 5.

[42] Más información puede encontrarse en MACIÁ GÓMEZ, R.I. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, 2010, 21-32 [En línea], disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3675984.pdf*.

[43] GÓMEZ POMAR, F. (2000). Daño moral. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000, 10. [En línea], disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/120073/162033.

[44] ROJ: SAP L 871/2022, ECLI:ES:APL:2022:871.

[45] Fundamento de Derecho 2º.

[46] Así, aunque con referencia al daño extrapatrimonial, SÁNCHEZ GUZMÁN, N. (2022). La cuantificación del daño extra patrimonial", *Revista REDpensar*, vol. 11, núm. 2, pág. 1-18. [En línea], disponible en: https://ojs.redpensar.ulasalle.ac.cr/index.php/redpensar/article/view/239/230.

[47] ROJ: STS 6120/2012, ECLI:ES:TS:2012:6120.

[48] Fundamento de Derecho 4º, letra A.

[49] Al respecto, entre otros: MAGRO SERVET, V. (2019). El informe pericial de valoración de daños y perjuicios. *Práctica derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 140, 2019, 3.

[50] Entre otros, insiste en la relevancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad: SÁNCHEZ GUZMÁN, N. (2022). La cuantificación del daño…, *cit.*, pág. 16. Realmente, el criterio de la razonabilidad constituye hoy día (y desde hace ya un tiempo) un criterio universal de amplia aplicación en el ámbito del Derecho; por ejemplo, así acontece en el sector del moderno derecho de la contratación: *vid.* al respecto MIRANDA SERRANO, L.M. (2017), "La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 304, 41-112.

[51] Acerca de la determinación del lucro cesante en la jurisprudencia del TS: CRESPO MOLINA, A. y GARZÓN, L.J. (2020). Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente. *Young Arbitration Magazine*, VIII edición, 22-28. [En línea] Disponible en: https://www.cyacr.com/_files/ugd/cae5a0_814d8c93f92d4b3d9914246218fc2836.pdf#page=25; GARNICA MARTÍN, J.F. (2007). La prueba del lucro…, *cit. supra*; SEVILLA CÁCERES, F. (2021). Indemnización por lucro cesante. [En línea], disponible en: https:// www.mundojuridico.info/indemnizacion-por-lucro-cesante/.

[52] *Vid.*, SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2016). Instrumentos procesales adecuados para la recuperación de la vivienda ocupada contra la voluntad de su propietario. *Revista de Derecho vLex*, núm. 150. [En línea], disponible en https://app.vlex.com/#vid/652787625.

[53] GARNICA MARTÍN, J.F. (2007). La prueba del lucro…, *cit.*, pág. 61.

[54] Para más información sobre el ejercicio de acciones declarativas y ejecutivas de manera sucesiva, *vid*. AA.VV. (coord. MAGRO SERVET) (2010). ¿Es posible desdoblar las acciones civiles de reclamación por responsabilidad extracontractual para reclamar primero la mera declaración de éste y más tarde la ejecución del título judicial de condena en su caso*? El Derecho* [En línea], disponible en: https://elderecho.com/es-posible-desdoblar-las-acciones-civiles-de-reclamacion-por-responsabilidad-extracontractual-para-reclamar-primero-la-mera-declaracion-de-este-y-mas-tarde-la-ejecucion-del-titulo-judicial-de-co.

[55] Al respecto, más información JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas. *Diario La Ley*, núm. 9262, 2018; LOZANO GAGO, M.L. (2010). El nuevo juicio verbal de desahucio exprés. *La Toga*, núm. 179, 2010, 24-27.

[56] *Vid.* una aproximación a esta vía procesal en SEVILLA CÁCERES, F. (2022). Perturbación de los derechos reales inscritos en el Registro. [En línea], disponible en https://www.mundojuridico.info/perturbacion-de-los-derechos-reales-inscritos-en-el-registro/.

[57] Sobre estas razones y, en general, a propósito de las ventajas que pueden imputarse a la acción de desahucio por precario: ARNAU MOYA, F. (2021). Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados. *Revista. Boliviana de Derecho*, núm. 32, *cit.*, págs. 324 y ss. Recientemente, sobre este instrumento procesal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede consultarse: BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2023), "El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, núm. 10275, Sección Dossier, 26 de abril y también [En línea] disponible en: https://abogadosenleonmv.com/2023/04/26/el-ambito-del-desahucio-por-precario-y-de-los-procesos-de-tutela-sumaria-de-la-posesion-en-la-reciente-jurisprudencia-del-tribunal-supremo/

[58] ROJ: STS 4385/2020, ECLI:ES:TS:2020:4385.

[59] Dentro de la llamada jurisprudencia menor, puede verse en esta misma dirección, por ejemplo, la SAP de Tarragona (Sección 3ª), núm. 134/2018, de 17 de abril (ROJ SAP T 319/2018, ECLI:ES:APT:2018:319), en la que puede leerse que "contrariamente a la situación existente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el juicio de desahucio por precario, o lo que es lo mismo, el proceso verbal al que se refiere el art. 250.1.2º de la referida norma, no es un juicio sumario, sino un proceso plenario que finalizada por sentencia con efectos de cosa juzgada: no cabe la alegación de la cuestión compleja, ya que en el mismo se pueden y deben ventilar todas las cuestiones referentes a la posesión, tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Procesal (Ordinal XII), que al justificar la no inclusión de este proceso en el art. 447, esto es, dentro de aquellos en los que la sentencia dictada carece de efectos de cosa juzgada, justifica tal exclusión al decir que "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso de desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad".

[60] BOE, núm. 142, de 12 de junio de 2018. Sobre la figura del llamado desahucio expresss, *ad ex* JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). Desahucio exprés…, *cit.*, págs. 1 y ss.; LOZANO GAGO, M.L. (2010). El nuevo juicio verbal…, *cit*.

[61] Respectivamente, ROJ: SAP B 3713/2020, ECLI:ES:APB:2020:3713 y ROJ: SAP B 3800/2020, ECLI:ES:APB:2020:3800.

[62] *Vid*. también, en la misma línea, la SAP Barcelona (Sección 4ª), núm. 909/2020, de 30 de noviembre (ROJ: SAP B 11821/2020, ECLI:ES:APB:2020:11821), en la que el demandado alega la inadecuación del procedimiento por estimar que debería de haberse utilizado la acción de tutela sumaria. Al respecto, la Audiencia Provincial es rotunda a la hora de sostener que, a pesar de la reforma de la ley 5/2018, es "inasumible que los colectivos objeto de la reforma, a partir de ahora, sólo puedan acudir a la vía del artículo 250.1.4º, párrafo segundo, de la LEC"; lo que le conduce a admitir que el propietario de viviendas está facultado para utilizar cuando lo estime conveniente el desahucio por precario, toda vez que lo contrario, es decir, "entender que, a partir de ahora, sólo van poder utilizar este procedimiento sumario privilegiado les perjudicaría en caso de que, por ejemplo, caducara la acción conforme al artículo 439.1 de la LEC, lo cual no sería coherente con el propósito del legislador de que los perjudicados por la ocupación ilegal de su vivienda encuentren una respuesta ágil por parte de los tribunales de justicia".

[63] Así: ARNAU MOYA, F. (2021). Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados. *Revista. Boliviana de Derecho*, núm. 32, *cit.*, pág. 327.

[64] Como se pone de manifiesto, por ejemplo, en BURGUERA ABOGADOS (2020). Desahucio por precario. [En línea] Disponible en: https://www.burgueraabogados.com/tag/desahucio-por-precario/

[65] Sin perjuicio de lo que indicamos a continuación, vid. más información en RIZO GÓMEZ, B. (2012). El desahucio por precario. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* núm. 96-97, 2012, *passim*.

[66] BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

[67] De hecho, así lo corrobora la no inclusión de este procedimiento en el artículo 447.2.º de la LEC, donde se dispone que "[n]o producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LEC explica del modo siguiente la supresión del carácter sumario del procedimiento de desahucio por precario: "En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a aquellos en que se pretenda una rápida tutela de la posesión o tenencia, las que decidan sobre peticiones de cese de actividades ilícitas en materia de propiedad intelectual o industrial, las que provean una inmediata protección frente obras nuevas o ruinosas, así como las que resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler o sobre la efectividad de los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad".

[68] BOE núm. 124, de 25/05/2023.

[69] Al respecto, para una aproximación más detallada: TÓRRES LÓPEZ, A., "Novedades en los juicios de desahucio tras la nueva Ley por el derecho a la vivienda". [En línea], disponible en: https://www.otrosi.net/novedades-en-los-juicios-de-desahucio-tras-la-nueva-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/; FUENTES-LOJO RIUS, A. (2023), "La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales", *Actualidad Civil*, núm. 6, *passim*.

[70] Sobre esta cuestión vid. más información, sin perjuicio de la jurisprudencia que a continuación se cita, en: SEVILLA CÁCERES, F. (2023). Desahucio por precario y la acción de indemnización por daños y perjuicios. [En línea], disponible en: https://www.mundojuridico.info/desahucio-por-precario-y-la-accion-de-indemnizacion-por-danos-y-perjuicios/; TOLEDO ROMERO DE ÁVILA, M.I. (2022). Desahucio por precario y daños y perjuicios. [En línea], disponible en https://roleplayjuridico.com/desahucio-por-precario-y-accion-de-danos-y-perjuicios/; VALERO ALARCÓN, J. ¿Es posible reclamar los daños y perjuicios que genera un ocupante de un inmueble de forma conjunta con la acción de desahucio por precario? [En línea], disponible en: https://www.abogadodedesahucios.es/acumulaci%C3%B3n-da%-C3%B1os-y-perjuicios-desahucio-por-precario/.

[71] ROJ: SAP BU 429/2003, ECLI:ES:APBU:2003:429.

[72] ROJ: SAP IB 1418/2020, ECLI:ES:APIB:2020:1418.

[73] ROJ: SAP M 12770/2014, ECLI:ES:APM:2014:12770.

[74] ROJ: SAP M 16739/2019, ECLI:ES:APM:2019:16739.

[75] ROJ: SAP GR 2403/2011, ECLI:ES:APGR:2011:2403.

[76] ROJ: SAP M 545/2018, ECLI:ES:APM:2018:545.

[77] ROJ: SAP MA 2618/2018, ECLI:ES:APMA:2018:2618.

[78] ROJ: SAP B 3450/2020, ECLI:ES:APB:2020:3450.

[79] *Cit. supra*.

[80] ROJ: SAP MU 1997/2020, ECLI:ES:APMU:2020:1997.

[81] ROJ: SAP J 386/2022, ECLI:ES:APJ:2022:386.

[82] *Cit. supra*.

[83] ROJ: SAP NA 925/2022, ECLI:ES:APNA:2022:925.

1.6. Responsabilidad Civil

El resarcimiento de daños en los accidentes aéreos: más allá del baremo

Compensation for damages in air accidents: beyond the scale

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis de la responsabilidad civil y seguro del transportista aéreo en los supuestos de daños personales producidos a los pasajeros en un accidente de aviación con el objeto de delimitar el resarcimiento y valoración de tales daños. Para ello, se delimita su actual marco regulatorio en el ámbito nacional y europeo, y su régimen de responsabilidad. Posteriormente, se centra en la posibilidad de aplicación, con carácter orientativo, del baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño, en los daños personales derivados del accidente aéreo, analizando la doctrina jurisprudencial derivada de su aplicación fuera del ámbito circulatorio y de los incrementos correctores conducentes a la reparación *ad integrum* por daño moral. Además, será objeto de estudio la reciente STS, Sala de lo Civil, núm. 704/2023, de 9 de mayo de 2023 (caso del accidente doloso del piloto de Germanwings en los Alpes franceses), que contempla la cuantificación del daño moral por duelo patológico derivada de la intencionalidad del daño para fijar la indemnización.

ABSTRACT: This article analyzes the civil liability and insurance of the air carrier in cases of personal injuries caused to passengers in an aviation accident in order to define the compensation and assessment of such damages. To this end, its current regulatory framework at the National and European level and the legal liability system are delimited. Subsequently, it focuses on the possibility of application, as a guide, of the scale contained in Law 35/2015, of September 22, for the valuation of damage, in personal injuries derived from plane accident, analyzing the jurisprudential doctrine derived from its application outside the circulatory field and its increases to ad integrum reparation for moral damage. In addition, the subject of study focuses on the recent STS, Civil, no. 704/2023, of May 9, 2023 (case of the intentional accident of

the Germanwings pilot in the French Alps), and the quantification of the pathological moral damage derived from the intentionality of the damage to effect compensation.

PALABRAS CLAVES: responsabilidad civil del transportista aéreo, seguro de responsabilidad civil, indemnización por daños, daños personales, baremo de accidentes, valoración del daño, daño moral, duelo patológico.

KEYWORDS: air carrier's civil liability, liability insurance, compensation for damages, personal injury, accident scale, valuation of damage, moral damage, pathological mourning.

SUMARIO: I. MARCO REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SEGURO POR ACCIDENTES AÉREOS.—I.1. El Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para para el transporte aéreo internacional. I.2. El Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002. I.3. El Reglamento (CE) 785/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.—II. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LOS ACCIDENTES AÉREOS. II.1. La aplicación del Baremo de la LRCSCVM por los daños personales derivados del accidente aéreo. II.2. El carácter orientativo del Baremo. II.3. La reparación ad *integrum* por daño moral.—III. ANÁLISIS DE LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 704/2023, DE 9 DE MAYO DE 2023. III.1. Resumen de los hechos. III.2. Resolución en Primera y en Segunda Instancia. III.3. Resolución del recurso de casación.—IV. CRITERIOS DE CORRECCIÓN POR DAÑO MORAL—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. MARCO REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SEGURO POR ACCIDENTES AÉREOS

La responsabilidad por daños causados en la navegación aérea aparece recogida en nuestra legislación nacional en el Capítulo XIII, relativo a "la responsabilidad en caso de accidente", artículos 115 a 125 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA), y se completa con el Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, y el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Tras dichas modificaciones, la Ley de Navegación Aérea ya no es la norma de referencia aplicable a la responsabilidad del transportista aéreo por los daños personales producidos a los pasajeros en un accidente de aviación ya que esas normas son preferentes a la ley española, por lo que la LNA, en vigor, solo se aplicaría, actualmente, al transporte aéreo de mercancías de carácter nacional.

A continuación, vamos a analizar el marco regulatorio de la responsabilidad civil de las compañías aéreas de los vuelos prestados tanto en España como en la Unión Europea por el fallecimiento y las lesiones sufridas por los pasajeros de un vuelo siniestrado, cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado con

una aseguradora. Para ello, acudiremos al Convenio de Montreal y al Reglamento (CE) n.° 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, que tras la modificación operada por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, hace extensiva la aplicación de las disposiciones del Convenio de Montreal "al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro" (art. 1) y a la regulación de la responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje (art. 3.1). Por último, será preciso hacer referencia al Reglamento (CE) 785/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

I.1. El Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para para el transporte aéreo internacional

El Convenio para la unificación de ciertas reglas para para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en adelante, Convenio de Montreal) entró en vigor en España el 28 de junio de 2004. El Convenio establece un sistema de responsabilidad del transportista para los casos de muerte y lesiones a los pasajeros de carácter ilimitado. De este modo, dispone: "El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque" (artículo 17.1). Por lo tanto, existen tres presupuestos que deben concurrir para que pueda declararse la responsabilidad de la compañía aérea comunitaria: a) el accidente aéreo; b) que haya sucedido durante el vuelo o en el curso de las operaciones de embarque o desembarque, y c) el fallecimiento o la lesión corporal del pasajero.

Y, en su artículo 21, articula dos regímenes distintos de responsabilidad respecto a los daños corporales causados a los pasajeros, diferenciando dos escalones. Por un lado, establece una indemnización de una suma de hasta 100.000 DEG por pasajero[1] (que equivale a unos 123.936 euros) bajo un sistema de responsabilidad cuasobjetiva, en el que el transportista no puede limitar o exonerase de responsabilidad si se dan los anteriores presupuestos, permitiendo únicamente la exoneración de su responsabilidad en el supuesto de que el accidente se haya debido a la conducta de la víctima (responsabilidad objetiva atenuada). Por otro lado, en cuanto a la indemnización por daños superiores a esa cuantía, se establece un sistema de responsabilidad subjetiva que permitiría, en el caso de culpa o negligencia de la compañía aérea o de sus empleados, el resarcimiento íntegro. Si bien, a pesar de tratarse en este supuesto de una responsabilidad subjetiva, se articula un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, debiendo ser el transportista el que acredite que el siniestro no fue debido a su negligencia o a la de sus dependientes, o bien a la acción u omisión de un tercero[2], por lo que, al contar con dicha presunción *iuris tantum* de la negligencia, podríamos tildar esta responsabilidad de subjetiva objetivada.

A este respecto, señala la STS 901/2021, 21 de diciembre de 2021 (accidente de la compañía Spanair) que el Convenio de Montreal no establece dos indemnizaciones distintas para un mismo daño, sino dos regímenes distintos. Uno para

el tramo de la indemnización inferior a los 100.000 DEG y otro para el que supere esa cifra. De este modo, "en el primer tramo se trata de una responsabilidad que ha venido en llamarse "*cuasiobjetiva*", pues la única causa de exoneración del transportista aéreo es que el daño haya sido causado por la propia víctima, y en el segundo tramo es una responsabilidad que ha sido denominada como 'subjetiva objetivizada', pues solo puede exonerarse si prueba que el daño no se debió a una conducta negligente o indebida del transportista, sus dependientes o agentes o que se debió únicamente a la conducta indebida de un tercero".

Por lo tanto, si el accidente hubiera sido ocasionado por culpa o negligencia de la compañía o de sus dependientes, la responsabilidad del transportista por los daños causados por fallecimiento o lesiones a los pasajeros sería ilimiitada.

II.2. El Reglamento (CE) nº 2027/1997 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002

En el caso de que un pasajero fallezca o sufra una lesión personal en vuelos prestados por compañías aéreas de la Unión Europea, el régimen jurídico de protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo aparece recogido en el Reglamento 2027/1997, modificado por el Reglamento 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002. Para que resulte de aplicación este Reglamento es requisito *sine qua non* que el vuelo en el que ha sucedido el evento dañoso haya sido prestado por una compañía aérea comunitaria.

El Reglamento desarrolla las disposiciones relativas al transporte aéreo de pasajeros contenidas en el Convenio de Montreal y establece, además, determinadas disposiciones complementarias, haciendo extensiva su aplicación al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro. Por lo tanto, en el caso de accidentes aéreos de vuelos prestados por aerolíneas comunitarias, resultará de aplicación no solo el Convenio de Montreal, al que se remite expresamente, sino este Reglamento. A este respecto, el artículo 1.4 del Reglamento resulta de especial relevancia al disponer que "la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad".

Y, en la misma línea que el Convenio de Montreal, el Reglamento (CE) 889/2002, de 13 de mayo, que modifica el Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, ha añadido un anexo relativo a dicha responsabilidad en relación con los pasajeros y su equipaje, que resume las normas en materia de responsabilidad aplicadas por las compañías aéreas comunitarias, de conformidad con la legislación comunitaria y el Convenio de Montreal, disponiendo para el caso de indemnización en caso de muerte o lesión que: "No hay límite económico fijado para la responsabilidad en caso de lesiones o muerte del pasajero. Para los daños de hasta 100000 DEG (cantidad aproximada en divisa local), la compañía aérea no podrá impugnar las reclamaciones de indemnización. Por encima de dicha cantidad, la compañía aérea sólo puede impugnar una reclamación en caso de que pueda probar que no hubo de su parte negligencia ni falta de otro tipo"; y, por otro lado, se establece un

plazo de prescripción de dos años para efectuar una reclamación judicial a partir de la llegada de la aeronave o del día en que la aeronave hubiese debido llegar. En este sentido, es importante tener en cuenta que el término de prescripción del artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea ha sido modificado por el anexo del Reglamento 889/2002.

Ese límite de 100.000 DEG no significa que la indemnización de cada pasajero o perjudicado deba alcanzar ese importe ya que el daño por el accidente aéreo debe ser probado. De hecho, ni el Convenio ni el Reglamento contienen o aluden a ningún criterio de valoración y cuantificación del daño resarcible en estos casos.

Además, el Reglamento desarrolla también alguno de los preceptos del Convenio de Montreal, como es el caso de los pagos adelantados (artículo 28), que el Reglamento 889/2002 modifica en los siguientes términos: "1. Sin demora y, en cualquier caso, a más tardar en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización, la compañía aérea comunitaria abonará los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas, de forma proporcional a los perjuicios sufridos. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los anticipos no serán inferiores a un importe equivalente en euros de 16000 DEG por pasajero en caso de muerte. 3. Un pago anticipado no constituirá un reconocimiento de responsabilidad y podrá ser compensado con cualquier otra cantidad subsiguiente abonada de conformidad con la responsabilidad de la compañía aérea comunitaria, pero no será reembolsable salvo en los casos indicados en el artículo 20 del Convenio de Montreal o cuando la persona que lo haya recibido no sea la titular del derecho a la indemnización". Por lo tanto, en los casos de fallecimiento, se reconoce que ese abono anticipado no implica el reconocimiento de la responsabilidad y que podrá compensarse por otras cantidades en el caso de que se impute la responsabilidad a la aerolínea de ese daño.

II.3. El Reglamento (CE) 785/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos

El derecho europeo establece la obligación de contratación de pólizas que cubran la responsabilidad civil de los daños causados a los pasajeros en los transportes aéreos. El Reglamento (CE) 785/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos, establece que la cobertura mínima del seguro por cada pasajero del avión será de 250.000 DEG (que equivale en estos momentos a 309.836 euros), si bien para aeronaves pequeñas, de una MTOM igual o inferior a 2700 kg, los Estados miembros pueden establecer una cobertura mínima del seguro más reducida, siempre que dicha cobertura sea al menos de 100.000 DEG por pasajero (unos 123.999 euros). Este seguro, además de incluir la responsabilidad específica de aviación respecto de los pasajeros, el equipaje, la carga y terceros, también se establece como principio rector que debe amparar los riesgos asegurados, que incluirán actos de guerra, terrorismo, secuestro, actos de sabotaje, apoderamiento ilícito de aeronaves

y disturbios sociales. Además, se impone como obligación a las compañías aéreas y a los operadores aéreos garantizar la existencia de la cobertura del seguro para cada uno de los vuelos, independientemente de si la aeronave explotada se encuentra a su disposición en propiedad o a través de cualquier tipo de contrato de arrendamiento financiero, o mediante servicios conjuntos o de franquicia, reparto de códigos o cualquier otro acuerdo del mismo tipo (artículo 4).

En relación a este importe de 250.000 DEG, contenido en el artículo 6 del Reglamento europeo 785/2004, no significa que se haya elevado hasta esa cantidad de 250.000 DEG el límite de 100.000 DEG establecido en el artículo 21 del Convenio de Montreal, sino que, como señala la STS, Sala de lo Civil, de 17 mayo de 2019 (en el caso del accidente aéreo de Spanair), "250.000 DEG es la cifra que dicho precepto establece como importe de la cobertura mínima, por pasajero, del seguro exigido al transportista aéreo por el art. 7 del Reglamento (CE) 2407/1992 y constituye una concreción de la previsión que contiene el art. 3.2 del Reglamento 2027/1997 respecto de que *las compañías aéreas comunitarias deberán estar aseguradas hasta un nivel adecuado para garantizar que todas las personas con derecho a indemnización reciban el importe íntegro a que tienen derecho conforme al presente Reglamento*". El importe mínimo del aseguramiento obligatorio no es el criterio de cuantificación de daño (STS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2019).

Por lo tanto, no deben confundirse la obligaciones de aseguramiento mínimo establecido por el legislador europeo con los importes legales de indemnización por daños corporales al pasajero o a los damnificados, es decir, el establecimiento de esas cantidades no significa que sean las que haya que reparar.

Del mismo modo, como ya hemos visto, las indemnizaciones procedentes de la aplicación del sistema de imputación de la responsabilidad objetiva y de la subjetiva no son tampoco acumulables. Nos encontrarnos ante un seguro de responsabilidad civil, y como señala el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS): "Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho". Si trasladamos este precepto al ámbito del seguro de responsabilidad civil del transportista aéreo de los daños causados a los pasajeros en un accidente de aviación implicaría que el asegurador, a cambio de una prima, se obliga, dentro del ámbito del seguro obligatorio de esta responsabilidad, a cubrir el riesgo de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios sufridos y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable la compañía aérea asegurada.

En virtud de esta consideración, la STS, Sala de lo Civil, de 24 noviembre de 2020, ha señalado que "no debe confundirse el ámbito normativo del Reglamento comunitario y el Convenio de Montreal con el de la Ley del Contrato de Seguro", recogiéndose esta precisión, en similares términos, en las sentencias de la misma Sala de 17 de mayo de 2019, de 3 de septiembre de 2019 y de 17 de diciembre de 2019. Por lo tanto, la responsabilidad que debe cubrirse obligatoriamente es la determinada por el Convenio de Montreal y recogida en el Reglamento (CE) 785/2004. Y, una vez acontecido el daño, debe probarse y cuantificarse la indemnización.

Determinada la responsabilidad de la aerolínea por los daños ocasionados, la entidad aseguradora será quien efectivamente resarza al perjudicado el daño sufrido al tratarse de una responsabilidad solidaria y directa, y sin perjuicio de que el damnificado pudiera demandar a la aerolínea, así como a la compañía aseguradora que cubra su responsabilidad civil, en virtud de la acción directa que establece el artículo 76 de la LCS, que posibilita la reclamación del daño imputable al asegurado, cubierto por el seguro de responsabilidad civil, directamente a la aseguradora para exigirla el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Dicho precepto dispone que: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Esta facultad procesal que la ley concede al perjudicado de establecer una acción directa contra la aseguradora, interponiendo una demanda contra la misma por los daños causados por una aerolínea incluye la cobertura de los hechos causados por sus dependientes (piloto, auxiliar de vuelo, ingeniero aeronáutico, mecánico o cualquier otro profesional o dependiente). En el caso de que se vaya a iniciar dicho procedimiento, debemos recordar que en la vía civil se conceden los intereses de mora derivados del artículo 20 LCS (para si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuere imputable, incrementándose la indemnización en un 20 por 100 anual).

II. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LOS ACCIDENTES AÉREOS

II1. La aplicación del Baremo de la LRCSCVM por los daños personales derivados del accidente aéreo

Aunque es dicutido por la doctrina si los daños personales a los pasajeros conforman una responsabilidad civil extracontractual o si, por contra, sería contractual derivada del incumplimiento del deber de seguridad derivada del contenido del contrato de transporte, nos encontraríamos ante una supuesta unidad de culpa civil[3], que daría lugar al resarcimiento del daño ocasionado en los mismos términos.

Para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización es necesario, como paso previo, averiguar los daños sufridos por la víctima. La legislación española solo cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales, que se encuentra contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de

octubre, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación, cuyo Título IV (artículos 32 a 143) determina las normas para efectuar dicha valoración. Este texto legislativo introdujo una serie de valoraciones legales del daño corporal que vinculaban a jueces y tribunales en la cuantificación de los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que fueran consecuencia de un delito doloso. No obstante, la aprobación de este sistema originó una destacable discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la introducción de estas valoraciones legales debido a que, entre otros argumentos, el artículo 1.902 del CC no establece limitación indemnizatoria alguna y que la vinculación a un baremo implicaría una discriminación racional, ética y jurídica entre víctimas derivadas de los accidentes de circulación y otras derivadas de acciones imprudentes distintas[4].

El Tribunal Constitucional, dando respuesta a varias cuestiones de inconstitucionalidad que se le habían planteado respecto a la obligatoriedad o no del baremo, entendía que en el derecho español rige el principio de la *restituto in integrum* o de la indemnización total y absoluta del daño producido, de tal manera que si una persona demostraba un perjuicio con motivo de un accidente de circulación había que resarcirle íntegramente independientemente de lo que dijeran unas tablas. En este sentido, se acusaba al baremo de ser inconstitucional porque trataba con desigualdad situaciones análogas (solo operaba para los accidentes de circulación y no para otro tipo de accidentes en los que se podían pedir indemnizaciones mayores). El Tribunal Constitucional, sin embargo, vino a señalar que precisamente la igualdad reside en tratar desigualmente situaciones desiguales y que los accidentes de circulación, debido al arraigo social de los vehículos y a la situación de riesgo cotidiana que crean, merecían un tratamiento diferenciado y unitario que evitara sentencias tan dispares como las que se venían dando, todo ello en aras de la seguridad jurídica que estaba empezando a resentirse (STC de 29 de junio de 2000, ratificada por la STC de 29 de enero de 2001), sin que en la actualidad exista duda alguna sobre su aplicación obligatoria en los daños derivados de la circulación de vehículos, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, en las sentencias de 30 de octubre de 2008, 25 de febrero de 2009 o de 30 de abril de 2012, entre muchas otras.

III.2. El carácter orientativo del Baremo

Nuestra jurisprudencia viene aplicando el sistema tasado de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación previsto en la Ley 35/2005 para determinar la indemnización por los daños personales causados en siniestros ocurridos fuera del ámbito de la circulación de vehículos a motor[5]. Si analizamos las resoluciones, podemos observar que se viene admitiendo su aplicación a otros supuestos en los que existen daños personales que reparar, pero con una matización y es que fuera del ámbito de los vehículos a motor se entiende que este sistema no es preceptivo y vinculante, sino orientativo, tal y como la recoge la jurisprudencia de la Sala Civil en casos de accidentes laborales por negligencia de la empresa (SSTS de 10 de febrero de 2006 y de 9 de marzo de 2019, en supuestos de mala praxis médica (SSTS de 21 de septiembre de 2021, de

6 de febrero de 2020, de 16 de diciembre de 2016, de 18 de febrero de 2015, de 6 de junio de 2014, de 18 de junio y de 16 de diciembre de 2013, de 14 de noviembre de 2012, entre otras) o en el caso de responsabilidad extracontractual por adicción al tabaco, contrayendo un síndrome que le produjo amputación de ambas piernas (STS de 5 de mayo de 2010). Lo mismo sucede respecto a los accidentes aéreos, donde los tribunales han utilizado el Baremo, pero incrementando las cuantías (SSTS, Sala 1ª, de 18 de mayo de 2019 y de 24 de noviembre de 2020, entre otras).

De este modo, las sentencias de 17 de mayo de 2019, de 3 de septiembre de 2019, de 17 de diciembre de 2019, de 19 de noviembre de 2020 y 24 de noviembre de 2020 (ponente de todas ellas el Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena), en el accidente de aviación de Spanair en el aeropuerto de Barajas (en el que, cuando iniciaba el vuelo a Las Palmas de Gran Canaria, cayó al suelo y explotó) han declarado que "ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes de aviación, consideramos más adecuada una indemnización en cuya fijación tenga una función orientativa el baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor". Sobre esta cuestión, se hace referencia a la sentencia de 16 de diciembre de 2013, transcribiendo lo declarado en anteriores sentencias:

"El efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil.

Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización.

En el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido.

La normativa que establece el baremo de indemnización de los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor hace una referencia expresa a que, para la determinación de las cuantías de las indemnizaciones, toma en consideración las circunstancias concurrentes en la circulación de los vehículos de motor y en el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esas circunstancias son diferentes de las que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos".

Bajo ese razonamiento, este grupo de sentencias considera que la utilización del Baremo en un accidente aéreo es adecuada, al tener un carácter objetivo para cuantificar el daño personal, si bien aplica un factor corrector, incrementando la cuantía obtenida en un 50% debido a las especiales circunstancias que tienen lugar en ese tipo de accidentes y que señala que originan un mayor daño moral derivado de un duelo patológico. De este modo, es el daño moral acontecido el

que sirve para justificar una diferenciación tan acentuada a la hora de cuantificar el importe de la indemnización. Sin embargo, se da la circunstancia de que el porcentaje de incremento en esa cantidad, se aplica sobre la indemnización total, incluyendo la parte de resarcimiento del daño patrimonial[6].

Se resalta ese carácter orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1101, 1106 y 1902 del Código Civil. No obstante, el juzgador parece olvidar que esa opción de aplicarlo o no debe ser coherente tanto en su sistema tabular como en el de valoración en la fecha de accidente. Destaca, a tal efecto, la STS, Sala Civil, de 27 de mayo de 2015, que "la aplicación del sistema tabular debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses, señalando la STS de 18 de junio de 2013, para un caso en el que se había reclamado una pensión vitalicia, que lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial". Y, además, en consonancia con la sentencia de la Sala de 21 de septiembre de 2021 (en un supuesto de indemnización por mala praxis médica en un parto), "si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio de accidentes de circulación lo ha de ser con todas sus consecuencias entre ellas la del régimen vigente para la determinación del daño" (SSTS, Sala 1ª, de 17 de abril de 2007 y de 1 de enero de 2016).

En este sentido, constituye igualmente jurisprudencia reiterada, recogida en la STS de 18 de febrero de 2015, cuya doctrina reproduce las ulteriores sentencias, toda ellas de la Sala 1ª, de 3 de septiembre de 2019 y de 21 de septiembre de 2021 "que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado", citando, a tal efecto, las SSTS de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y 9 de marzo y 5 de mayo de 2010. De hecho, la STS de 21 de septiembre de 2021, y que ya fue objeto de nuestro comentario en esta Revista, a la que nos remitimos, produjo la estimación del recurso interpuesto, en tanto en cuanto no cabía la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del Baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva, y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño[7]. En la línea expuesta, la sentencia de 3 de septiembre de 2019 declara que no cabe un arbitrio judicial en la elección del sistema de valoración: "Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia".

Lo que hace el alto tribunal es acoger el Baremo en el criterio del cálculo matemático de las indemnizaciones, pero apartarse del mismo en cuanto a las partidas indemnizables y su incremento porcentual de la cantidad global, en aras

a lo que considera íntegra indemnidad, sin atendar tampoco al régimen vigente. De hecho, como pone de manifiesto Medina Crespo, en su comentario a la STS, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2019, el Tribunal Supremo "homologa la doctrina del desvío justificado, consistente en aceptar el Baremo como orientativo, pero en versión flexible, traducida en la pertinencia de apartarse de él respecto de los conceptos y cuantías que se consideren convenientes en aras a la consecución de la reparación completa, dando ello lugar a dos desvíos que se explicitan y a otro que no se explicita pero que se practica, consistente el primero en la fijación de la indemnización para los progenitores del fallecido con un importante incremento extratabular; consistente el segundo en reconocer la condición perjudicial a la hermana del fallecido, pese a estar excluida del Baremo; y consistente el tercero en realizar una actualización valorista de las indemnizaciones reconocidas"[8].

Por otro lado, tampoco parece que el ámbito de los accidentes aéreos ofrezca alguna particularidad respecto al criterio de imputación de la responsabilidad que origina su resarcimiento que lo haga diferir. En la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor de la que nace el Baremo rige un sistema objetivo por el riesgo generado, que exige la suscripción de un seguro obligatorio, mientras que, como sabemos, en otros tipos de responsabilidades se aplica un criterio de responsabilidad subjetivo, derivado del incumplimiento de la *lex artis* o de la falta de diligencia en la actuación u omisión, que llevan aparejados o no la existencia de un seguro. En el supuesto concreto de los daños a los pasajeros ocasionados en un accidente aéreo, hemos visto que rige un criterio de responsabilidad objetiva para daños de hasta 100.000 DEG y por encima de esa cuantía uno de responsabilidad subjetiva, pero con una inversión de la carga de la prueba al transportista. Dichos criterios de imputación de la responsabilidad civil no justificaría un baremo de valoración del daño personal que fuera diferente, ya que las víctimas deben ser indemnizada por la lesión con independencia de este parámetro; y ello sin perjuicio de que en determinados ámbitos sí pudieran estar justificado un baremo propio como sucede con las especificidades de los daños ocasionados por actuaciones médicas. Cuestión distinta es que se produzca daños morales singulares que sí que puedan ser tenidos en cuenta de manera precisa como para incrementar los porcentajes de indemnización.

Además, si atendemos al propio articulado del texto legislativo, relativo a la aplicación del sistema de valoración, se manifiesta expresamente que "la correcta aplicación del sistema requiere la justificación de los criterios empleados para cuantificar las indemnizaciones asignadas según sus reglas, con tratamiento separado e individualizado de los distintos conceptos y partidas resarcitorias por los daños tanto extrapatrimoniales como patrimoniales" (art. 35 de la LRCSCVM), exigencia que no se ve cumplida en dichas sentencias.

II.3. La reparación *ad integrum* por daño moral

El sistema de valoración legal del Baremo incluye el daño moral en la reparación de la partida por cada daño corporal, es decir, se valora el daño patrimonial y el daño moral en su totalidad, El artículo 33 recoge como principios fundamentales del sistema de valoración: la reparación íntegra del daño y su reparación verte-

brada, lo que incluye daños corporales y morales. Sin embargo, a pesar de proclamar estos principios, la indemnización íntegra queda excluida paradójicamente en la propia aplicación estricta del Baremo, permitiéndose solo la posibilidad de su incremento en un 25% por perjuicios excepcionales (art. 77).

Sin embargo, este concepto de indemnización por daño moral, al margen del daño corporal se ha venido teniendo en cuenta por la jurisprudencia cuando el accidente se produjo en una situación de especial sufrimiento e incertidumbre, que dista de la mera indemnización del daño moral comprendido en la pérdida de calidad de vida (STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016, dictada por F. Pantaleón en el caso del naufragio de Crucero Costa Concordia)[9].

Por otro lado, la concesión de cantidades superiores al Baremo se viene estableciendo también reiteradamente en los casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos (SSTS, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2012 y 5 de noviembre de 2013, entre otras). En este sentido, señala la STS, Sala de lo Penal, de 8 de enero de 2007 (en un supuesto de asesinato intentado mediante un disparo con alevosía) que "no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles". Y, en el mismo sentido, en otras sentencias, se reconoce que: "En el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro en tanto que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS de 8 de enero de 2007, de 20 de febrero de 2013, de 29 de marzo de 2017, 7 de febrero de 2019 o 13 de julio de 2022). De este modo la STS, Sala 2ª, de 22 de junio de 2022 sostiene que no rigen en los delitos dolosos las cuantías que resultan del Baremo, pero "eso no impide acudir a ellas como referencia orientativa, si bien en principio su carácter doloso aconseja un incremento". También resulta interesante, en este sentido, la aún más reciente SAN de 13 julio de 2022 (en el caso de los atentados terroristas yihadista de Cataluña de 2017 mediante un atropello masivo de personas), que determina que "siguiendo el criterio meramente orientador del baremo, que reconoce en la tabla 2.B una indemnización adicional por perjuicio personal particular en el que se incluye el perjuicio moral por pérdida de la calidad de vida ocasionada por las secuelas, e incluso un incremento de la indemnización de hasta el 25% por perjuicio excepcional, dada la situación especialmente traumática sufrida por los agentes recurrentes y las consecuencias que para cada uno de ellos ha tenido, se considera procedente el incremento solicitado sobre la indemnización total que resulte, pues el crimen terrorista tiene un plus estigmatizante para la víctima y, por sí sólo, genera una afectación social y psíquica en estas que no se da en otros delitos —SAN Penal de 31 de octubre de 2007".

En definitiva, lo que se está planteando es si el dolo incrementa el daño moral derivado del daño corporal causado. A tal efecto, debemos recordar que la jurisprudencia exige acreditar la realidad y el alcance del daño, lo que afecta al daño moral con determinadas matizaciones ya que, como ha recogido la sentencia de 31 de mayo de 2000, tras poner de relieve la variedad de circunstancias, situaciones o formas en las que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, " cuando el daño moral emane de un daño material (STS de 19 octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad SSTS de 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria". Así, añade la STS de 11 de noviembre de 2003, "el reconocimiento del daño moral indemnizable —como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000— requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico —sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999 y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. —ver sentencias de 6 (sic) y 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 (sic) y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999—.

Por otro lado, parece diferente la circunstancia de un accidente en el que la víctima ha sufrido una situación de angustia y sufrimiento que cuando fallece en el momento del accidente y la indemnización es reclamada por terceros ya que el duelo por un ser querido difícilmente puede dejar de asemejarse. Unos progenitores van a sufrir un duelo patológico si su hija fallece en un repentino accidente de circulación que si sucede en un accidente aéreo o de otro tipo, y no siempre se podrá señalar que la pérdida y la angustia de los primeros o de los segundos no resulta equiparable. Y, ello, sin perjuicio de que, en dicho, resarcimiento, el artículo 36.3 de la LRCSCVM conceda (y limite) a estos familiares el derecho a los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

En ese sufrimiento mayor por el daño deliberado entiendo que debe probarse su mayor lesividad, en lugar de si la conducta es dolosa, ya que entonces también habría que distinguirse entre dolo eventual o directo, o la imprudencia. No siempre la conducta dolosa causa mayor daño moral, debería probarse que haya tenido lugar por las circunstancias trágicas o traumáticas del caso.

Y, por ultimo, téngase que en cuenta que, a pesar de que el juzgador en la jurisdicción penal prefiera utilizar como punto de partida dicho sistema de valoración, incrementado las cuantías establecidas en la LRCSCVM, este sistema de valoración no se aplicaría ni siquiera en la valoración de los daños ocasionados en el ámbito de circulación en el supuesto de que sean consecuencia de delito doloso ya que, en virtud del artículo 1.6 de la Ley, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor "como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes". Y lo mismo sucedería no sólo si se utilizara un automóvil, sino también un avión para causar un asesinato.

A continuación, y siguiendo con el estudio llevado a cabo, será objeto de análisis la reciente sentencia de 9 de mayo de 2013 y su criterio de indemnización del daño moral causado por el duelo patológico que considera que supuso la intencional del siniestro aéreo acontecido.

III. ANÁLISIS DE LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 704/2023, DE 9 DE MAYO DE 2023

III.1. Resumen de los hechos

El 24 de marzo de 2015 tuvo lugar un gravísimo siniestro de aviación, al estrellarse en los Alpes franceses un avión operado por la compañía aérea Germanwings GMBH (en lo sucesivo, Germanwings), que realizaba el trayecto entre Barcelona y Düsseldorf, cuya responsabilidad civil estaba asegurada por Allianz Global Corporate & Speciality SE (en lo sucesivo, Allianz). El siniestro tuvo lugar por una maniobra intencionada del copiloto del avión y en él fallecieron todos los 144 pasajeros y los seis miembros de la tripulación.

La demanda fue presentada el 15 de marzo de 2017 contra Germanwings y Allianz, en nombre y representación de los familiares de los fallecidos, en la que solicitaron determinadas cantidades en concepto de indemnización en el accidente aéreo.

Para la fijación y cuantificación de la cuantía indemnizatoria la actora toma en consideración la Sentencia del caso "Madrid Arena", las cantidades que en concepto de indemnización fijan otras resoluciones judiciales y la legislación prevista para indemnizar a las víctimas de atentados terroristas, apartándose de toda referencia al Baremo de tráfico. Argumenta, para ello, las excepcionales circunstancias que concurren y que cualifican el daño irrogado en este caso. Así, como circunstancias que cualifican el daño y determinan la necesidad de reconocer un plus indemnizatorio, toma en consideración: la excepcionalidad de los siniestros aéreos y, especialmente, del que nos ocupa; la elevación del estándar de diligencia exigible y las consecuencias que la falta de diligencia produce; la especial gravedad del caso derivada de la intencionalidad en la provocación del daño; y la especial consideración de los daños morales.

La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona. Las principales cuestiones que se discutieron en el proceso fueron: (a) si las cantidades (entre los 25.000 y los 50.000 euros) entregadas a los familiares directos de cada fallecido poco después del accidente eran a cuenta de la indemnización que resultara procedente; (b) la cuantía de las indemnizaciones y los criterios conforme a los cuales debía fijarse tal cuantía; y (c) el devengo del interés del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto de la compañía aseguradora.

III.2. Resolución en Primera y en Segunda Instancia

Se estimó la demanda interpuesta, dictándose sentencia con fecha de 30 de julio de 2018 y auto de aclaración al día siguiente, en la que se consideró que las

cantidades entregadas a los familiares poco después del accidente no eran a cuenta de la indemnización sino que debían añadirse a las indemnizaciones que en cada caso resultaran procedentes; se consideró improcedente aplicar, ni siquiera como criterio orientativo, el Baremo de la LRCSCVM; y se estimó sustancialmente las cuantías indemnizatorias solicitadas en la demanda, que eran muy superiores a las que resultarían de la aplicación orientativa de dicha ley, si bien se moderó la indemnización solicitada de alguno de ellos, concretamente la correspondiente a los progenitores viudos; y, por último, se aplicó el interés moratorio del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Allianz y de Germanwings. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, estimó en parte su recurso, dictando sentencia 501/2019 de 19 de marzo, cuyo fallo estableció que las cantidades entregadas anticipadamente se hizo a cuenta de la posterior indemnización; además, aplicó como criterio orientativo, para fijar la cuantía de las indemnizaciones, el Baremo de la LRCSCVM, en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, si bien este en la fecha del siniestro no estaba aún en vigor.

Sin embargo, la Audiencia, además de reconocer unas cantidades baremadas que correspondían a los perjuicios personales básicos, particulares reconocidos y excepcionales (criticadas por la doctrina, por aplicarlo sin la debida interpretación[10]), trató de hallar lo que se consideró una reparación completa. Para ello, incrementa el 25% previsto para la concurrencia de circunstancias excepcionales en el artículo 33 de dicha norma, y se le aplica un incremento adicional de un 20% en los supuestos en los que la víctima del siniestro conviviera con los perjudicados y de un 10% en los casos en los que no se constatara esa convivencia; y se condenó al pago del interés del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

III.3. Resolución del recurso de casación

Los demandantes interpusieron recurso de casación con base en el artículo 477.1 de la LEC por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender:

(1) Que la sentencia vulneraba los artículos 1106 y 1902, ambos del Código Civil y el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual, siendo las indemnizaciones arbitrarias y desproporcionadamente bajas.

Los recurrentes manifiestan su total desacuerdo con la aplicación de un sistema (el Baremo de la LRCSCVM, en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, con un incremento adicional de entre el 10% y el 20%) que, aún con carácter orientador, introduce una limitación a la función jurisdiccional que debe procurar la reparación íntegra del daño sin limitaciones impuestas que constriñen al tribunal a límites cuantitativos.

(2) Que se vulneraban de nuevo los artículos 1106 y 1902, ambos del Código Civil y el principio de total indemnidad, por la arbitrariedad e indebido constreñimiento de las indemnizaciones. Se argumenta que la infracción se ha cometido al tomar en consideración la Audiencia Provincial el acuerdo alcanzado por las

demandadas con los familiares de la mayoría de las víctimas, cuyos concretos términos desconoce, y por incurrir en el error de fijar el número de fallecidos en 198 cuando en realidad fueron 150.

(3) Por vulnerar el artículo 7.1 del Código Civil relativo a la seguridad jurídica y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y la vulneración de las normas de la buena fe, en relación con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento nº 889/2002 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002, inadmisibilidad de comportamiento posterior contrario a los actos vinculantes anteriores.

El alto Tribunal admite el recurso en relación a la exigencia de que el incremento sobre la cuantía que resulta de la aplicación del Baremo de la LRCSCVM sea significativo para respetar la exigencia de plena indemnidad de la víctima. Para ello se apoya en las sentencias de 17 de mayo de 2019, de 3 de septiembre de 2019, de 17 de diciembre de 2020, de 19 de noviembre de 2020 y de 24 de noviembre de 2020, a las que ya hemos hecho referencia, y que habían sido dictadas respecto de la indemnización por fallecimientos causados en accidente aéreo, donde se había declarado adecuada la aplicación del baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor, transcribiendo lo señalado en la STS de 13 de diciembre de 2013, en relación a su aplicación como "criterio orientativo no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil", y la aplicación de criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes, que "en el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido".

Por ello, estima razonable el incremento realizado en un porcentaje adicional del 50% de la indemnización. De este modo, considera que la utilización por la Audiencia Provincial del criterio indemnizatorio consistente en la utilización orientativa del baremo de la LRCSCVM, en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, y un porcentaje de incremento no es, en sí, contrario al principio de indemnidad del perjudicado. Sin embargo, respecto del concreto porcentaje de incremento aplicado respecto de las cuantías que resultarían de la aplicación del citado baremo, se considera que sí incurre en la infracción denunciada, considerando lo exiguo de ese porcentaje de incremento de la indemnización respecto de la cuantía que resultaría de la aplicación del baremo de la Ley, lo que supone una desproporción contraria al principio de indemnidad del perjudicado, señalando que "un porcentaje tan exiguo de incremento de la indemnización respecto de la que resulta de la aplicación del citado baremo supone que esta indemnización apenas se diferencia de la que procedería conceder en un supuesto de accidente de circulación de vehículos de motor. No se resarce, por tanto, el duelo patológico propio de la pérdida de un ser querido en un siniestro de estas características, de carácter catastrófico y connotado de circunstancias extremadamente dolorosas, más aún en un caso como el que es objeto de este litigio, en que el siniestro no fue

accidental, sino que se debió a la acción deliberada de uno de los miembros de la tripulación".

En base a dicha argumentación, declara que el incremento sobre la indemnización resultante de la aplicación del baremo de la Ley debe ser del 50%, al igual que en el caso de las sentencias parcialmente transcritas.

Se considera que la diferencia considerada del aumento se debe a que si bien en el caso de Spanair no existía dolo en el siniestro, en este siniestro el avión fue utilizado con dolo para ocasionar el asesinato o fallecimiento deliberado de todos los pasajeros y tripulantes del avión, lo que llevó al alto Tribunal a incrementar decididamente los perjuicios personales padecidos por los familiares para lograr el principio de indemnidad del daño conforme al carácter catastrófico del suceso, el duelo patológico generado y el carácter deliberado.

IV. CRITERIOS DE CORRECCIÓN POR DAÑO MORAL

Es preciso indicar que el duelo patológico no sería una singularidad de los accidentes aéreos ya que puede suceder en otros supuestos como ya hemos puesto de relieve. Nuestro Tribunal Supremo, en las sentencias de 17 de mayo de 2019, de 3 de septiembre de 2019, de 17 de diciembre de 2020, de 19 de noviembre de 2020 y de 24 de noviembre de 2020, ha acudido a este concepto para reconocer el resarcimiento del duelo patológico por la pérdida de un ser querido en el fallecimiento del pasajero del accidente aéreo y, así, justificar el incremento de las cantidades prevista en el sistema de valoración del daños recogido en la LRCSCVM.

Señala Medina Crespo que el duelo patológico es un "estricto daño corporal" indemnizable bajo el principio de indemnidad, excluido de indemnización en los accidentes de circulación, pero "su resarcimiento exige que ese duelo patológico exista y quede demostrado su alcance, sin que su mera posibilidad pueda ponderarse de modo indiscriminado y general para resarcir los perjuicios personales que la muerte genera a los causahabientes del difunto". Una vez probado, ese plus en el perjuicio por los hechos nocivos intencionados debe dar lugar a dicho incremento, debiendo operar sobre las sumas tabulares[11].

De este modo, en la reparación íntegra del daño debe justificarse el mismo, así como los porcentajes de incremento sobre las cuantías indemnizatorias de la LRCSCVM en el supuesto de que el tribunal decida aplicarlas. De hecho, el incremento del 25% previsto para el perjuicio excepcional previsto en su articulado se aplica al perjuicio personal básico, pero no al patrimonial (artículo 77 en relación con el artículo 33 de la Ley).

Por otro lado, el que tengamos un Reglamento comunitario que establece unas cuantías máximas de indemnización en el caso de no culpa y la reparación íntegra en el supuesto de culpabilidad, si bien permite obtener un resarcimiento mayor al establecido en el Baremo de la LRCSCVM, no debemos olvidar que es precisa la prueba, es decir, que se acredite que el daño efectivamente sufrido como consecuente de la pérdida de su familiar o las lesiones graves del pasajero (daños personales incluyendo el daño moral o el lucro cesante futuro) es superior a la cantidad establecida por el Baremo e, incluso, superior a los 250.000 DEG que es la obligación de aseguramiento, y nada impide que la reclamación pudiera ser

mayor en el caso de que resultara acreditado los daños derivados del fallecimiento o lesiones personales del pasajero del avión siniestrado.

El resultado del análisis jurisprudencial del resarcimiento de daños en accidentes aéreos es que la aplicación esos factores y porcentajes de corrección varían, lo que quebraría con los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Si en un grupo de sentencias se efectúa un incremento del 50% sobre la indemnización resultante de la aplicación del Baremo; la STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021 otorgó, tras la aplicación del Baremo como criterio orientador, a unos de los perjudicados una indemnización por lucro cesante por encima del 75% de la indemnización básica por por la incapacidad temporal y las lesiones permanentes o secuelas debido a que el Convenio de Montreal y el Reglamento europeo responde al criterio de la total indemnidad en la indemnización por fallecimiento y lesiones corporales de los pasajeros en accidente aéreo[12]. Y, por otro lado, expresamente, en la STS de 9 de mayo de 2023 se está teniendo en cuenta el dolo en la causación del daño para modificar el sistema de valoración del daño causado no ya a la propia victima sino a sus familiares, siendo el resultado final de la cuantía sin duda sorprendente; como señala Medina Crespo "si en el caso de autos unimos los porcentajes de incremento sucesivamente aplicados por entender que no era aplicable la clausula tabular de los perjuicios excepcionales, a la que con acierto no se acudió en el anterior enjuiciamiento civil de los diversos accidentes de aviación y consideramos que la estricta aplicación del Baremo excluye acudir a tal clausula, la conclusión a la que se llega es que el virtual incremento sobretabular decidido por la AP consistió, en unos casos (los de convivencia), en un porcentaje del 50% y, en los otros (los de falta de ella), del 37,5%, y que el virtual incremento sobretabular decidido por el TS se cifró en un 90,5%. De esta forma, la Audiencia hizo lo que el Tribunal Supremo no dice que hizo y el Tribunal Supremo dobló lo que dijo que hacia"[13].

Es por ello que si la valoración del daño se somete al Baremo, lo que no cabe es someterla a los conceptos a los que a cada uno le convenga o solicitar la aplicación de solo alguno de los criterios. En este sentido, si se utiliza el Baremo de accidentes de circulación para indemnizar los daños no se podrá resarcir, con carácter general, el daño moral como una indemnización complementaria, habrá que acreditar su existencia y justificar el porcentaje de incremento de la indemnización ya que el resultado de aplicar un factor de corrección sobre toda la indemnización en un porcentaje discrecional aplicado por el juez, sin justificar ni fundamentar por qué lo incrementa en ese porcentaje a tanto alzado y no en otro, poco o nada tiene que ver con la aplicación objetiva de un baremo, en el que se calculan y cuantifican cada partida indemnizatoria. De hecho, pudiera ser más oportuno que el juzgador prescindiera del Baremo y fijara una cantidad sin desvirtuar el mismo.

V. CONCLUSIONES

I. La Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, no resulta aplicable a la responsabilidad civil del transportista aéreo por daños corporales producidos a los pasajeros, sino que el marco regulatorio de referencia se encuentra en el Convenio de Montreal, ratificado por España el 28 de junio

de 2004, el Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002; y el Reglamento (CE) 785/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

II. El Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, y el Reglamento (CE) n.° 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002, recoge un criterio de total indemnidad en el resarcimiento de la muerte y lesiones corporales de los pasajeros causados en accidente producido a bordo de la aeronave. Además, si resulta imputable el siniestro a la compañía aérea por negligencia no opera el límite de responsabilidad del transportista fijado en 100.000 DEG por pasajero, sin que exista límite alguno para indemnizar los daños y perjuicios causados.

III. El Reglamento n.º 785/2004 fija como importe mínimo del aseguramiento obligatorio la cifra de 250.000 DEG, pero no fija criterios de cuantificación de la indemnización de tales daños.

IV. La jurisprudencia en el ámbito de los daños ocasionados a los pasajeros en los accidentes aéreos aplica como criterio orientador, no vinculante, el Baremo de la LRCSCVM. Sin embargo, fija de manera arbitraria unos importes muy superiores a los establecidos si se aplicara el mismo, estableciendo un arbitrario criterio corrector sobre la totalidad de la indemnización, que no permite identificar qué se indemniza como daño moral y qué por daño patrimonial.

V. El duelo patológico, así como por el dolo en la causación del accidente pueden ser objeto de mayor impacto emocional, pero debe justificarse dicho daño moral. De lo contrario, se puede estar aplicando un factor de corrección de manera arbitraria sobre la totalidad de la indemnización (daño moral y patrimonial), que atenta a la seguridad jurídica.

VI. La reparación del daño conlleva su prueba, lo que incluye la fundamentación o justificación de la cuantificación del daño moral aplicada para incrementar las tablas del Baremo, que a priori no posibilita una indemnización acumulada a la prevista en el propio sistema de valoración legal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. Y BUSTOS MORENO, B. (2014). Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea. En Reglero, F. y Busto Lago, J.M., *Tratado de Responsabilidad Civil,* Tomo II, 5ª ed., Navarra: Aranzadi, 996-1098.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2022). Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2021 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro,* Año 58, núm. 2, 56-61.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2020). La aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº. 76, 5-10. Disponible en https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2020/12/EDITORIAL_76.pdf.

MAGRO SERVET, V. (2016).Utilización de las reglas del baremo de accidentes de circulación como criterios orientadores en otros sectores.: (Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016). *Tráfico y seguridad vial,* Nº. 211.

MEDINA CRESPO, M. (2014). Aplicación del Baremo valorativo fuera del tránsito motorizado. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro,* Inese, Nª 50, 6-29.

MEDINA CRESPO, M. (2023). La utilización del baremo de tráfico de 2015 para valorar los perjuicios personales causados por siete muertes en un siniestro doloso de aviación, acaecido antes del comienzo de su vigencia, aparente reconocimiento de las cantidades baremadas, sin su estabilización valorista, pero con el incremento sobretabular de su mitad. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* Núm. 86, 131-134.

MEDINA CRESPO, M. (2019). Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2019. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* Nº. 70, 45-54.

MONFORT FERRERO, M.ª J. (2021). Responsabilidad por daños en la navegación aérea. En Clemente Meoro, M.E. y Cobas Cobiella, M.ª E. *Derecho de daños,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1299-1336.

MONTERROSO CASADO, E. (2021). Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica. *RCDI,* Nº 788, 3819-3833.

MONTERROSO CASADO, E. (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre,* Madrid: CEF, 4ª ed.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2023
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021
- STS, Sala de lo Civil, de de 21 de septiembre de 2021
- STS, Sala de lo Civil, de 24 noviembre de 2020
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2020
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de septiembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de enero de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2015
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2015

- STS, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2014
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 2013
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2013
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de noviembre de 2012
- STS, Sala Civil, 30 de abril de 2012
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2009
- STS, Sala de o Civil, 25 de febrero de 2009
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2003
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2000
- STS, Sala de lo Civil, de 11 marzo 2000
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 1999
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 1999
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1998
- STS, Sala de lo Civil, de 19 octubre de 1996
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1995
- STS, Sala de lo Civil, de 15 febrero 1994
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1990
- STS, Sala de lo Civil, de 6 julio de 1990

Sentencias, Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo:

- STS, Sala de lo Penal, 13 de julio de 2022
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2022
- STS, Sala de lo Penal, 7 de febrero de 2019
- STS, Sala de lo Penal, de 29 de marzo de 2017
- STS, Sala de lo Penal, de 5 de noviembre de 2013
- STS, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2012
- STS, Sala de lo Penal, de 20 de febrero de 2013
- STS, Sala de lo Penal, de 8 de enero de 2007

Sentencias de la Audiencia Nacional:

- SAN Penal de 13 julio de 2022
- SAN Penal de 31 de octubre de 2007

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- STC de 29 de enero de 2001
- STC de 29 de junio de 2000

Sentencias de Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2019

NOTAS

[1] El Derecho Especial de Giro (DEG) no es una moneda, sino un activo de reserva internacional que se utiliza como unidad de cuenta para, entre otros, fijar estas indemnizaciones por accidentes aéreos. La institución que revisa su valor es el Fondo Monetario Internacional. Su valor se basa en una cesta de cinco monedas: el dólar de EEUU, el euro, el renminbi chino, el yen japonés y la libra esterlina. Véase FMI, "Derecho Especial de Giro (DEG)· disponible en: https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2023/special-drawing-rights-sdr

[2] Señala el artículo 21.2 del Convenio de Montreal que: "El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17 en la medida que exceda de 100.000 derechos especiales de giro por pasajero, si prueba que: a) el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero".

[3] MONFORT FERRERO, M.ª J. (2021). Responsabilidad por daños en la navegación aérea. En Clemente Meoro, M.E. y Cobas Cobiella, M.ª E. *Derecho de daños,* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1300; y ÁLVAREZ LATA, N. Y BUSTOS MORENO, B. (2014). Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea. En Reglero, F. y Busto Lago, J.M., *Tratado de Responsabilidad Civil,* Tomo II, 5ª ed., Navarra: Aranzadi, pp. 1032 y 1033.

[4] MONTERROSO CASADO, E. (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre,* Madrid: CEF, 4ª ed.

[5] MEDINA CRESPO, M. (2014). Aplicación del Baremo valorativo fuera del tránsito motorizado. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro,* Inese, Nª 50, 6-29.

[6] LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2020). La aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº. 76, p. 6. Disponible en https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2020/12/EDITORIAL_76.pdf.

[7] MONTERROSO CASADO, E. (2021). Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica. *RCDI,* Nº 788, pp. 3819-3833.

[8] MEDINA CRESPO, M. (2019). Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2019. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* Nº. 70, p. 51.

[9] Véase MAGRO SERVET, V. (2016).Utilización de las reglas del baremo de accidentes de circulación como criterios orientadores en otros sectores.: (Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016). *Tráfico y seguridad vial,* Nº. 211.

[10] MEDINA CRESPO, 2023, op. cit., p. 132.

[11] MEDINA CRESPO, M. (2023). La utilización del baremo de tráfico de 2015 para valorar los perjuicios personales causados por siete muertes en un siniestro doloso de aviación, acaecido antes del comienzo de su vigencia, aparente reconocimiento de las cantidades baremadas, sin su estabilización valorista, pero con el incremento sobretabular de su mitad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Núm. 86, pp. 131-134.

[12] Véase el análisis de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2022). Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2021 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro,* año 58, núm. 2, pp. 56-61.

[13] MEDINA CRESPO, M. (2023), op. cit., p. 134.

1.7. Concursal

Ejecución hipotecaria y concurso de acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal[1]

Mortgage foreclosure and bankruptcy in the Revised Text of the Bankruptcy Law

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Es propio de la ejecución colectiva que representa el concurso de acreedores la exclusión de ejecuciones singulares que desmembren el patrimonio del deudor. Esta exclusión obedece a la *vis atractiva* del concurso y al interés por el mantenimiento de la continuidad de la empresa, bien sea mediante la consecución de un convenio, bien mediante la transmisión íntegra de sus unidades productivas, lo que puede incrementar su valor de realización o permitir una asunción de deuda por el adquirente. En este contexto, prima dicho interés sobre el del acreedor con garantía real de realizar su crédito. Por este motivo su privilegio de ejecución separada se limita cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, mediante la suspensión de la ejecución de la garantía hasta que se alcance un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la liquidación colectiva o alcanzado un convenio. El derecho de ejecución separada se pierde con la apertura de la liquidación si el acreedor no hubiera ejercitado su acción ejecutiva antes de la declaración de concurso o no la hubiera iniciado transcurrido el plazo del año a que hemos hecho referencia antes. Si bien podrá recuperar tal derecho en el caso de que transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien afecto. Durante la paralización o suspensión de la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad empresarial, la administración concursal puede optar por rescatar el bien satisfaciendo el crédito privilegiado como crédito contra la masa. Ya sea en la ejecución individual separada, ya en la colectiva, el acreedor tiene derecho a cobrar sobre el bien hipotecado la totalidad de la responsabilidad hipotecaria o importe de la deuda originaria.

ABSTRACT: The exclusion of singular executions that dismember the debtor's assets is typical of the collective execution that bankruptcy represents. This exclusion

is due to the attractive force of the bankruptcy judicial process and the interest in maintaining the continuity of the company, either through the achievement of an agreement with the creditors or through the full transfer of its productive units, which may increase its realization value or allow an assumption of debt by the acquirer. In this context, said interest takes precedence over that of the creditor with real guarantee to carry out his credit. For this reason, its privilege of separate execution is limited when it comes to assets necessary for the continuity of the business or professional activity, by suspending the execution of the guarantee until an agreement with the creditors is reached or one year passes from the declaration of bankruptcy. without having opened the collective execution or reached an agreement. The right of separate execution is lost with the opening of the liquidation if the creditor had not exercised its executive action before the declaration of bankruptcy or had not initiated it after the period of one year to which we have referred before. Although the creditor may recover such right in the event that one year passes from the opening of the liquidation without the affected asset having been disposed of. During the cessation or suspension of the execution of real guarantees on assets necessary for business continuity, the bankruptcy administration may choose to rescue the asset by satisfying the privileged credit as a credit against the estate. Whether in separate individual execution or in collective execution, the creditor has the right to collect on the mortgaged property the entire mortgage liability or amount of the original debt.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, ejecución separada, convenio de acreedores, liquidación concursal

KEYWORDS: Mortgage, separate execution, creditors agreement, bankruptcy liquidation

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES SINGULARES Y LA SUSPENSIÓN DE LAS QUE ESTÁN EN CURSO. SU FUNDAMENTACIÓN.—III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS. 1. Prohibición de inicio de ejecuciones hipotecarias sobre bienes necesarios una vez declarado el concurso. Excepciones. 2. Suspensión de las ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre bienes necesarios, una vez producida la declaración de concurso. 3. Efectos de la apertura de la liquidación de la masa activa sobre las garantías reales. 4. Condición de tercer poseedor del concursado. 5. Pago del crédito con garantía real con cargo a la masa.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre la prohibición de ejecuciones singulares que es efecto de la declaración de concurso, así como sobre el régimen especial previsto para las ejecuciones de garantías reales, donde es preciso distinguir entre aquellas que tienen por objeto, o que no tienen por objeto, bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional a los efectos del ejercicio del derecho de ejecución separada.

Las normas relativas a esta problemática se contienen en la Sección 2ª, Capítulo II, Título III, del Libro Primero del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, Texto Refundido de la Ley Concursal) que lleva por rúbrica "De los efectos sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos".

Hay que tener presente que el ámbito de aplicación del Libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal que trata del concurso de acreedores se extiende también a las personas físicas no empresarias.

Como señalan ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, "debemos tener en cuenta que *las personas naturales no empresarios se regirán por el Libro Primero y no les es aplicable el Libro Tercero [relativo al procedimiento especial para microempresas] que solo lo son a los empresarios y microempresas definidas en el mismo*. Tampoco les serán aplicables, cuando no son empresarios, lo previsto en el Libro Segundo [relativo al Derecho preconcursal]" [2].

Si se trata de empresarios debemos distinguir, por un lado las microempresas a las que se aplica el Libro Tercero; por otro lado, las PYMES a las que se les aplica el Libro Primero para el concurso y lo previsto en el Libro Segundo para el Plan de reestructuración con las especialidades de los artículos 682 a 684 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En cuanto al resto de empresarios que no son microempresarios ni PYMES "se les aplica el Plan de Reestructuración del Libro Segundo y el Libro Primero para insolvencia" [3].

No obstante, y aunque en este trabajo comentaremos normas del Libro Primero de del Texto Refundido de la Ley Concursal, aplicables a personas físicas dejaremos fuera del mismo las cuestiones relativas a la vivienda habitual del concursado persona física (que puede estar gravada o no con garantía hipotecaria).

Hay que tener presente que el concurso de persona física puede ser de persona casada en régimen de gananciales u otro de comunidad, y que además, puede el deudor persona física acceder al Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho a través de dos modalidades, mediante plan de pagos y sin liquidación de masa activa (art. 495 TRLC), lo que puede permitir lograr que no se ejecute la vivienda familiar (art. 497.2.1º TRLC) o bien con liquidación de la masa activa (art. 486.2º TRLC). En todo caso, los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real se regulan en el artículo 492 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal y su conexión con las normas reguladas en los artículos 145 a 151, sobre paralización y suspensión de ejecuciones de garantías reales, como decimos, quedan fuera de este trabajo[4].

También dejaremos fuera el estudio de lo previsto en el artículo 694.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal, sobre paralización de ejecuciones judiciales y extrajudiciales en el procedimiento especial para microempresas, a las que se aplica "las normas previstas en el Derecho preconcursal, con las especialidades previstas para el procedimiento especial"[5].

Finalmente, indicar que la competencia judicial exclusiva para el conocimiento de los concursos de acreedores la Ley Concursal en su artículo 44 la atribuye *a los jueces de lo mercantil*, "suprimiéndose el párrafo segundo, que atribuía a los Juzgados de primera instancia la competencia para declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario, y tercero en el que se definía qué debía considerarse empresario a estos efectos. La supresión

referida se debe a la reforma llevada a cabo por la LO 7/2022, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de los Juzgados de lo mercantil que *vuelve a residenciar en los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de los concursos de acreedores de aquellas personas naturales que no sean sujetos mercantiles, recuperando así una competencia original perdida (LOPJ art. 86 ter)"*[6].

II. LA PROHIBICIÓN DE INICIO DE EJECUCIONES SINGULARES Y LA SUSPENSIÓN DE LAS QUE ESTÁN EN CURSO. SU FUNDAMENTACIÓN

De acuerdo con el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley Concursal "desde la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni tampoco apremios administrativos, incluidos los tributarios, *contra bienes y derechos de la masa activa*".

Esta prohibición de inicio de ejecuciones singulares una vez declarado el concurso obedece al carácter universal del procedimiento concursal que pretende abarcar la totalidad de los acreedores del deudor insolvente y la totalidad de los bienes embargables de su patrimonio con vistas a respetar el principio *par conditio creditorum* o paridad de trato entre los acreedores ordinarios sin distinción de fechas y la clasificación y graduación para el pago de los créditos establecida en la Ley Concursal (o sea los privilegios que la ley establece para el caso de insolvencia del deudor común) (art. 1921 CC)[7].

El privilegio es una garantía del crédito de origen legal que en el ámbito del concurso de acreedores se rige por los artículos 269 a 284 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Mientras que en el ámbito civil, cuando el deudor no está en estado de insolvencia y no tiene el deber de solicitar la declaración de concurso (arts. 2 y 5 TRLC), la existencia de privilegios crediticios se rige por los artículos 1922 a 1929 del Código Civil, haciéndose efectivos en las ejecuciones singulares a través del mecanismo procesal de la tercería de mejor derecho.

Así, por ejemplo goza de un privilegio general y de una preferencia de cobro según el Código Civil en una ejecución singular, *un crédito que conste en sentencia firme de fecha anterior, en el proceso de ejecución* sobre bienes muebles o inmuebles del deudor no sujetos a privilegio especial, *de un crédito que derive de una sentencia posterior* (arts. 1924. 3º y 1928 CC).

Como decimos, esta preferencia crediticia podría hacerse valer en la ejecución iniciada por el acreedor cuyo título ejecutivo es una sentencia de fecha posterior mediante la tercería de mejor derecho. De acuerdo con el artículo 614 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley de Enjuiciamiento Civil) quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente.

Interpuesta la tercería de mejor derecho en el tiempo indicado en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[8], la ejecución forzosa continuará hasta realizar los bienes embargados, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante de las costas de la ejecu-

ción y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería (art. 616 LEC).

La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga (art. 620. 1 LEC). Si la sentencia estima la tercería de mejor derecho, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución, mientras no se hayan satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en ésta hasta el momento en que recaiga aquella sentencia (art. 620.2 LEC).

Ahora bien, declarado el concurso de acreedores, la clasificación y graduación de los créditos se rige por la Ley Concursal (art. 1921 CC) y se hace efectiva a través de la lista de acreedores (arts. 285 y ss. TRLC) y en el marco del convenio concursal (arts. 396 398 TRLC) o de la ejecución colectiva (arts. 429 a 440 CC).

Como el proceso concursal pretende abarcar la totalidad de acreedores del deudor (art. 251.1. TRLC), así como la totalidad de sus bienes embargables (art. 192 TRLC) para realizar un ordenado reparto del patrimonio del deudor insolvente es por lo que desde la declaración de concurso se prohíbe el inicio de ejecuciones singulares.

Al mismo tiempo "se garantiza otro de los fines del concurso, cual es el de intentar mantener la continuidad de la actividad empresarial de la sociedad en concurso, en caso de ser ello posible"[9].

Esta prohibición de ejecuciones singulares opera "tanto sobre los créditos concursales como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio", conforme al artículo 394.1 TRLC[10].

"La imposibilidad de despachar la ejecución forzosa singular *ex novo* se basa en la necesidad de obtener el resarcimiento del acreedor reconocido en el título ejecutivo dentro del concurso y conforme con los principios que forman el procedimiento concursal. El derecho reconocido en una sentencia firme de condena dictada por otro juez en otro procedimiento no queda desamparado, pues la imposibilidad de ejecutar de forma autónoma no implica la desafección del patrimonio del deudor a la responsabilidad contraída en el título ejecutivo, si bien dicho patrimonio se aplica no a la exclusiva satisfacción del concreto acreedor ejecutante, sino del conjunto de los acreedores del concursado. El crédito reconocido en el título ejecutivo pasará, por tanto, a integrar la masa pasiva y será resarcido en los términos que finalmente se determine en el informe de la administración concursal"[11].

Complementando lo dispuesto en el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que "no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se haya en situación de concurso…".

A la prohibición de inicio de ejecuciones singulares el Texto Refundido de la Ley Concursal añade en su artículo 143.1 la suspensión de las actuaciones y procesos de ejecución en curso.

Señala este precepto que "las actuaciones y los procesos de ejecución contra los bienes o derechos de la masa activa que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tra-

tamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Serán nulas cuantas actuaciones se hubieran realizado desde ese momento".

De acuerdo con el artículo 568.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "el letrado de la administración de justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración de concurso".

La sanción de nulidad de que habla el artículo 143.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal para las actuaciones realizadas desde la fecha de la declaración de concurso parece lógica y tiene por finalidad evitar que se transmitan de manera irreivindicable bienes a terceros de buena fe, con derecho de separación del bien de la masa activa, de manera que tales bienes quedasen excluidos de la masa activa del concurso mermando las posibilidades de cobro de otros acreedores (art. 239 TRLC)[12]. De este modo, la aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria impediría la alegación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria[13].

A lo expuesto anteriormente establece una excepción el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley Concursal según el cual cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el *testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*, podrán proseguirse las actuaciones y procedimientos de ejecución suspendidos de las siguientes clases:

1º. Las ejecuciones laborales en las que el embargo de ese bien o derecho fuese anterior a la fecha de la declaración de concurso.

2º. Los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de la declaración de concurso.

El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa del concurso. *No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso.*

III. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

1 Prohibición de inicio de ejecuciones hipotecarias sobre bienes necesarios una vez declarado el concurso. Excepciones

El auto de declaración de concurso, a cuyo contenido se refiere el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley Concursal produce sus efectos de inmediato (art. 32 TRLC), dando lugar a la apertura de la fase común (art. 30.1 TRLC).

Uno de los efectos que produce es que los titulares de derechos reales de garantía (hipotecas inmobiliarias, en particular) sobre bienes o derechos de la masa activa (arts. 106 a 108 LH), no podrán iniciar ejecuciones hipotecarias judiciales o extrajudiciales (art. 129.1 LH)[14] sobre esos bienes o derechos, ya sean acreedores concursales, o sea acreedores del concursado o bien acreedores de terceros diversos del concursado pero en garantía de cuyos créditos el concursado haya

ofrecido bienes incluidos en la masa activa. Esto es, el concursado ha sido hipotecante no deudor o hipotecante por deuda ajena. Todo ello siempre que estemos en presencia de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, pues si se tratase de bienes no necesarios, dichas ejecuciones sí podrían iniciarse.

En este sentido el artículo 146 del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que si se pretendiese iniciar una ejecución hipotecaria sobre un bien no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 111 TRLC), se deberá acompañar a la demanda el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que tales bienes no son necesarios para esa continuidad. Cumplido este requisito, podrá iniciarse la ejecución ante el órgano jurisdiccional o administrativo competente para tramitarla (diverso del juez del concurso *ex* art. 52.1.2ª en relación con el artículo 146 *in fine* TRLC)[15].

La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso (art. 147 en relación con el artículo 52.1.3ª TRLC), cualquiera que sea la fase en la que se encuentre el concurso. Dicha declaración se producirá no de oficio sino a solicitud del titular del derecho real cuya ejecución se pretende, previa audiencia de la administración concursal.

En todo caso, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes *o derechos de la masa activa (por lo tanto, sobre bienes necesarios), sean o no acreedores concursales (por lo tanto también los titulares de hipotecas en garantía de deudas ajenas* al concurso), podrán iniciar el procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial en los siguientes casos:

1. Desde la fecha de eficacia de un convenio *que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos*.

Evidentemente, un convenio impedirá el derecho de ejecución separada a los acreedores concursales titulares de garantías reales siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera), así como supuestos en que expresamente se excluya el derecho de ejecución separada. Lo que puede producirse en los casos del artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal[16]. Así:

— Cuando los acreedores privilegiados con garantía real hubieran sido autores de la propuesta de convenio, o se hubieran adherido a ella antes de su aceptación, salvo que hubieran revocado la adhesión.

— Cuando los acreedores privilegiados con garantía real se hubieran adherido en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez *antes de la declaración judicial de su cumplimiento*. Si la adhesión se produce con posterioridad a la fecha de eficacia del convenio (art. 393 TRLC), el derecho de ejecución separada se habría ostentado temporalmente sobre los bienes necesarios, desde la fecha de eficacia del convenio hasta el momento en que se produce tal adhesión que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 del Texto Refundido de la Ley Concursal, esto es, que el crédito quedará extinguido en la parte a que alcance la quita, *aplazado en su exigibilidad por el tiempo de espera, y en general afectados por el convenio*.

— Cuando se produce el efecto de arrastre de los acreedores privilegiados regulado en el artículo 397.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este precepto prevé que los acreedores privilegiados (también los acreedores con garantía real)

queden vinculados al convenio si, dentro de la misma clase a la que pertenezcan (arts. 269 y ss. y 287 TRLC) se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1º) el 65 % del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, cuando el convenio consista en el *pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años*, o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al 20 %; o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; *esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años;* o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2º) El 75 % del importe de los créditos privilegiados, de la misma clase, en los convenios que tuvieren otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de *las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase.*

— Cuando el convenio contenga previsiones para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (p.e., créditos que gocen de garantía real hipotecaria). Como señala el artículo 323 del Texto Refundido de la Ley Concursal, "la propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidas al efecto en esta ley" (arts. 209 a 225 TRLC)[17]. En estos casos el acreedor privilegiado sujeto al convenio deberá recibir el importe que resulte de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria* en los términos que resulten de las previsiones del convenio. *Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa.* Si con dicha realización no se consiguiese la completa satisfacción del crédito en los términos que resulten de la propuesta de convenio, el resto será tratado con la clasificación que le corresponda (art. 433.2, 281.1.3º y 440 TRLC)[18].

2. Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración del concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (ni la aprobación de convenio).

En estos casos, la demanda de ejecución sobre bienes necesarios se presentará por el titular del derecho real de garantía ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda, acordará la tramitación en pieza separada, dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 148.2 TRLC). En estos supuestos hay privilegio de ejecución separada pero intraconcursal.

Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso (art. 148.3 TRLC).

2. Suspensión de las ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre bienes necesarios, una vez producida la declaración de concurso

En el caso de ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, iniciadas antes de la declaración de concurso, el artículo 145.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé la suspensión de los procedimientos, *aunque ya estuviesen publicados*

los anuncios de subasta. Se hace así primar el interés del concurso y la posibilidad de alcanzar un convenio que permita la continuidad de la actividad empresarial o un convenio con asunción de deuda (art. 324 TRLC), o una liquidación con transmisión íntegra de la empresa evitando la desmembración de esta (art. 422 TRLC), sobre el interés del acreedor hipotecario de ver prontamente realizado su crédito en ejecución separada[19].

La declaración del carácter necesario del bien corresponde al juez del concurso a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias (art. 147 TRLC).

Corresponde al deudor comunicar al concurso la existencia de los procedimientos de ejecución en curso (arts. 7.1.3º y 28.2 TRLC), y a la administración concursal comunicar la existencia del concurso de acreedores en dichos procedimientos (art. 80 TRLC). La ley piensa que, en tal caso, el acreedor hipotecario deberá dirigirse al juez del concurso solicitando se declare que el bien no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y así poder levantar la suspensión que en todo caso se ha producido del procedimiento, una vez consta en el mismo el auto de declaración de concurso (*arg*. *ex* art. 146 TRLC).

En efecto, todo procedimiento se suspenderá una vez conste en el mismo el auto de declaración de concurso (arts. 145.2 y 146 TRLC) y sólo si se incorporase al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que el bien que se está ejecutando no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, podrá alzarse la suspensión (*arg. ex* art. 146 TRLC).

Si el juez del concurso declarase que el bien es necesario, la suspensión del procedimiento se mantendrá hasta que se produzca alguno de los eventos enunciados en el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley Concursal y que hemos explicado antes. En resumen, desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el derecho de ejecución separada o desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación ni la consecución de un convenio, los titulares de derechos reales de garantía podrán continuar aquellos procedimientos cuya tramitación hubiera sido suspendida aunque se trate de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 148.1 TRLC).

La solicitud de reanudación de la ejecución suspendida se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 148.2 TRLC). Se ostenta derecho de ejecución separada pero intraconcursal.

Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso (art. 148.3 TRLC).

3. Efectos de la apertura de la liquidación de la masa activa sobre las garantías reales.

La apertura de la fase de liquidación produce la pérdida del derecho de ejecución separada sobre bienes y derechos de la masa activa para aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración del concurso (ya se trate de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o sobre bienes no necesarios).

Igualmente se produce la pérdida del derecho de ejecución separada para aquellos acreedores que no hubiesen iniciado la ejecución de la garantía transcurrido un año desde la declaración de concurso (es decir, transcurrido el plazo máximo de prohibición de iniciación o de suspensión que prevé la ley *ex* art. 148 TRLC para las garantías reales que recaen sobre bienes necesarios).

No obstante, el titular de la garantía real recuperará el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se hay enajenado el bien o derecho afecto.

Los titulares de garantías reales que pierden el derecho de ejecución separada podrán cobrar su crédito en la ejecución colectiva (liquidación) con arreglo a lo previsto en los artículos 430.3 y 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. De acuerdo con el artículo 430.3 del Texto Refundido "el importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado *en cantidad que no exceda de la deuda originaria*. El resto, si lo hubiere, corresponde a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda", o sea como crédito ordinario o subordinado (art. 433.2, 281.1.3º, 435.1 y 440 TRLC)[20].

Teniendo presente que si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales procederá el pago total o parcial, de los intereses cuyo devengo haya quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera al tipo legal (art. 440 en relación con el art. 281.3º y 152.2 TRLC)[21].

De acuerdo con los artículos 209, 421, 423 y 423 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal, la realización durante la fase de liquidación de la masa activa de cualquier bien o derecho que según el último inventario presentado por la administración concursal tuviere un valor superior al cinco por ciento del valor total de los bienes y derechos inventariados, se realizará mediante subasta electrónica, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación hubiera establecido otra cosa (arts. 423.1, 415 y 209 TRLC)[22].

La subasta electrónica de los bienes y derechos deberá realizarse mediante la inclusión de estos bienes, bien en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado (art. 423.2 TRLC).

Si en dicha subasta, realizada a iniciativa del administrador concursal o del titular del derecho real de garantía no hubiera ningún postor, el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien en los términos y plazos establecidos por la legislación procesal civil (arts. 670 y 671 LEC y art. 423.bis.1 TRLC).

Si el beneficiario de la garantía (acreedor concursal o no) no ejercitarse dicho derecho, cuando el valor de los bienes subastados según el inventario de la masa activa (art. 201 TRLC), fuese inferior a la deuda garantizada, el juez, oídos el administrador concursal y el titular del derecho real de garantía, los adjudicará a éste por ese valor, o a la persona natural o jurídica que el interesado hubiera señalado. Si el valor del bien fuera superior, ordenará la celebración de nueva subasta sin postura mínima (art. 423 bis TRLC).

En el caso de procedimientos suspendidos y que no se hubiesen reanudado antes de la apertura de la fase de liquidación, el artículo 149.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé que "las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación la suspensión quedará sin efecto". Esto es, cabrá ejercitar el derecho de ejecución separada pero de forma intraconcursal, ante el juez del concurso.

4. Condición de tercer poseedor del concursado

Es posible que el concursado haya adquirido un bien que es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional con la carga de la hipoteca establecida por el transferente. El concursado tercer poseedor soporta la responsabilidad hipotecaria, sin asumir la obligación contraída por el transferente hipotecante en los términos señalados en los artículos 114 y 115 de la Ley Hipotecaria.

En este caso, en que el acreedor no es acreedor concursal (es acreedor del transferente) y el concursado tampoco es el hipotecante no deudor, la Ley considera que la declaración de concurso no debe afectar a la ejecución de la garantía, de manera que no se producirá la prohibición de inicio o la suspensión de la ejecución aunque el bien sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Probablemente al pensar que el titular de la garantía no puede quedar afectado por las vicisitudes que atraviese un tercer adquirente del bien, el cual cae en concurso tras la adquisición. Lo contrario, mermaría su garantía real y la reipersecutoriedad del bien propio de la misma.

En este sentido señala CABANAS TREJO que "aunque el bien sea necesario para la actividad del dueño/concursado, el acreedor podrá ejecutar la garantía con total libertad y por el cauce ordinario que prefiera, dirigido contra el deudor [persona diversa del concursado], nunca ante el Juez del Concurso, pues no es el órgano competente para una actuación de este tipo. No es propiamente una ejecución separada, en cuanto contrapuesta a una hipotética realización concursal, sino la única forma posible de realización. La razón para admitir esta excepción es que, de lo contrario, podría dificultarse la ejecución mediante la transmisión del bien a una persona vinculada con el deudor, en situación de insolvencia próxima"[23].

5. Pago del crédito con garantía real con cargo a la masa

Durante la paralización de las ejecuciones de garantías reales y suspensión de las iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal

podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa *y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores* (art. 430.2 TRLC)[24].

De acuerdo con el artículo 272 del Texto Refundido de la Ley Concursal el privilegio especial, a ciertos efectos, como es este que contemplamos, estará limitado al valor razonable del bien (valor de la garantía), con las deducciones establecidas en esta ley. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será clasificado según corresponda.

Para calcular el valor del privilegio legal de que goza el acreedor hipotecario hay que atender a lo previsto en el artículo 273 del Texto Refundido de la Ley Concursal según el cual "a los efectos de la determinación del límite del privilegio especial, se entenderá por valor razonable de los bienes y derechos de la masa activa: … 1º En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España. Este informe no será necesario cuando dicho valor hubiera sido determinado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España dentro de los seis meses anteriores a la declaración de concurso". Una vez determinado el valor razonable del bien, para calcular el límite del privilegio especial (o valor de la garantía) la administración concursal deberá deducir el 10 % del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía y el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien (art. 275.1 TRLC).

"*En ningún caso el valor de la garantía puede ser inferior a cero ni superior al valor del crédito con privilegio especial, así como tampoco al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria que se hubiera pactado*", señala literalmente el artículo 275.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Satisfecho el privilegio especial de este modo, o sea mediante la rehabilitación del crédito contemplada en el artículo 430.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, el remanente de deuda restante será clasificado según corresponda y satisfecho en convenio o en la liquidación colectiva.

En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el artículo 430.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, esto es, mediante la realización de la garantía. El producto líquido obtenido se destinará al pago del acreedor privilegiado *en cuantía que no exceda de la deuda originaria, es decir, de la responsabilidad hipotecaria que puede ser superior al valor del privilegio especial que figure en la lista de acreedores (art. 272 TRLC en relación con el art. 281.3º TRLC)*[25].

Como señala SIERRA NOGUERO, "en un supuesto de pago parcial del importe del crédito con cargo a la masa, el acreedor podrá ejercer, por ministerio de la ley, las prerrogativas que son reconocidas a su crédito: la ejecución del bien o derecho afecto si aún está a tiempo y, tanto si hay ejecución separada como colec-

tiva, con prioridad de cobro sobre lo obtenido con respecto a los demás acreedores concursales *hasta el importe de la deuda originaria*"[26].

Por lo tanto, "el ejercicio de la facultad de rescate crea una ficción legal por la que un crédito concursal se paga como si fuese un crédito contra la masa y con el límite del valor razonable del bien o derecho gravado. Sin embargo, no pierde definitivamente su naturaleza como crédito concursal [privilegiado], al ser una situación transitoria reversible en caso de impago"[27] [28].

IV. CONCLUSIONES

1. Las garantías reales gozan de un privilegio ejecutivo consistente en la posibilidad de ejecución separada del concurso de acreedores. Este privilegio lo ostentan los acreedores con garantía real (ya sean acreedores del concursado o no), sobre bienes integrados en la masa activa que no sean necesarios para el ejercicio de la actividad profesional o empresarial así como sobre los bienes necesarios una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese alcanzado un convenio o se hubiese producido la apertura de la liquidación concursal.

2. El derecho de ejecución separada puede perderse como efecto del convenio de acreedores, al que se haya adherido el acreedor hipotecario, siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera) o previsiones para la enajenación de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, así como en supuestos de arrastre del acreedor privilegiado por el convenio.

3. En caso de pérdida del derecho de ejecución separada por la apertura de la liquidación concursal, el acreedor hipotecario cobrará en dicha ejecución con cargo al bien afecto hasta el importe de la deuda originaria. Si con la realización del bien no pudiese satisfacerse íntegramente dicha deuda originaria, el remanente de crédito deberá ser tratado como ordinario o subordinado y se satisfará con arreglo a las normas de graduación y pago establecidas en la Ley Concursal.

4. La Administración Concursal puede optar por rescatar el bien hipotecado mediante comunicación dirigida al acreedor hipotecario durante la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, optando por atender su pago con cargo a la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía (o sea, del valor razonable del bien que marca el límite del privilegio especial en la lista de acreedores, a ciertos efectos).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS 112/2019, de 20 de febrero
- STS 227/2019, de 11 de abril
- SAP de Madrid, sección 28ª, 220/2022, de 25 de marzo de 2022
- SAP de Madrid, sección 28ª, 407/2022, de 3 de junio de 2022

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALBIOL PLANS, J. (Dir.). (2022). *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal.* Bosch: Madrid.

CABANAS TREJO, R. (2021). *La hipoteca en el concurso de acreedores. Una aproximación notarial desde la práctica judicial y registral reciente.* Barcelona: Aferre.

CAMPUZANO, A. B y SANJUAN, E. (2022). *GPS Concursal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CASTRO MATUTE, K. J. (2021). *Ejecuciones hipotecarias sobre bienes inmuebles y concurso de acreedores.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

CUENA CASAS, M. (2023). Vivienda familiar y concurso de acreedores en *Actualidad Civil,* núm. 9, 1–30.

CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, Mª. E. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2022). *Reforma Concursal. Ley 16/2022. Guía Rápida Francis Lefebvre.* Madrid: Lefebvre-El Derecho, S. A.

FACHAL NOGUER, N. (2021). *Garantías reales y concurso. Soluciones desde la práctica judicial.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2022). Procedimiento especial para microempresas. En: J. Pulgar (Dir.). *Manual de Derecho Concursal.* Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 168–205.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª. (2020). Comentario al artículo 142 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 768–772.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª. (2020). Comentario al artículo 143 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 772–778.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª. (2020). Comentario al artículo 144 TRLC. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 778–782.

JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2017). Derecho de separación de la masa activa y adquisición *a non domino*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2053–2074.

JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2022) (1). La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas. Especial referencia a la vivienda habitual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.* 792, 2415–2435.

JIMÉNEZ PARIS, T.A. (2022) (2). La venta extrajudicial de finca hipotecada (II). Cuestiones procedimentales. Especial referencia a la vivienda habitual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.,* 793, 2909–2928.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2023). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 797, 1886–1907.

MARTÍN LÓPEZ, A.I. (2022). La masa pasiva del concurso y los créditos contra la masa en: J. Pulgar Ezquerra (Dir.), *Manual de Derecho Concursal,* Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 329–397.

PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2022). *Manual de Derecho Concursal.* Madrid: La

Ley. Wolters Kluwer.
PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2020). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* 2 Tomos. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
RUIZ-RICO ARIAS, Mª. D. (2023). La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal en *Diario La Ley, núm.,* 10373, 23 de octubre de 2023, 1–32. 333.
SIERRA NOGUERO, E. (2020) (1). Comentario al artículo 430 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1875–1887.
SIERRA NOGUERO, E. (2020) (2). Comentario al artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerra (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1090–1099.
VEIGA COPO, A. (Dir.). (2020). *El acreedor en el Derecho Concursal y Preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi

NOTAS

[1] Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar" con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuena Casas.

[2] ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 11.

[3] ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 11.

[4] Sobre el régimen jurídico de la vivienda habitual en el concurso de acreedores, *vid.*: CUENA CASAS, 2023, 1–30. Sobre la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, *vid.*, RUIZ-RICO ARIAS, 2023, 1–32. Para los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real, *vid.:* FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148–151. Sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2023.

[5] GALLEGO SÁNCHEZ, 2022, 186. Artículo 694.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal: "La apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, con independencia de si la ejecución se había iniciado o no en el momento de la solicitud y de la condición del crédito o del acreedor, siendo de aplicación lo previsto en el capítulo II del título II del libro segundo]] con las especialidades aquí previstas. La suspensión de las ejecuciones no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que el deudor lo solicite de acuerdo con los supuestos que así lo permitan en este libro tercero. Tampoco se suspenderán las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. Así, en el supuesto de los créditos públicos, no se suspenderá la ejecución de los créditos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales ni, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional". *Vid.*, GALLEGO SÁNCHEZ, 2022, 186–187.

[6] ENCISO ALONSO-MUÑUMER y ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 19.

[7] Artículo 1921 del Código Civil: "Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen. *En caso de concurso, la clasificación y la graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal".*

[8] Artículo 615 Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tiempo de la tercería de mejor derecho.* "1. La tercería de mejor derecho procederá desde que se haya embargado el bien a que se refiere la preferencia, si ésta fuere especial o desde que se despachare ejecución si fuere general. 2. No se admitirá demanda de tercería de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil".

[9] GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 769.

[10] GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 770.

[11] GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (1), 771.

[12] Artículo 239 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Separación de bienes y derechos*. "1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos. 2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal. 3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente". *Vid.,:* JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

[13] *Cfr.,* GONZÁLEZ GARCÍA, 2020 (2), 775.

[14] Artículo 129.1 de la Ley Hipotecaria: "La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV

del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada". *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2022, (1) y (2).

[15] Artículo 146 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios.* Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla".

[16] Artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Extensión del convenio a los créditos privilegiados*. "1. Los acreedores privilegiados quedarán vinculados al convenio aprobado por el juez si hubieran sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, así como si se adhieren en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando, dentro de la misma clase a la que pertenezcan, se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1º. El sesenta por ciento del importe de los créditos privilegiados de la misma clase cuando el convenio consista en el pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al veinte por ciento, o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, espera, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2º. El setenta y cinco por ciento del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, en los convenios que tuvieran otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase".

[17] "Un cambio del Texto Refundido de la Ley Concursal respecto de la Ley Concursal es la ubicación sistemática de las normas especiales de realización de los bienes afectos. Antes en la liquidación y ahora entre las normas de la masa activa. El apartado II de la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que el Titulo IV *De la masa activa* incluye << *también las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen, muchas de ellas ahora contenidas en el título sobre liquidación de la Ley Concursal* >>. En cambio, el derogado artículo 155.4 Ley Concursal se ubicaba dentro de las normas dedicadas a la liquidación de la masa activa, pero señalaba que la subasta era la regla general para realizar los bienes afectos << *en cualquier estado del concurso* >>. Con la nueva ubicación del artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal y su aplicación también a la realización de estos bienes afectos << *en cualquier estado del concurso* >> es más claro que la subasta es el modo ordinario de realización dentro del concurso. En principio, la subasta es viable en cualquiera de sus tres fases: común (cuando sea posible), liquidación y convenio. … En fase de convenio el artículo 323.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que << *La propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas*

establecidos al efecto en esta ley >>. Se refiere a las reglas especiales de los artículos 209 a 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal". (SIERRA NOGUERO, 2020 (2), 1091–1092). Así el convenio puede contener previsiones de dación en pago, en cuyo caso quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial o bien de dación para pago, en cuyo caso, si hubiera remanente tras la realización del bien, corresponderá a la masa activa y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 211 TRLC).

[18] Artículo 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos ordinarios*. … 2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con la parte de los créditos con privilegio especial en que no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, salvo que tuvieran la condición de subordinados". Artículo 281 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Créditos subordinados*. "1. Son créditos subordinados: … 3º. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, *salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*. Artículo 440 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de intereses*. Si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, procederá el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera, al tipo legal".

[19] Artículo 145 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Efectos sobre la ejecución de garantías reales*. "…2. Desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedarán suspendidas, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta".

[20] Como señala la SAP de Madrid, sección 28ª, de 25 de marzo de 2022, "no pueden prevalecer las normas comunes sobre imputación de pagos [artículos 1137, 1110 CC y 318 del C de C], en las que el recurrente pretende fundamentar la clasificación de los créditos por intereses como ordinarios, sobre la legislación especial al efecto constituida por lo establecido en la Ley Concursal vigente al tiempo de la resolución, que no se ha visto alterada por lo posteriormente establecido en el Texto Refundido de la Ley Concursal a la hora de clasificar los créditos concursales y que concreta como deben calificarse los créditos hipotecarios concursales en sus artículos 270.1º, 272, 275 y 281.1.3º. … La interpretación literal de tales preceptos conducía inexorablemente a la conclusión de que los intereses tienen naturaleza de crédito subordinado, salvo en el caso de los intereses devengados en virtud de un préstamo hipotecario —créditos con garantía real— *pero únicamente hasta donde alcance la garantía. Así los intereses son crédito subordinado por naturaleza salvo que estén dentro del ámbito de la garantía hipotecaria, que es lo que les atribuye la calificación de privilegio especial. Fuera de tal ámbito, son créditos subordinados y no ordinarios, …*".

[21] Artículo 152 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Suspensión del devengo de intereses. "1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales. 2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior los créditos salariales, que devengan intereses conforme al interés legal del dinero *y los créditos con garantía real, que devengarán los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía*".

[22] Artículo 415 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Reglas especiales de liquidación*. "1. Al acordar la apertura de la liquidación de la masa activa o en resolución posterior, el juez, previa audiencia o informe del administrador concursal a evacuar en el plazo máximo de diez días naturales, podrá establecer las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal, modificar las que hubiera establecido. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal". Artículo 423 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Regla de la subasta*. "1. La realización durante la fase de liquidación de la masa activa de cualquier bien o derecho o conjunto de bienes o derechos que, según el último inventario presentado por la administración concursal tuviera un valor superior al cinco por ciento del valor total de los

bienes y derechos inventariados, se realizará mediante subasta electrónica, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación, hubiera decidido otra cosa. 2. La subasta electrónica de los bienes y derechos deberá realizarse mediante la inclusión de esos bienes o derechos o parte de ellos, bien en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos". Artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. "*Modo de realización de los bienes afectos.* La realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará por el administrador concursal mediante subasta electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización."

[23] CABANAS TREJO, 2021, 174.

[24] Artículo 430 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos con privilegio especial.* … 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente".

[25] Artículo 430.3 Texto Refundido de la Ley Concursal: *"… 3. El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria.* El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda".

[26] SIERRA NOGUERO, 2020, (1) 1887.

[27] SIERRA NOGUERO, 2020, (1) 1887.

[28] Explica MARTÍN LÓPEZ que "… es importante señalar que la limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio y, en particular, con el cálculo de las mayorías necesarias para su aprobación (o en un escenario pre-concursal, con los planes de reestructuración). En este sentido el Tribunal Supremo ha considerado que, en un escenario de liquidación concursal, hay que estar a lo previsto en la norma especial para el pago de los créditos con privilegio especial (actualmente el artículo 430 TRLC). Dicho precepto establece lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, y es ajeno al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la << deuda originaria >>. A su vez el Alto Tribunal señala que *'la deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado'* (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019). *De esta forma, el concepto de << deuda originaria >> ha sido asociado por nuestros tribunales a la << deuda hipotecaria >>, es decir, al importe total del crédito garantizado hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria pactada, sin incluir los intereses moratorios devengados con posterioridad a la declaración de concurso…".* (MARTÍN LÓPEZ, 2022, 353). La SAP de Madrid, Sección 28ª, 407/2022, de 3 de junio de 2022, que aplica la doctrina de la STS 112/2019, de 20 de febrero, señala en este mismo sentido que la *"preferencia de cobro en el concurso está directamente relacionada en el caso del crédito hipotecario con la responsabilidad hipotecaria, …* el derecho de preferencia en el cobro sobre los demás acreedores está limitado en un doble sentido: (i) al propio bien hipotecado; y (ii) respecto de la concreta deuda garantizada. Y tales límites operan tanto en una situación extraconcursal como concursal. La preferencia del acreedor hipotecario en el concurso se limita a lo estrictamente garantizado con la hipoteca. *Ni más, pues es irrazonable que pueda interpretarse que en una situación concursal el alcance del privilegio pueda resultar extendido más allá de lo que*

lo está en una situación extraconcursal. Pero tampoco menos, dado que, solo una vez atendidos cada uno de los conceptos del crédito hipotecario hasta ese límite, puede hablarse de sobrante que acreciente la masa activa a favor del resto de acreedores. Esta conexión está recogida en la STS 112/2019, de 20 de febrero. Según el art. 213 del Texto Refundido de la Ley Concursal (que recoge lo previsto en el art. 155.5ª LC), cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el importe resultante de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuera el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en esta ley, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía.* Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa, y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito (originario), la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda. *Por tanto, el importe obtenido con la realización de los bienes o derechos afectos se destina a pagar al acreedor con privilegio especial hasta donde alcance la 'deuda originaria', que no es coincidente con el alcance del privilegio especial reconocido en la lista de acreedores,* que tiene el límite del art. 272 del Texto Refundido, que trae causa del precedente art. 90.3 de la Ley Concursal. En la inicial redacción de la Ley Concursal el crédito privilegiado especial lo era sin limitación sobre el bien o derecho afecto. *A partir de las reformas de 2014 el sistema se hace más complejo, pero el cambio, es desde la óptica de la preferencia de pago, aparente. La complejidad estriba en que la situación jurídica del crédito hipotecario en el concurso impone diferenciar dos estadios diferentes: a efectos de convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago [y a efectos de la rehabilitación del crédito del artículo 430.2 TRLC], y, a efectos de pago del crédito, de otro*. En el primero, el privilegio especial (art. 270.1 TRLC, entonces art. 90.1.1º LC), solo alcanzará las 9/10 del valor razonable de la garantía en los términos del artículo 272 a 275 (precedentes arts. 90.3 y 94.5 LC). Este reconocimiento y clasificación despliega todos sus efectos en la fase de convenio a la hora de determinar los quórum y mayorías, pero cede su protagonismo en el momento del pago. *Realizado en cualquier estado del concurso, el bien sujeto o afecto (por tanto, ya en ejecución singular, concursal o extraconcursal, ya en liquidación colectiva), desaparece el 'recorte' y el acreedor privilegiado lo que tiene es el derecho a hacer suyo el montante de lo obtenido con esa realización hasta el importe de la 'deuda originaria'.* Ello explica que la calificación como 'ordinario' del crédito en la lista de acreedores por efecto de la limitación de privilegio especial, no implique la purga o cancelación de la hipoteca (RDGRN de 8 de julio de 2015). Por ello desde la óptica sustantiva o de la preferencia de pago, el cambio que se introdujo en 2014 y se mantiene en el Texto Refundido de la Ley Concursal es aparente: el crédito hipotecario no pierde su extensión originaria, e igual que ocurría con la redacción inicial de la Ley 22/2003, cubrirá todos los conceptos, con el tope o límite que representa en el caso de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria. Esta interpretación expuesta se desprende de la STS 227/2019, de 11 de abril, al interpretar el precedente artículo 155. … Es cierto que esa limitación del privilegio solo tiene efectos en el convenio, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago… el Administrador Concursal cuando lleva a cabo el reconocimiento y calificación en la lista de acreedores debe verificarlo en esos términos [de limitación del privilegio]… según se desprende sin género de dudas de la ubicación sistemática de los arts. 270 a 275 del Texto Refundido de la Ley Concursal en relación con el artículo 286–287 del TRLC (anterior art. 94 LC), que fija el contenido de la lista. Ello sin perjuicio, por supuesto, de lo procedente en caso de realización de los activos, según lo antes expuesto … [En cuanto a la STS 227/2029 de 11 de abril] lo que hace es limitar los intereses postconcursales solo a los remuneratorios (ahora positivizado en el artículo 152.2 TRLC) que viene a matizar a la precedente STS nº 112/2019, de 20 de febrero, que en lo que aquí interesa lo que estableció fue el requisito procesal del previo reconocimiento de los intereses en la lista de acreedores como crédito contingente, de forma que su ausencia impide al acreedor hipotecario su reclamación, una vez se realice el bien hipotecado.

2. MERCANTIL
DERECHO DE DAÑOS

Un caso de perjuicio reputacional o moral por infracción de marca en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de julio de 2023

A case of reputational or moral damage DUE to trademark infringement in the judgment of the Supreme Court (Criminal Chamber) of July 13, 2023

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En la exhibición para la venta de productos que lesionan los derechos de marca por imitación o confundibilidad de sus signos distintivos se deriva un perjuicio [reputacional-moral] implícito que no necesita de mayor prueba, por lo que no es necesario que el demandado haya obtenido beneficios con su comercialización para que sea indemnizable, según establece el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2023.

ABSTRACT: In the display for sale of products that violate trademark rights due to imitation or confusion of their distinctive signs, an implicit [reputational-moral] damage is derived that does not need further proof, so it is not necessary for the defendant to have obtained benefits with its commercialization so that it is compensable, as established by the Supreme Court, in a judgment of July 13, 2023.

PALABRAS CLAVE: infracción de derechos de marca, daño reputacional y daño moral

KEY WORDS: infringement of trademark rights, reputational damage and moral damage

SUMARIO: I. INFRACCIÓN DE DERECHO DE MARCA. DAÑO REPUTACIONAL *vs.* MORAL.—II. BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INFRACCIÓN DE DERECHO DE MARCA. DAÑO REPUTACIONAL VS. MORAL

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2023 (Sala de lo Penal), Id Cendoj: 28079120012023100591 identifica daño indemnizable en la medida en que considera que de la propia exhibición para la venta de los productos que lesionan los derechos de marca por imitación o confundibilidad de sus signos distintivos se deriva un perjuicio moral (o reputacional) implícito que no necesita de mayor prueba.

Resultó probado que el condenado tenía en su nave industrial productos que imitaban a los de distintas marcas dispuestos para la venta a terceras personas. Pero no que llegara a vender alguno o que se produjera algún perjuicio concreto a las mercantiles titulares de los derechos de marca.

En concreto, el condenado tenía expuestos para su venta bolsos que mostraban un logotipo o dibujo tan similar al signo distintivo de la marca registrada Carolina Herrera que podía inducir a confusión. En total, con este propósito, tenía almacenados 976 bolsos, fabricados y puestos a la venta sin la autorización de la marca Carolina Herrera, pero con un diseño de marca que podía confundirse con el de Carolina Herrera.

Con idéntico propósito, el condenado tenía almacenados 52 holsos que mostraban un logotipo de marca prácticamente idéntico al de la marca registrada Yves Saint Laurent, salvo ligeras diferencias, y que por tanto podía confundirse con el de esa marca. Estos bolsos también habían sido producidos y puestos a la venta sin la autorización de los titulares de la marca que imitaban.

Asimismo, también con el mismo propósito de vender al por mayor, el condenado tenía en el almacén 500 fornituras con el nombre de la marca registrada Bimba y Lola y otras con el diseño de marca registrado por las marcas Chanel y Michael Kors, 1060 y 1092 fornituras respectivamente, prácticamente idénticas a las citadas marcas registradas. Las fornituras tenían por objeto ser colocadas en los bolsos sin marca que también tenía almacenados, para lo que disponía de 845 bolsos sin ningún signo distintivo. Ninguno de los titulares de las marcas afectadas había dado autorización para la venta de las fornituras ni para que fueran utilizadas de ninguna manera por el condenado.

Además, el condenado tenía en el almacén de su empresa cuatro maletas con un dibujo muy similar al de la marca registrada Hello Kitty, que representaba esquemáticamente la cabeza de un gato y en el que se había sustituido un lazo por unas flores, pero que podía ser confundido con el dibujo original de la marca. Todo ello, sin autorización de los titulares del derecho a la marca.

El condenado ofrecía en venta mercancía con estos signos distintivos a sabiendas de que imitaban o eran prácticamente idénticos a marcas registradas.

La Policía también encontró en el establecimiento 316 bolsos a los que atribuyó similitudes con la marca Tous,38 bolsos a los que atribuyó la imitación de la marca Disney y 457 bolsos y 40 carteras a los que atribuyó similitud con la marca

Emporio Armani, pero no consta acreditado que sean confundibles con una marca registrada.

Ante dichos hechos en la instancia se dictó la siguiente condena: que debemos condenar y condenamos a […] como autor penalmente responsable de un delito contra la propiedad industrial previsto y penado en el artículo 274.1 del código penal, con la agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de veinte meses, con una cuota diaria de quince euros, cuya falta de pago determinará un día de privación de libertad o una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad por cada dos cuotas no satisfechas; condenándole también a pagar a los titulares de los derechos de las siguientes marcas Michael Kors, Yves Saint Laurent, Carolina Herrera y Chanel y Bimba la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como resultado de multiplicar la cantidad de bolsos o de fornituras intervenidos confundibles con cada marca por el precio medio de un bolso sin marca, de las mismas características que los intervenidos, y multiplicando en cada caso el resultado por 0'25, en concepto de responsabilidad civil. Las indemnizaciones tendrán los siguientes límites máximos: 13.935 euros, en el caso de Bimba y Lola; 159.000 euros, en el caso de Chanel; 139.650 euros, en el caso de Carolina Herrera;108.326 euros, en el caso de Michael Kors, y 11.773'42 euros, en el caso de Yves Saint Laurent. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de comercio Giovi sl respecto de las indemnizaciones que se fijen en ejecución de sentencia a favor de Chanel SAS, Carolina Herrera Limited y Bimba & lola SL.

Se acuerda el comiso y destrucción de la mercancía y fornituras intervenidas correspondientes a las marcas Michael Kors, Yves Saint Laurent, Carolina Herrera, Chanel, Bimba y Lola y Hello Kitty.

En términos jurídicos, el Tribunal Supremo justifica la condena dado que la lesión del derecho de marca, además de buscar una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de esta con valor patrimonial, compromete, también, los elementos de confianza que con la misma se pretenden transmitir a los consumidores. Entre estos, la promesa o la garantía de una determinada calidad, una imagen concreta relacionada con un determinado estilo de vida, la exclusividad en su uso, etc. —vid. SSTJUE, C-487/07,de 18 de junio de 2009, caso L'Oreal; C-236-08, C-238/08, Casos Google-Louis Vuitton, de 23 de marzo de 2010—.

De conformidad a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuanto mayor sea el prestigio de una marca, mayor debe ser el nivel de protección que ese signo merece obtener de los tribunales, por loque debe disociarse el riesgo de confusión del concreto producto sobre el que se hace uso ilícito del signo idéntico o confundible protegido.

Nivel de protección que, de conformidad a lo previsto en el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual —si bien, como se precisa en su artículo 1º, se extiende, también, a la propiedad industrial—, impone a los Estados garantizar *"que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción. Cuando las autoridades judiciales*

fijen los daños y perjuicios: a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho".

Obligación, cuyo alcance ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 17 de marzo de 2016, C-99/15, caso Liffers y otros, precisando que los objetivos perseguidos por esta *" buscan garantizar, en particular, un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior", añadiéndose en los parágrafos 23, 24 y 25 " que, con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, y, en particular, el daño moral ocasionado al titular (...) Se desprende por tanto de los considerandos 10, 17 y26 de la Directiva 2004/48 que esta tiene por objeto alcanzar un elevado nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual que tenga en cuenta las especificidades de cada caso y esté basado en un método de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que responda a estas especificidades. (...) Habida cuenta de los objetivos de la Directiva 2004/48, su artículo 13, apartado 1, párrafo primero, debe interpretarse en el sentido de que establece el principio de que el cálculo del importe de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio "efectivamente sufrido", incluido también en su caso el posible daño moral causado".*

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo en su considerando 17º afirma la existencia de un *"daño reputacional"* ya que se han comprometido *"los intangibles elementos de exclusividad y compromiso de calidad que las marcas pretenden transmitir al conjunto de consumidores"*, haciéndolo de la siguiente forma:

"17. En el caso, insistimos, la tenencia de centenares de fornituras confundibles con signos distintivos de diversas marcas —500 de la marca registrada Bimba y Lola; 1060 de la marca Channel; 1092 de la marca Michael Kors, dispuestas para ser colocadas en 845 bolsos almacenados sin marca comercial y la exposición para su venta de 976 bolsos con signos distintivos confundibles de la marca Carolina Herrera, 53 bolsos que imitaban un logotipo prácticamente idéntico a la de la marca registrada Yves Saint Laurent y 4 maletas con signos confundibles de la marca Hello Kitty, supone una fuente de daño reputacional, de afectación del renombre de las marcas protegidas, cuyos signos distintivos son utilizados para vender productos a un precio muy inferior de los amparados por los signos originales, comprometiendo, aun de forma indirecta o difusa, los intangibles elementos de exclusividad y compromiso de calidad que las marcas pretenden transmitir al conjunto de los consumidores."

Sin embargo y pese a la anterior calificación de *"daño reputacional"* que efectúa el Tribunal Supremo, nos introduce un cierto confusionismo al hablar posteriormente de *"daño reputacional de naturaleza moral"*, cuando se pronuncia literalmente del siguiente tenor:

"18. En estos casos, en los que resulta difícil, si no imposible, traducir la infracción en daños patrimoniales directos, calculados en términos de costes de oportunidad o en lucro cesante, no debe excluirse la existencia de un daño reputacional de

naturaleza moral, en los términos reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —vid. parágrafo 17 de la STJUE, ya citada, Caso Liffers y otros—."

Y en función del paso anterior (de daño reputacional a daño moral), termina condenando en términos de un auténtico daño moral, cuando descansa su fallo sobre el siguiente razonamiento:

"23. En el caso, partiendo de la ontológica imposibilidad de objetivar en términos económicos el daño moral, la Sala de instancia fija un módulo "ad hoc" para el cálculo de la indemnización a determinar en la fase de ejecución de sentencia que, descartando los criterios previstos en el artículo 43 de la Ley de Marcas para la fijación de indemnizaciones por daños patrimoniales, resulta particularmente respetuoso con los principios de proporcionalidad y de prohibición del injusto enriquecimiento.

Partiendo de los valores de venta que, en el singular contexto de comercialización declarado probado, podrían haber alcanzado los diferentes bolsos intervenidos aprovechándose de los signos confundibles de las distintas marcas, el montante indemnizatorio del daño moral se fija en un 25 % de valor total que se determine.

Criterio que, como anticipábamos, responde a una muy razonable evaluación situacional de los distintos factores concurrentes, asegurando, por un lado, el principio de reparación integral y evitando, por otro, que por esta vía se fijen indemnizaciones desmedidas, desconectadas de concretos daños patrimoniales, como las que fueron objeto de reclamación por las mercantiles perjudicadas."

En primer lugar, el Tribunal Supremo parece superar la línea fijada en algunas sentencias penales que requieren —como delito de actividad— la comercialización del producto falso para estimar el resarcimiento de daños. En este sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 5 noviembre de 2009 (ARP\2010\173), *"Los géneros imitados y falsos importados fueron intervenidos antes de ser introducidos en el comercio al que estaban dirigidos de forma inequívoca, sin llegar a producirse su venta fuera del círculo de los responsables del delito, por lo que no se ha producido ningún perjuicio efectivo para los titulares de los derechos de exclusividad de la marca infringidos, pues de la sola falsificación, si esta no llega a ser introducida en el mercado minorista al que está dirigida, no se enlaza ningún tipo de perjuicio que haya de resultar reparado en esta sede jurisdiccional, pues el artículo 109 del Código Penal únicamente contempla como resarcible en este ámbito los perjuicios causados por el hecho delictivo (responsabilidad civil ex delicto)".* En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 21 de septiembre de 2010 (ARP\2011\50).

Por otro lado, y en cuanto a lo que nos interesa verdaderamente, conviene señalar que el razonamiento del Tribunal Supremo no goza de la debida claridad pues, pareciera que el Tribunal Supremo equipara el daño moral al daño reputacional o desprestigio a pesar de ser conceptos distintos y claramente separables. El primero es el daño íntimo no material reconocido por el artículo 43.2.b) de la Ley de Marcas, mientras que el segundo es un daño puramente patrimonial vinculado al menoscabo del valor de la marca y al que se refiere el art. 43.1 de la Ley de Marcas que lo relaciona ejemplificativamente a casos de realización defectuosa de productos ilícitamente marcados o de presentación inadecuada de la marca en el mercado.

Para un entendimiento del daño reputacional, conviene colacionar la STJUE de 22 de junio de1994, C-9/93, HT Internationale Heiztechnik GmbH y Uwe Danzinger vs Ideal-Standard GmbH y Wabco Standard GmbH, ECLI:EU:C:1994:261 [caso Ideal-Standard], que razona lo siguiente: *"Como se consideró en la sentencia Hag II, antes citada, para que la marca pueda desempeñar su cometido debe constituir la garantía de que todos los productos designados con la misma han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que pueda hacerse responsable de su calidad (apartado 13)"*

Por otro lado, la STJUE de 23 de marzo de 2010, Google France, C-237/08, ECLI:EU:C:2008:389, establece que: «Dado que el tráfico económico se caracteriza por la variada oferta de productos y servicios, el titular de una marca puede tener por objetivo no solo indicar con dicha marca el origen de sus productos o servicios, sino también utilizar su marca con fines publicitarios para informar y atraer al consumidor. Por tanto, el titular de una marca está facultado para prohibir el uso, sin su consentimiento, de un signo idéntico a su marca, para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada, cuando dicho uso afecte al empleo de la marca por su titular como elemento de promoción de las ventas o instrumento de estrategia comercial». En la STJUE «Interflora», «la función de indicación del origen de la marca no es la única función de esta digna de protección frente a los menoscabos por parte de terceros. También han tenido en cuenta el hecho de que, además de una indicación del origen de los productos o de los servicios, una marca constituye a menudo un instrumento de estrategia comercial empleado, en particular, con fines publicitarios o para adquirir buena reputación con vistas a obtener la fidelidad del consumidor»

Es decir, y en sede de daño reputacional, hemos de tener presente que la marca no sólo informa al consumidor del origen empresarial, sino de las características de los productos, por lo tanto, el daño puede consistir no sólo en la desviación del potencial cliente del titular de la marca al infractor de la misma sino también en la pérdida de interés del potencial cliente por dilución de la marca. A título de ejemplo, la SAP Alicante (TMUE) 25 de julio de 2016 (AC\2016\1473), se analiza un caso de dilución de la marca Bulgari, al vender el infractor los perfumes de la marca Bulgari junto con lejía, preservativos y papel higiénico, con el consiguiente desprestigio para la marca citada.

O sea, el art. 43.2.a) LM prevé expresamente la posibilidad de causación de un daño moral al titular de la marca infringida *("en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico"),* diferenciable por tanto del "daño al prestigio de la marca", al que alude el apartado 3 del precepto *("en el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado").*

Pero como afirma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia núm. 261/2013 de 4 diciembre (JUR\2014\22644), en un caso de infracción marcaria: *"El reconocimiento del daño moral al titular exige ponderar si los actos infractores, en atención a sus circunstancias y gravedad, se revelan idóneos (de acuerdo con la doctrina de apreciación del daño ex re ipsa) para producir en el titular un profundo sufrimiento, desasosiego, inquietud o aflicción que merece ser compensado, más allá del mero malestar, intranquilidad o preocupación que ine-*

vitablemente determina la infracción por un tercero del derecho de marca y la penosa expectativa de tener que enfrentarse a un litigio."

En el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2023, estamos realmente ante un daño patrimonial de carácter reputacional, ya que se han comprometido *"los intangibles elementos de exclusividad y compromiso de calidad que las marcas pretenden transmitir al conjunto de consumidores"*, o sea, ello se traduce en una información incorrecta del origen empresarial de los productos que el infractor exhibía a los potenciales compradores de los mismos, que ha de ser necesariamente objeto de prueba en cuanto a su realidad, existencia y cuantificación como daño patrimonial, diferente al daño moral que se hubiera alegado.

Hemos de hacer notar que la regulación marcaria (artículo 43 de la Ley de Marcas) posee una sustantividad propia de las consecuencias que pudieran anudarse al daño reputacional constitutivo de una lesión al honor de la persona jurídica concreta, resultando campos de actuación y de protección normativa absolutamente diferentes, con proyección distinta en cuanto a la necesidad de acreditación del daño patrimonial correspondiente.

En sede de protección al honor, recordamos que la jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SSTS 15 de diciembre de 1997, RC n.° 1/1994 (RJ 1997, 8978) ; 27 de enero de 1998, RC n.° 471/1997 ; 22 de enero de 1999, RC n.° 1353/1994 (RJ 1999, 416) ; 15 de febrero de 2000, RC n.° 1514/1995 ; 26 de junio de 2000, RC n.° 2072/1095 (RJ 2000, 5309); 13 de junio de 2003, RC n.° 3361/1997 ; 8 de julio de 2004, RC n.° 5273/1999 y 19 de julio de 2004, RC n.° 3265/2000 ; 19 de mayo de 2005, RC n.° 1962/2001 (RJ 2005, 4083) ; 18 de julio de 2007, RC n.° 5623/2000 ; 11 de febrero de 2009, RC n.° 574/2003 ; 3 de marzo de 2010, RC n.° 2766/2001 y 29 de noviembre de 2010, RC n.° 945/2008 (RJ 2011, 1778)) admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho fundamental.

Como ha recordado la STC 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9) , FJ 3 *"el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal", incluso de especial gravedad, ya que "la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga"* (STC 180/1999 (RTC 1999, 180) , FJ 5). La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor" (SSTC 180/1999, FJ 5 , y 282/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 282) , FJ 3). La protección del art. 18.1 CE sólo alcanza *"a aquellas críticas que; pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración ''y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que*

pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido" (STC 180/1999 , FJ 5).

La apreciación y estimación del daño moral en supuestos de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se establece expresamente en el artículo 9.3 de la LO 1/1982:

"La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma."

En cuanto al daño *in re ipsa* patrimonial por vulneración al honor, se ha declarado en sentencia del Tribunal Supremo 635/2020, de 25 de noviembre (RJ 2020, 4688) que la jurisprudencia de esta sala ha compatibilizado el reconocimiento del derecho con la necesidad de aplicar parámetros de ponderación diferenciados de los propios de las intromisiones al honor de las personas físicas, pues en aquellas no cabe concebir la dimensión interna o inmanente del derecho, sino sólo la externa o transcendente, relativa a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (sentencia 802/2006, de 19 de julio) y que la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia de daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que esta no sea legítima (STC 139/1995).

De esta doctrina jurisprudencial se infiere que aun cuando se preste una menor protección al derecho al honor de las personas jurídicas, el referido derecho es digno de tutela cuando la intromisión afecte a su reputación, fama o prestigio, sin necesidad de prueba alguna sobre el derecho patrimonial, lo que viene refrendado también por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 30/2021 de 25 enero (RJ 2021\137).

Sin embargo, como consecuencia de la infracción del derecho de marca que ha sido apreciada, de conformidad con el art. 43.5 de la Ley de Marcas asiste al titular el derecho a ser indemnizado *"en todo caso y sin necesidad de prueba alguna"* con una cuantía equivalente al 1 % de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados.

En este sentido ha declarado la STS de 9 de diciembre de 2010, con referencia al art. 43.5 de la Ley de Marcas, que *"se trata de una indemnización que opera automáticamente y cuya petición se encuentra implícita en la de indemnización de daños y perjuicios, y que, sin necesidad de elección alguna del perjudicado, se calcula en el porcentaje del 1 % en relación con la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos ilícitamente marcados (...). Se trata de un canon mínimo que rige `ope legis' y se impone al infractor `en todo caso y sin necesidad de prueba alguna'". La inclusión en la nueva normativa de 2001 —prosigue la Sentencia— consolida la idea de que la violación de la marca conlleva siempre algún daño, obviando la dificultad que acarrea la exigencia de prueba y la incertidumbre que supone supeditar totalmente la indemnización a la aplicación de la doctrina "in re ipsa".*

De este modo, la indemnización a que se refiere el art. 43.5 de la Ley de Marcas actúa como un mínimo legal que se reconoce al perjudicado por la infracción del derecho de marca por el simple hecho de haberse producido la infracción, ya que literalmente reza dicha norma jurídica: *5. El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.*

A diferencia del daño reputacional, en la protección que ofrece la Ley de Marcas, en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia del perjuicio económico.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de octubre 1997 (RJ 1997/7099) en una demanda por violación de la marca Chanel señaló que *"Esta Sala tiene declarado (…) que sobre los valores materiales lesionados con la violación de la marca, se lesionan también valores inmateriales (prestigio, clientela, calidad normalmente empleada, etc.), y aunque se dé carencia de probanza directa sobre los mismos, ello no puede impedir que se valoren por los tribunales de justicia». Es difícil delimitar el concepto de daño moral aplicado a las marcas pues no en pocas ocasiones se confunde con el daño al prestigio o a su reputación, que se regula como un concepto indemnizatorio autónomo".*

Para el resarcimiento del daño moral como consecuencia de una infracción marcaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero 1999 (RJ 1999/660) señala que «los daños morales proceden cuando se da causación voluntaria y el restablecimiento económico no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano, como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad *derivados de la situación creada y que se les impone."*

Destacamos a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 7 de septiembre de 2012 (AC\2013\307), que razona lo siguiente *"el daño causado al Consejo Regulador del espárrago, por quien utiliza una marca que induce a confusión con la denominación de origen, siendo así que el producto ni se acoge al sistema de control con sus garantías, y su procedencia, lejos de ser la amparada por la Denominación, es China o Perú. Se produce un perjuicio directo al prestigio de la Denominación de Origen que se debe encuadrar en el daño moral"*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 25 de julio de 2012 (AC\2013\299), "Y en relación al daño moral en el derecho marcario, la STS de 18 de febrero de 1994 sic señala que: *"Los daños morales proceden cuando se da causación voluntaria y el restablecimiento económico no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano, como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y que se les impone".*

Pero el confusionismo existente entre el daño moral y el daño reputacional en la infracción marcaria no es nuevo en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2023, sino que goza de cierta raigambre.

En la doctrina, sí existen esfuerzos en deslindar el daño moral del daño reputacional en la infracción marcaria. En este sentido, López Sánchez,[1] efectúa dicha distinción de la siguiente forma: <En cualquier caso, para no confundir el daño moral con el daño al prestigio de una marca, resulta de gran ayuda partir de la base de que los daños al prestigio son daños materiales mientras que los daños morales son daños personales. En otras palabras, el daño moral recaería en el titular de la marca, mientras que el daño al prestigio de la marca recaería en la marca en sí misma considerada y podría consistir en un atentado contra su reputación, por ejemplo por la realización de actos de denigración, por las connotaciones negativas que provocan la imitación y falsificación masiva de la marca o si ésta es utilizada ilegalmente por otra persona en productos que no responden a las características de los originales. Por eso, los daños morales apenas son objeto de reclamación en la práctica, y sí en cambio los sufridos por el prestigio, fundamental-mente debido a la enorme dificultad de su delimitación.

A lo anterior habría que añadir que también pueden aparecer solapados el daño moral y el daño al prestigio de la marca desde el momento en que los daños que se hubieran producido a la imagen y reputación de una marca provocaran una lesión a los sentimientos de quien que ha invertido esfuerzos y ha asumido riesgos para construir una marca con presencia en el mercado.

Y es que la consideración del daño moral no es fácilmente apreciable, y tampoco se han establecido criterios generales para su cuantificación, siendo en cada caso el juez quien proceda a valorarlos, por lo que sería útil y sumamente recomendable que para acabar o, al menos, contribuir a mejorar la tarea de cuantificar el daño moral que pueda sufrir el titular de una marca, fueran los órganos judiciales quienes establecieran unas bases objetivas que permitieran, en la medida de lo posible, disminuir la discrecionalidad.

Por último, en el apartado 3 del art. 43 LM se señala que «Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado134». Como vemos, los criterios del art. 43.3 LM coinciden con los que el art. 140 TRLPI y el art. 9.3. LO 1/1982 contienen, pero en relación con el daño moral, lo cual, lejos de contribuir a despejar dudas entre las diferencias existentes entre daño moral y daño al prestigio de la marca, contribuye a generar mayor confusión.>

Hernández-Martí Pérez, [2] también destaca la distinción entre el daño moral y el daño por desprestigio o reputacional, expresándola de la siguiente forma: <Dentro del mismo "capítulo tercero" hemos tratado la compensación del daño moral, al cual se refiere expresamente el art. 43.2 LM, que es distinto del daño al prestigio de la marca, que es un daño patrimonial, el cual debe alegar y probar el perjudicado, a diferencia del daño moral, el cual solicita el perjudicado y concede el juez como compensación. Cuando mediante una infracción se causa un daño moral, éste puede reclamarse de forma acumulada a los daños patrimoniales.

Según la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el daño moral puede reclamarse cualquiera que sea el método de cálculo del daño patrimonial aplicado para indemnizar el daño.>

Sobre la distinción e incluso prueba sobre el cálculo del daño por desprestigio, resulta digna de reseña la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2016 (ECLI: ES:APM:2016:1371), que sobre pronuncia al respecto del siguiente tenor:

"La sentencia apelada rechaza la indemnización por este concepto al considerar que se trataría de un daño moral no compatible con la indemnización de daños y perjuicios solicitada conforme al apartado 2.b del artículo 43 de la *Ley de Marcas* (regalía hipotética), en tanto que el daño moral se contempla exclusivamente como concepto indemnizatorio en el apartado 2.a de dicho precepto (consecuencias económicas negativas).

Al margen de que esta cuestión ha sido sometida a la interpretación del Tribunal de Justicia (asunto C-99/15) por el Tribunal Supremo mediante auto de 12 de enero de 2015 por el que plantea la correspondiente cuestión prejudicial, lo cierto es que la indemnización por desprestigio es un daño de carácter patrimonial y no moral, por lo que no puede mantenerse la razón por la que el juzgador de la anterior instancia rechazó la indemnización, quizá confundido por los propios términos de la demanda en la que en algún pasaje parece calificarse el daño a la marca por desprestigio como daño de carácter moral (páginas 35 y 36 de la demanda).

En todo caso, tal y como hemos indicado, el daño a la marca por desprestigio es un daño de naturaleza patrimonial en la medida que supone una pérdida de valor de la marca, por lo que aquí resulta ociosa la discusión sobre si el daño moral puede o no exigirse en caso de que se haya optado por el criterio de la regalía hipotética para cuantificar los daños y perjuicios derivados de la infracción.

El artículo 43.1 de la *Ley de Marcas* autoriza al titular de la marca a exigir del infractor una indemnización por el perjuicio causado al prestigio de la marca, especialmente, por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquélla en el mercado, añadiendo el apartado 3 del citado precepto que para calcular la indemnización por este concepto, compatible con la regalía hipotética, debe atenderse a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado. En la demanda se solicitó la indemnización por el desprestigio de la marca conforme a las bases que resultaban del informe pericial acompañado a la propia demanda. De otro modo, no podría admitirse la pretensión por infracción del *artículo 219.1* de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* .

El perito proponía calcular el daño al desprestigio conforme a dos modelos. El primero exigía disponer de determinada información de ambas partes y consistía en esencia en identificar los clientes con rechazo al servicio de la demandada, el % de clientes de la promoción con actitud negativa hacia Zara, el porcentaje de clientes que habían decido no comprar en Zara y el valor económico en euros del cliente de ZARA, todo ello según el detalle explicado en las páginas 116 y ss del informe pericial. De poder disponer de esos datos, el daño al prestigio de la marca sería fácilmente cuantificable y nos aproximaría de manera objetiva al potencial de dilución sufrido por la marca Zara.

De no poder disponerse de esos datos, el perito —y la propia parte que asume el dictamen— propone cuantificar el daño por desprestigio partiendo del valor económico financiero de la marca ZARA.

Solicitada la indemnización en estos términos, la pretensión no puede ser acogida por la sencilla razón de que la parte demandante no ha interesado información alguna de la demandada para efectuar el cálculo de la indemnización por desprestigio conforme al primero de los criterios solicitados, estando relegado el segundo al supuesto de que no se pudiera obtener la información necesaria para calcular la indemnización de modo objetivo conforme al primero de los criterios.

Además, el cálculo de la indemnización conforme a este segundo criterio parte del valor de la marca ZARA, que se sitúa en 1.321 millones de euros para un conjunto de 10,5 millones clientes nacionales. Al considera que los potenciales clientes nacionales en red de ZARA son 254.858, calcula proporcionalmente el valor de la marca Zara en red en 32,1 millones de euros. Determinado así el valor de la marca en red, estima el daño causado por desprestigio en el 1% de dicho valor siguiendo la filosofía que subyace en el artículo 43, punto 5 de la Ley de marcas, de lo que resulta una indemnización de 320.757 euros.

No resulta en absoluto convincente el segundo de los métodos de cálculo para determinar el daño al prestigio de la marca, resultando completamente aleatorio tomar como parámetro del daño por desprestigio el porcentaje del 1% del valor de la marca en red.

El daño al prestigio de la marca debe ser cumplidamente acreditado. Que el titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tenga, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1% por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados, no permite tomar ese porcentaje para aplicarlo al valor de la marca y tener así por acreditado el perjuicio causado al prestigio de la marca como consecuencia de la infraccion, cuando dicho porcentaje opera sobre la cifra de negocios del infractor y como indemnización mínima sin necesidad de prueba alguna.

En definitiva, no existe dato objetivo alguno que permita calcular el daño al prestigio de la marca aplicando un determinado porcentaje del valor de la marca, lo que, además, no guarda relación con las concretas conductas infractoras del signo de la demandante."

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de julio de 2023 confunde a nuestro juicio el daño moral y el daño reputacional por desprestigio en un caso de infracción marcaria, lo que deriva en una estimación aleatoria y falta de prueba del daño reputacional que afirma haberse causado en función de los hechos probados.

II. BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ SÁNCHEZ. La indemnización del daño moral derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, en Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual. Dykinson, 2017.

HERNÁNDEZ-MARTÍ PÉREZ. La determinación de los daños y perjuicios en materia de marcas. Tesis doctoral, 2017, Universidad de Valencia.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 1994, C-9/93
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2010, Google France, C-237/08
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, C-99/15, caso Liffers
- Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999
- Sentencia del Tribunal Constitucional 282/2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2007, de 15 de enero
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero 1999
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo 635/2020, de 25 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 30/2021 de 25 enero
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2023 (Sala de lo Penal)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2016
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 5 noviembre de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 21 de septiembre de 2010
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 25 de julio de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 7 de septiembre de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia núm. 261/2013 de 4 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (TMUE) 25 de julio de 2016

NOTAS

[1] López Sánchez. <La indemnización del daño moral derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial>., en *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual.* Dykinson, 2017, págs. 313 y siguientes.

[2] Hernández-Martí Pérez. *La determinación de los daños y perjuicios en materia de marcas*. Tesis doctoral, 2017, Universidad de Valencia.

3. URBANISMO

Propietarios en proindiviso en el sistema de compensación: su adhesión a la junta de compensación y su posterior tratamiento

Joint owners in the compensation system: their adhesion to the compensation board and their subsequent treatment

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: El tratamiento de la adhesión a las Juntas de Compensación de los propietarios de parcelas en régimen de proindiviso ha sido analizado en dos recientes resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio de 2023 reconociendo, conforme al principio de libertad que informa la participación de los propietarios de suelo en ámbitos sujetos a actuaciones de transformación urbanística cuando resulte de aplicación el sistema de compensación, que es decisión propia de cada uno de los condueños la de su adhesión o no con su cuota respectiva, no siendo por lo tanto exigible su acuerdo unánime o por mayoría salvo cuando, en este segundo caso, lo impusiera la legislación autonómica.

ABSTRACT: The treatment of the accession to the Compensation Boards of the owners of plots of land in joint ownership has been analysed in two recent resolutions of the Directorate General for Legal Security and Public Faith of 28 July 2023, recognising, in accordance with the principle of freedom that informs the participation of the owners of land in areas subject to urban transformation actions when the compensation system is applicable, that it is the decision of each of the owners whether or not to join with their respective share, and therefore their unanimous or majority agreement is not required, except when, in the latter case, it is imposed by regional legislation.

PALABRAS CLAVE: adhesión, Junta de Compensación, proindiviso

KEYWORDS: adhesion, Compensation Board, joint ownership

SUMARIO: I. REFERENCIA INICIAL A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 28 DE JU-

LIO DE 2023.—II. LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA. II.1. El alcance de la nota de calificación. II.2. Los términos de las resoluciones de 28 de julio de 2023. —III. EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA ADHESIÓN A LA JUNTA DE COMPENACIÓN EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO. III.1. Consideración inicial sobre el carácter voluntario del sistema de compensación. III.2. La regulación del artículo 157.3 del RGU sobre la adhesión respecto de finca en proindiviso. III.3. La recepción por la legislación autonómica de la adhesión a la Junta de Compensación en el caso del proindiviso.—IV. LA PRÁCTICA DE LA NOTA MARGINAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA Y SU CONTRASTE CON EL SUPUESTO OBJETO DE LAS RESOLUCIONES.—V. MANTENIMIENTO DEL PROINDIVISO Y EXPROPIACIÓN DE LA CUOTA INDIVISA DEL CONDUEÑO NO ADHERIDO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. REFERENCIA INICIAL A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 28 DE JULIO DE 2023

Dos recientes resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio de 2023 (BOE de 12 de octubre de 2023) permiten detenerse nuevamente sobre una cuestión tratada en un anterior comentario[1] relativo al régimen de adhesión a las Juntas de Compensación de los cotitulares de fincas incluidas en ámbitos sujetos a actuaciones de transformación urbanística en los que fuera aplicable el sistema de compensación, comentario que fue realizado con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001 (RJ 2002\3049).

Las dos resoluciones se refieren a una solicitud de práctica de la nota marginal prevista en el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística sobre determinadas fincas incluidas en una unidad de ejecución, la cual quedó suspendida toda vez que la superficie de las fincas cuya propiedad pertenecía a una de las compañías que promovió la aplicación del sistema de compensación no alcanzaba el cincuenta por ciento de la superficie de dicha unidad de ejecución al tratarse de una titularidad en proindiviso sin que la adhesión hubiese sido formulada de modo unánime por todos sus cotitulares.

La singularidad del supuesto considerado en ambas resoluciones fue, según se destaca más adelante, que la falta de unanimidad determinó que a los efectos de la práctica de la nota marginal no se entendiera alcanzado el citado cincuenta por cierto pese a la circunstancia de que tal porcentaje sí quedaba superado consideradas individualmente las cuotas pertenecientes a los promotores en el proindiviso.

II. LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.

II.1. El alcance de la nota de calificación

Como primera cuestión, en la nota de calificación se da cuenta de que la solicitud de la nota marginal se efectuó con base en una certificación administrativa

expedida por el Secretario de un Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde en la que se hacía constar que en fecha determinada se procedió por parte de la Junta de Gobierno Local a la aprobación definitiva de los estatutos y bases de actuación de una Junta de Compensación.

A tal fin la nota advierte que, frente a lo consignado en la certificación y tras consultar el historial registral de las fincas del ámbito, los promotores no eran propietarios de más del cincuenta por ciento de la superficie del ámbito según es exigido por el artículo 102.1.b de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA) a los efectos de poder formalizar la iniciativa para la aplicación del sistema de compensación

En concreto, a pesar de que uno de los promotores era titular en pleno dominio de la mitad indivisa de dos fincas registrales y de la totalidad de otra cuya superficie conjunta representaba un porcentaje del 45 % de la superficie total de la unidad de ejecución y el otro promotor lo era de otra cuya superficie representaba el 6,715 %, es decir, un porcentaje (51'715 %) en todo caso superior al cincuenta por ciento requerido por los artículos 102.1.b de la LISTA y 217 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba su Reglamento General, las fincas en régimen de cotitularidad no podían ser aceptadas a los efectos de la incorporación de sus titulares a la Junta de Compensación ante la ausencia de acuerdo unánime de los restantes cotitulares.

A estos últimos efectos la nota de calificación, con cita del artículo 397 del Código Civil, según el cual "*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*", concluye acordando la suspensión de la práctica de la nota marginal "*dado que urbanización de los terrenos se trata de una decisión de suma importancia que supone una transformación radical de la titularidad de los terrenos que se suman al sistema, no se entiende que se trate de una decisión autónoma por parte de uno de ellos sino que por el contrario, será necesaria su unanimidad*".

II.2. Los términos de las resoluciones de 28 de julio de 2023

Interpuestos por las entidades mercantiles que promovieron el desarrollo del sistema de compensación sendos recursos contra la nota de calificación, las dos resoluciones se pronuncian en sentido estimatorio destacando de su fundamentación lo siguiente:

a) Se destaca, entre las funciones de la nota marginal del artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, que está llamada a reflejar "*la iniciación del sistema de compensación, una vez constituida en escritura pública, la junta de compensación; (...) la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación (...); (...) la expedición de la certificación registral de dominio y cargas, (...), y (...) determina los asientos posteriores a cancelar formalmente*". Igualmente advierte de los riesgos que para la inscripción del correspondiente proyecto de compensación resultarían cuando, no practicada la nota marginal, aparecieran nuevos titulares de derechos inscritos no tenidos en cuenta en su confección.

b) Se recuerda sucesivamente la regulación vigente en Andalucía sobre la práctica de la nota marginal con cita del artículo 102.4 de la LISTA ("*El estable-*

cimiento del sistema de actuación por compensación y, en su caso, la aprobación de los estatutos y las bases de actuación de la Junta de Compensación determinarán, con arreglo al artículo 92.3, la afectación real de la totalidad de los terrenos incluidos en la unidad de ejecución al cumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes a dicho sistema, con constancia en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal") y del ya mencionado apartado 1.b del mismo artículo.

c) En relación con la adhesión a la Junta de Compensación se hace referencia a su carácter voluntario y a las consecuencias derivadas de la no incorporación consistentes en la expropiación de las fincas o, como prevé el artículo 101.4 de la LISTA, en la reparcelación forzosa respecto de aquellos propietarios que no hubieran formulado opción alguna a la finalización del periodo de información pública del acuerdo de aprobación inicial de los estatutos y bases de actuación.

d) Sucesivamente, al plantear la cuestión de fondo sobre la que propiamente recae el recurso, las resoluciones señalan que, "*en los casos en que alguna de las fincas incluidas en la unidad de actuación pertenece a más de una persona, se plantea el problema de determinar la forma en que los cotitulares deben adoptar esa decisión*", pues "*puede ocurrir que existan voces discordantes dentro de la comunidad de bienes*".

e) A fin de dar respuesta a la cuestión anterior, las resoluciones comienzan por señalar que se "*debe (...) poner el acento en la libertad de los propietarios afectados para decidir si se suman a ella o no*" por constituir "*la esencia del propio sistema de compensación*" de tal modo "*que aquella libertad debe reconocerse de manera individual a todos los propietarios, sean titulares de una finca en su totalidad, o sólo de una cuota indivisa de la misma*".

f) En correspondencia con lo anterior dicen ambas resoluciones que, "*cuando alguna de las fincas incluida en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varias personas, cada una de éstas podrá decidir si se adhiere o no a la Junta con su cuota en la finca común*", razón por la cual "*no se trataría ya de aportar la finca común en su totalidad, sino de la aportación por cada comunero de su participación indivisa, que se traduciría en la correspondiente cuota de participación en la junta como si se tratara de una finca más*".

g) A su vez, las resoluciones destacan que en último término no es la adhesión la que determina la transformación de los derechos de los propietarios sino que, más bien, la causa de ello "*se encuentra en la delimitación de la unidad de ejecución y en la elección del sistema"* como punto de partida que deja en manos de los propietarios la decisión de "*promover la iniciativa mediante la presentación de las bases y estatutos*" de tal modo que, si finalmente optaran por impulsar su formulación, "*participarán de la reparcelación, con la consiguiente sustitución de las fincas o derechos aportados por las fincas de resultado que les sean adjudicadas*".

h) Por todo ello, en fin, las resoluciones concluyen afirmando que, en supuestos de proindiviso, si no hay acuerdo entre los condueños en cuanto a su adhesión a la Junta de Compensación *"se diluye la idea de la comunidad de bienes en favor de los derechos individuales que corresponden a cada uno en la Junta, en función de su cuota respectiva, lo que justifica que cada uno de los comuneros pueda seguir*

su camino y ejercitar su libertad de adherirse o no a la misma, como si se tratase de propietarios de fincas independientes".

III. EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA ADHESIÓN A LA JUNTA DE COMPENACIÓN EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO

III.1. Consideración inicial sobre el carácter voluntario del sistema de compensación.

En un anterior comentario realizado a partir de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1999[2] sobre las consecuencias de la no adhesión a las Juntas de Compensación en relación con la redacción y tramitación de los Proyectos de Compensación y las interferencias debidas a la procedente expropiación de los suelos afectados se hizo referencia al carácter voluntario de tal adhesión como uno de los elementos centrales que caracterizan al sistema de compensación.

El sistema de compensación, se recordaba allí, constituye de este modo una forma de gestión urbanística de los ámbitos de suelo sujetos a procesos de transformación urbanística en el que la participación de los propietarios en la fase reparcelatoria y urbanizadora es el resultado de una decisión libre y voluntaria que sólo a ellos corresponde, de igual manera que también así lo es la decisión que, en sentido contrario, implica la aplicación de la expropiación forzosa o, en su caso y según la legislación autonómica respectiva, la aplicación de la reparcelación forzosa.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1998 (RJ 1998\6817) señaló que la opción por la no adhesión en ningún caso puede ser equiparada con el incumplimiento de un deber que diera lugar a un supuesto de expropiación sanción, según afirmó la Sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 16 de noviembre de 1993 (recursos acumulados números 1094/1990, 1311/1990 y 1319/1990), lo que así hizo en los siguientes términos:

"*Es cierto que la Sala de instancia califica la expropiación contemplada por el artículo 127.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 como una expropiación sanción, criterio que esta Sala no comparte, dado que el propietario del suelo está facultado para no incorporarse a la Junta de Compensación cuando no hubiese solicitado dicho sistema de actuación, con lo que no incumple deber alguno, sino que, antes bien, ostenta un derecho para incorporarse a aquélla, el cual, no ejercitado dentro del plazo establecido legalmente, es causa que legitima la expropiación en beneficio de dicha Junta de Compensación, a fin de posibilitar la actuación urbanística por dicho sistema (...)*".

III.2. La regulación del artículo 157.3 del RGU sobre la adhesión respecto de finca en proindiviso

Aun cuando el recurrente de la nota de calificación se refiere al artículo 157.3 del RGU, no lo hacen así las resoluciones en su fundamentación pese a recoger

una regulación clara sobre la procedente actuación autónoma de cada uno de los cotitulares en un proindiviso a los efectos de decidir individualmente cada uno de ellos sobre su adhesión o no a la Junta de Compensación.

Así, en efecto, tras afirmar el apartado 2 de dicho artículo que tanto los propietarios de suelo incluido en un ámbito urbanístico como los de suelo exterior afectos a redes públicas adscrito a los efectos de la gestión mediante procesos reparcelatorios habrán de constituirse en Junta de Compensación para poder aplicar el sistema, el apartado 3 siguiente establece las dos siguientes previsiones:

a) Como excepción a la exigencia de la Junta de Compensación contempla los supuestos de que los terrenos pertenecieran a un solo propietario o a una comunidad proindiviso cuando no existiese oposición por parte de ninguno de los condueños.

b) Añade, para el segundo de los supuestos que, en ausencia de un acuerdo unánime de todos los cotitulares, en orden a la constitución de la Junta de Compensación *"la exigencia del porcentaje de superficie quedará cumplida cuando concurra el 60 por 100 de las cuotas de interés en el proindiviso"*.

La anterior regulación revela así con claridad que en el caso de la comunidad de bienes la adhesión a la Junta de Compensación, aunque conviviera en el interior del ámbito con otras titularidades, en ningún caso quedaba sujeta a un acuerdo unánime de todos los cotitulares en el marco de la LS de 1976 por la misma razón por la que, encontrándose la única titularidad de suelo de un ámbito en régimen de proindiviso, la constitución de la Junta de Compensación tan solo requería la concurrencia de aquellos condueños cuya cuota en la comunidad cumpliera el 60 %, por ser esta misma cuota la que permite la constitución de la Junta.

Así quedó reflejado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 12 de enero de 2010 (JUR 2012\67685) que a este respecto se manifestó en los siguientes términos:

"la aplicación analógica del art 157 del R.D. 3288/1978, de 25 de agosto (RCL 1979, 319), resulta clara para la Sala por lo que al haber concurrido el 60% (en este caso el 70%) de los cuotas de interés en el proindiviso entendemos no se plantea problema alguno para la constitución válida de la Junta a la que se sumaron otros propietarios de terrenos incluidos en el sector. No se incluyeron en la Junta en dicho acto de constitución ni posteriormente al no haberse adherido los Srs. (...) a aquella, las cuotas correspondientes a estos últimos por lo que efectivamente el resto de copropietarios, aparte de cumplir la obligación de ejecución del planeamiento que las incumbía, no comprometían las cuotas restantes que por imposición de la normativa vigente habrían de ser expropiadas, no presuponiendo la transmisión a la Junta de los inmuebles afectos si bien sí quedarían sujetos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación.

Es por lo anterior y en especial por la aplicación al supuesto de autos de la determinación prevista en el art. 157.3 del R.D. citado por lo que entendemos que para el acto de incorporación a la Junta de Compensación no hacía falta, en relación con la finca de autos, la decisión unánime de todos los copropietarios (...)".

De esta manera, por lo tanto, partiendo de la premisa de que la actividad urbanística constituye una función pública que excluye del ámbito privado la decisión última sobre la ejecución o no del planeamiento, la posición del condueño que opta libremente por mantenerse al margen del proceso reparcelatorio en cierto

modo lleva indirectamente implícita su consentimiento a la transmisión coactiva de su cuota vía expropiación forzosa y en beneficio de la Junta de Compensación. El no adherido puede no protagonizar el proceso urbanístico de ejecución del planeamiento si así lo elige, pero lo que no puede, cuando se decanta por tal opción, es bloquear la ejecución del planeamiento pues de hacerlo se estaría arrogando para sí una actividad que es una función pública cuya titularidad corresponde a las Administraciones competentes.

Dicho de otro modo, la aplicación de la expropiación forzosa no viene precedida de una decisión de la Administración expropiante que se impone irremisiblemente a la voluntad del propietario sino que, más bien, es éste el que, al optar primero por quedar al margen del proceso reparcelatorio al no integrarse en la Junta de Compensación desencadena con tal opción la necesaria aplicación de un marco normativo que hace realidad la ejecución del planeamiento mediante el necesario paso previo que supone la obtención por expropiación de los suelos respectivos a favor de la entidad urbanística llamada a protagonizarlo.

A estos efectos, aun cuando en el caso del proindiviso ciertamente no cabe efectuar una asimilación plena del anterior esquema en cuanto a quien no se adhiere a la Junta de Compensación con el reconocimiento a favor de los condueños de la facultad de enajenación de su parte según dispone el artículo 399 del Código Civil pues ni la transmisión es el resultado de una decisión enteramente libre ni la determinación final del precio es producto necesariamente de un acuerdo con el adquirente, no deja también de ser verdad que la aplicación de la expropiación siempre puede eludirse bien es cierto que pasando por la participación en el conjunto de consecuencias jurídicas que impone la adhesión.

Por lo demás, la aplicación de la expropiación forzosa no constituye la única alternativa aplicable en el sistema de compensación cuando no se opta por una adhesión expresa pues, según se ha adelantado, determinadas leyes autonómicas con ciertas condiciones admiten también la fórmula de la reparcelación forzosa cuando se guardara silencio por no solicitar expresamente la aplicación de la expropiación, en cuyo caso tiene lugar una compensación de los costes de urbanización mediante la cesión de la parte de aprovechamiento lucrativo, edificabilidad o fincas resultantes que tuvieran un valor equivalente.

Tal fórmula de la reparcelación forzosa como posibilidad que puede tener lugar en el seno del sistema de compensación figura contemplada en la legislación autonómica andaluza (artículo 101.4 de la LISTA),

Extendiendo la técnica de la ocupación directa para la obtención de redes públicas, otras leyes autonómicas contemplan, como alternativa de la expropiación del no adherido, la aplicación de la ocupación de sus fincas en favor de la Junta de Compensación reconociendo a su titular el derecho a la adjudicación de terrenos edificables en proporción a la superficie aportada reducida en la cuantía que proceda a fin de compensar las cargas de urbanización (artículos 124.1 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia y 130.4 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo).

III.3. La recepción por la legislación autonómica de la adhesión a la Junta de Compensación en el caso del proindiviso.

Sólo dos Comunidades Autónomas, Aragón y Castilla y León, han previsto una regulación específica en relación con la cuestión aquí tratada y lo han hecho de forma no coincidente pues así como la primera se decanta por el principio mayoritario, la segunda deja plena libertad para que sea cada condueño quien decida por sí mismo sin sujeción a la posición de los restantes cotitulares.

Así, en el caso del Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de Aragón de 3 de diciembre de 2018, su artículo 18.3 dispone lo siguiente:

"*En caso de cotitularidad de una finca o derecho, de aparecer discrepancias entre los cotitulares sobre la aplicación del sistema, se adoptará la decisión por mayoría de cuotas de participación en la cotitularidad*".

Se acoge de esta manera el Reglamento aragonés a la siguiente doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001 (RJ 2002\3049):

"*Así la incorporación a la Junta, aunque es una decisión de suma importancia porque conduce a una transformación radical de los derechos de los titulares de las fincas que se suman al sistema, no responde a una decisión autónoma de aquellos sino que viene determinada por la necesidad impuesta por el planeamiento de proceder a la urbanización del ámbito territorial en que se encuentren las fincas. La decisión de incorporarse a la Junta es importante pero más aún lo es la de no participar en el sistema, pues entonces los copropietarios corren el riesgo de la expropiación o el de tener que incorporarse tardíamente a una Junta de Compensación en la redacción de cuyos Estatutos y Bases de Actuación no han participado. Por todo ello la exigencia de unanimidad para la adopción de los acuerdos pertinentes al respecto es excesiva, y más aún para todos los demás acuerdos que han de ir adoptándose durante el funcionamiento de la Junta. El criterio de la mayoría debe ser suficiente y por esta razón ha de considerarse adecuado atender al acuerdo de la mayoría de los copropietarios para la designación de quien los deba representar ante la Junta de Compensación.*

(...)."

Por su parte, en el caso del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2004, su artículo 236.6 dispone lo siguiente:

"*Cuando alguna de las fincas incluidas en una unidad de actuación pertenezca a una comunidad proindiviso, cada comunero puede disponer libremente de su parte sin necesidad de consentimiento de los demás comuneros, a los solos efectos de la gestión urbanística, incluido el cómputo de la mayoría exigida para proponer determinados sistemas de actuación*".

IV. LA PRÁCTICA DE LA NOTA MARGINAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA Y SU CONTRASTE CON EL SUPUESTO OBJETO DE LAS RESOLUCIONES.

Fuera de los supuestos de propietario único o de la suscripción de convenio urbanístico con la totalidad de los propietarios o con el urbanizador, el artículo

102.2.b de la LISTA dispone que para el establecimiento del sistema de compensación será necesario que se dé uno de los dos siguientes supuestos:

a) El otorgamiento de la escritura de constitución de la Junta de Compensación.

b) El acuerdo de la Administración actuante declarando la innecesariedad de la constitución de la Junta de Compensación previa formalización de la iniciativa por los propietarios que representen el cincuenta por ciento de la superficie de la unidad de ejecución acompañada de un proyecto de bases, todo ello conforme al artículo 103.7.b siguiente.

Sucesivamente, el apartado 4 del mismo artículo 102 dispone que el establecimiento del sistema de compensación y, en su caso, la aprobación de las bases y estatutos de la Junta de Compensación determinarán la afectación real de los terrenos incluidos en la unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema mediante la práctica de nota marginal, regulación contraria a lo dispuesto en el número 2 cuando remite el establecimiento del sistema al momento de la constitución de la Junta de Compensación y, además de ello, claramente contradictoria pues no puede ocurrir que al mismo tiempo tanto la constitución de la Junta de Compensación como la aprobación de las bases y estatutos de una futura Junta de Compensación sean condición necesaria para entender que el sistema de compensación queda establecido.

De ahí que, más bien, parezca claro que el citado apartado 4 refleje de manera harto incoherente la referencia a la aprobación de las bases y estatutos como acto jurídico a partir del cual solicitar la práctica de la nota marginal.

Las anteriores previsiones legales vienen al caso en relación con las resoluciones toda vez que, como cuestión previa a la de la participación de los proindivisos en orden a la adhesión a la Junta de Compensación, resulta de interés destacar que el acto jurídico que desencadenó la solicitud de la nota marginal del artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 se correspondió precisamente con dicho supuesto según se hace contar en el Hecho I de ambas resoluciones.

En este sentido, aun cuando del apartado 4 del artículo 102 ciertamente se desprende que tanto la constitución de la Junta de Compensación como la sola aprobación de sus bases y estatutos se presentan como hitos a partir de los cuales resulta posible instar la práctica de la nota marginal, el hecho de que el establecimiento del sistema se produzca en el primer caso, es decir, en el de constitución de la Junta de Compensación según el apartado 2.a del mismo artículo, llevaría a que preferiblemente fuera con este motivo cuando procediera dicha práctica.

Tal era, por lo demás, la regulación prevista en el artículo 169.2 del RGU al decir que la nota marginal "*se extenderá a instancia de la Junta de Compensación, con aportación de certificación administrativa de haber quedado constituida la Junta de Compensación y de estar la finca incluida en el polígono o unidad de actuación*" y tal es, por otro lado, la regulación del apartado 1 del artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 al decir que, "*Cuando se trate de unidades de ejecución sujetas al sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal citada bastará que haya sido otorgada la escritura pública de constitución de la entidad*", lo que viene siendo entendido en el sentido de que la práctica si bien ha de ser posterior a la constitución de la Junta de Compensación puede sin embargo tener lugar con antelación a su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

V. MANTENIMIENTO DEL PROINDIVISO Y EXPROPIACIÓN DE LA CUOTA INDIVISA DEL CONDUEÑO NO ADHERIDO

Al margen de lo ya indicado entorno a la autonomía de cada condueño para adherirse o no a la Junta de Compensación sin sujeción, por lo tanto, a acuerdo unánime o mayoritario favorable del resto de los cotitulares más allá del caso concreto de lo dispuesto en la legislación de Castilla y León, su tratamiento en el curso del proceso de gestión tiene como nota singular el mantenimiento del régimen de comunidad en el cuadro de fincas aportadas y su eventual extinción en el de parcelas resultantes si el derecho respectivo de los cotitulares así lo permitiera.

Sobre el primer capítulo de la reparcelación, el que se refiere a las fincas aportadas, resulta claro que lo que en último término tiene lugar es un mero cambio en la titularidad de la cuota indivisa que inicialmente es propiedad del no adherido y después de la Junta de Compensación según su condición como beneficiaria de la expropiación.

A estos efectos resulta relevante tener presente que la expropiación del no adherido ha de ser en todo caso previa a la aprobación del correspondiente instrumento reparcelatorio[3], siendo práctica administrativa generalizada que en la presentación de tal instrumento ante la Administración actuante quede debidamente acreditado el previo inicio del procedimiento expropiatorio y la sujeción de los plenos efectos de la sucesiva adjudicación a favor de la Junta de Compensación al pago o consignación del justiprecio a favor del propietario no adherido.

Justamente a este respecto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1999 dijo lo siguiente:

"*Una cuestión que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia es si cabe la posibilidad de la compensación parcial, esto es, la inscripción de la reparcelación derivada de la compensación urbanística, sin alterar la titularidad registral de los titulares no incorporados a la Junta, en tanto se soluciones por vía expropiatoria. La solución en el ámbito jurisprudencial ha sido negativa; así lo estimó la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988, para lo cual es necesaria al previa expropiación de los titulares no incorporados a la Junta de Compensación para inscribir la reparcelación derivada del proyecto. El mismo criterio de la necesidad de previa expropiación y por tanto de la imposibilidad de inscripción parcial, ha sido recogido por el artículo 21 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (...)*".

Según lo anterior, el proindiviso existente en la situación de origen respecto de una finca entre cuyos condueños alguno reuniera la condición de no adherido se caracteriza, hasta la consumación de la expropiación de la respectiva cuota indivisa, por encontrarse en un estado de transitoriedad según el cual del régimen de representación y responsabilidad aplicable a la comunidad queda excluida la cuota del propietario no adherido en tanto no tenga lugar el pago o consignación del justiprecio.

Así, en efecto, la exigencia reglamentaria (artículo 166.e del RGU) de que los Estatutos de la Junta de Compensación dispongan la designación de un representante por parte de los cotitulares para el ejercicio de sus facultades como miembro de ella, así como la previsión del carácter solidario de su representación han de ser necesariamente contemplados en una primera fase en relación tan solo a los condueños adheridos y en una segunda fase por extensión también sobre la Junta

de Compensación en cuanto ya hubiera devenido propietaria por título de expropiación de la cuota inicialmente propiedad de quien optó por no adherirse a ella.

Es decir, en cuanto se refiere a la finca aportada en régimen de proindiviso opera entre los condueños adheridos el marco ordinario que resulta del RGU por encontrarse la cuota del no adherido eximida de cualquier grado de participación en el proceso de equidistribución hasta la consumación de su adquisición por expropiación en beneficio de la Junta, momento a partir del cual dicho régimen ordinario pasa a hacerse extensivo también sobre ella.

Por otra parte, en cuanto se refiere al segundo capítulo de la reparcelación, el que atañe a las parcelas de resultado, ha de considerarse superado el tratamiento de los proindivisos que hace suyo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001 (RJ 2002\3049) al afirmar que la aportación de una parcela en régimen de comunidad de bienes exige el mantenimiento de éste en la adjudicación, lo que así expresa en los siguientes términos:

"*A falta de acuerdo expreso entre los interesados, si las fincas aportadas pertenecían proindiviso a varias personas los derechos correspondientes a las adjudicaciones efectuadas como consecuencia de esa aportación deben hacerse también en condominio, según las mismas cuotas de participación preexistentes. Los copropietarios se integran en la Junta precisamente como titulares de una determinada finca y la contraprestación derivada de esa aportación ha de respetar la misma situación de cotitularidad existente al iniciarse el procedimiento. Cabe la posibilidad de adjudicar en comunidad determinadas fincas en sustitución de otras aportadas en propiedad exclusiva [artículos 94.1 y 167.1 g) RG], pero no el supuesto inverso, si no existe unanimidad entre los copropietarios.*"

Frente a lo que dice esta Sentencia, que la situación de titularidad original haya de ser necesariamente respetada es algo que descarta el propio Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por ejemplo al decir en el apartado 5 de su artículo 11 que, "*cuando al mismo titular de dos o más fincas de origen le correspondiera la adjudicación de una única finca de resultado, el proyecto deberá determinar respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen*", cuotas sobre las que, se sigue diciendo, se "*trasladará los derechos o cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen*".

Superada así por esta norma la anterior interpretación jurisprudencial cuando una finca de origen da lugar a varias fincas de resultado, nada ha de impedir la extinción del proindiviso inicial, especialmente cuando la cuantía del derecho de cada condueño permitiera la adjudicación de finca independiente a cada uno de ellos y teniendo en cuenta, a su vez, como decía el inciso final del artículo 94.4 del RGU, que "*en las adjudicaciones proindiviso se procurará también la creación de comunidades del menor número posible de comuneros*".

VI. CONCLUSIONES

I. El régimen de adhesión a las Juntas de Compensación de propietarios en régimen de comunidad ha sido tratado en dos resoluciones de 28 de julio de 2023 concluyendo que, a falta de acuerdo entre los condueños, la idea de comunidad se

diluye en favor de los derechos individuales de cada uno de ellos a fin de decidir libremente sobre la oportunidad de tal adhesión.

II. El carácter libre de la decisión de cada condueño es a su vez expresión de la configuración del sistema de compensación como marco de gestión en el que la participación de la propiedad opera desde el reconocimiento del carácter voluntario de la adhesión y los efectos correlativos a la posible opción por mantenerse al margen determinantes de la aplicación de la expropiación o, según se refleja en ciertas leyes autonómicas, la reparcelación forzosa.

III. De acuerdo con lo anterior la consideración de los miembros de la comunidad en orden a su adhesión a la Junta de Compensación no exige acuerdo unánime o mayoritario salvo que la legislación autonómica dispusiera otra cosa según ocurre, por ejemplo, en el caso de Aragón al contemplar la necesidad de adoptar la decisión por mayoría de cuotas de participación en la cotitularidad de aparecer discrepancias entre los cotitulares.

IV. Finalmente, el tratamiento de las titularidades en régimen de comunidad en el instrumento reparcelatorio requiere tener presente las consecuencias de la eventual entrada sobrevenida de la Junta de Compensación como condueña por título de expropiación de un cotitular no adherido, sus consecuencias en orden a la toma de decisiones dada la ordinaria previsión estatutaria de la designación de un representante de la comunidad y la innecesariedad de su mantenimiento en las adjudicaciones cuando la cuantía del derecho respectivo así lo permitiera.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de diciembre de 2001
- STS de 20 de junio de 1998
- STSJ de Andalucía (Málaga) de 12 de enero de 2010
- STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 1993
- RDGSJFP de 28 de julio de 2023
- RDGRN de 12 de febrero de 1999

NOTAS

[1] LANZAS MARTÍN, E., La comunidad de bienes y su adhesión a una Junta de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, págs. 1844 a 1862.

[2] LASO BAEZA, V., La situación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto a la confección e inscripción de un Proyecto de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 684, págs. 2005 a 2018.

[3] LASO BAEZA, V., La situación de los propietarios no adheridos ..., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 684, págs. 2005 a 2018.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA:

- El martes 10 de octubre, a las 17'30 h, se ha celebrado la XIV Jornada *"La redefinición del derecho de propiedad y su función social en materia de arrendamientos, cultura y medioambiente"*

Se trata de las XIV Jornadas organizadas conjuntamente por el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores y los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Se desarrollará presencialmente en el Salón de Actos del Decanato.

Organizan:

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, DECANATO TERRITORIAL DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL Y EL GABINETE JURIDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Programa:

17:30 h. Presentación a cargo de:

Dña. Mariola PÉREZ PINO. Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

17:40 h. Exposición a cargo de:

D. Alejandro FUENTES-LOJO RIUS. Abogado.

"La protección del arrendatario en la Ley de Vivienda"

18:00 h Exposición a cargo de:

D. Pablo MATOSO AMBROSIANI. Letrado de la Junta de Andalucía. Letrado Jefe Asesoría Jurídica Consejería de Turismo, Cultura y Deporte.

"La función social de la propiedad de los Bienes de Interés Cultural".

18:20 h Exposición a cargo de:

Dña. Estrella CARRASCO GÓMEZ. Letrada de la Junta de Andalucía. Letrada Jefe del Servicio Jurídico Provincial de Cádiz.

"*Propiedad, gobernanza y cambio climático: los proyectos de absorción de emisiones"*.

18:40 h Exposición a cargo de:

D. José Luis VALLE MUÑOZ. Registrador de la Propiedad de Altea, nº 1.

"Aspectos registrales de los suelos contaminados, Bienes de Interés Cultural y arrendamientos de vivienda".

Moderadora:

Dª. Alejandra Rocío GUERRERO SORO. Letrada de la Junta de Andalucía. Área de Coordinación del Gabinete Jurídico.

19:00 h Coloquio

19:20 h Clausura a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Decano Territorial de Andalucía Occidental.

- Se ha celebrado en Sevilla, en la Fundación Caja Rural del Sur, el miércoles 18 de octubre, a las 17'00 h, la Jornada "*La importante relación entre la agricultura, el registro de la propiedad y el catastro"* organizadas conjuntamente con ASAJA.

Presentación de la jornada:

Sr. D. Manuel RIDRUEJO RAMIREZ. Decano de los Registradores de Andalucía Occidental

Ilma. Sr. Dña Consolación VERA SÁNCHEZ. Viceconsejera de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural de la junta de Andalucía.

Sr. D. Ricardo SERRA ARIAS. Presidente de ASAJA-Sevilla

Mesas de trabajo:

Primera mesa:

La coordinación entre el registro y el catastro, la inscripción de bases gráficas y valoraciones de fincas rústicas.

Moderador:

Sr. D. Emilio VIEIRA JIMÉNEZ- ONTIVEROS. Departamento Jurídico de ASAJA-Sevilla.

Participantes:

Sra. Dña. Marta GASPE LUCENA. Jefa de Área Regional de Catastro de Rústica.

Sr. D. Antonio NAVARRO VALIENTE. Registrador de la Propiedad de Moguer

Sr. D. Adolfo SICILIA DE OÑA. Director Gerente TASA.

Turno de preguntas

Segunda mesa:

Problemas urbanísticos en torno a las construcciones y reparcelaciones en fincas rústicas

Moderador:

Sr. D. Daniel MARTÍN MORENO. Departamento Fiscal de ASAJA-Sevilla

Participantes:

Sr. D. Hilario HERNÁNDEZ JIMÉNEZ. Jefe de Servicio de Urbanismo del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira. Profesor asociado de la Universidad Pablo de Olavide

Sra. Dña. Mª Luisa VILCHEZ GUERRERO. Arquitecta Municipal del Ayuntamiento de Sierra Yeguas

Sr. D. José Jaime ÚBEDA HERENCIA. Registrador de la Propiedad de Sevilla

19:00 h Turno de preguntas

19:15 h. Clausura

- Se ha celebrado los días 23 y 24 de noviembre de 2023 en Sevilla *El congreso internacional: autonomía privada, familia y herencia. asignaturas pendientes y aprobadas, diez años después*

Presidencia de honor

Carlos LASARTE ÁLVAREZ. Catedrático de Derecho Civil, UNED.

Dirección:

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. Catedrático de Derecho Civil

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE. Catedrático de Derecho Civil

Juan José PRETEL SERRANO. Registrador de la Propiedad

Francisco José ARANGUREN URRIZA. Notario

Coordinación:

Manuel GARCÍA MAYO. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil

Rosario SÁNCHEZ VALLE. Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Eugenio PIZARRO MORENO. Profesor Titular de Derecho Civil

Programa:

Jueves 23 de noviembre

Sesión matutina

Bloque 1:

AUTONOMÍA PRIVADA Y FILIACIÓN: UNA CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO

10:30H *Voluntad en el establecimiento de la filiación y pluriparentalidad contractual*

Modera: Josefina ALVENTOSA DEL RÍO. Profesora Titular de Derecho Civil. Unv. De Valencia.

- Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. Catedrático de Derecho Civil. Univ. de Zaragoza.
- Isabel ZURITA MARTÍN. Catedrática de Derecho Civil Univ. de Cádiz.

11:15 h *La maternidad subrogada, a debate*

Modera: Carlos LASARTE ÁLVAREZ. Catedrático de Derecho Civil UNED y presidente de IDADFE.

- Susana QUICIOS MOLINA. Catedrática de Derecho Civil, Univ. Autonomía de Madrid.
- José Ramón DE VERDA BEAMONTE. Catedrático de Derecho Civil. Univ. de Valencia.

- Juan José PRETEL SERRANO. Registrador de la Propiedad de Sevilla.
- Antonio José VELA SÁNCHEZ. Profesor Titular de Derecho Civil, Univ. Pablo Olavide.

13:00 h: *Defensa de comunicaciones*

Modera: Pedro CHAPARRO MATAMOROS. Prof. Contratado Dr. De Derecho Civil Univ. de Valencia.

Bloque 2:

AUTONOMÍA PRIVADA Y HERENCIA

17:00 h. *Defensa de comunicaciones*

Modera: Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA. Profesora Titular Derecho Internacional Privado. Univ. de Sevilla.

17:30 h *Algunas cuestiones sobre la legítima*

Modera: Asunción MARÍN VELARDE. Profesora Titular de Derecho Civil. Univ. de Sevilla.

- *La desheredación*

Marta ORDÁS ALONSO. Catedrática de Derecho Civil Univ. de León.

- *La fiducia sucesoria*

María José REYES LÓPEZ. Catedrática de Derecho Civil, Univ. de Valencia.

- *Disposiciones gratuitas en favor de las personas con discapacidad*.

Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ. Notario Honorario del Colegio Notarial de Madrid.

18:15 h Pausa café

18:45 h. *Libertad de testar y legítima en el Derecho de las familias*

Modera: Francisco José ARANGUREN URRIZA. Notario de Sevilla.

- Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA. Catedrático de Derecho Civil, Univ. de Sevilla.
- María Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA. Catedrática de Derecho Civil, Univ. Pública Navarra.

- Vicenzo BARBA. Catedrático de Derecho Civil, Univ, La Sapienza, Roma.
- Isabel NICASIO JARAMILLO. Doctora en Derecho y Magistrada de la Audiencia Provincial de Huelva.
- Victorio MAGARIÑOS BLANCO. Notario de Sevilla.

Viernes 24 de noviembre

Bloque 3

AUTONOMÍA PRIVADA, FAMILIA Y HERNCIA EN LOS ADR

10:00 h. *Defensa de comunicaciones*

Modera: Pilar María ESTELLÉS PERALTA. Profesora Contratada Doctora, Univ. Católica de Valencia.

10:30h *En la mediación*

Modera. María PÉREZ GALVÁN. Abogada de familia.

- María José CUENCA BONILLA. Magistrada de familia, de Sevilla.
- Carmen VELA FERNÁNDEZ. Notario de Sevilla.
- Isabel MEDINA SUÁREZ. Abogada y mediadora de familia en Sevilla.
- Carlo PILIA. Mediador y abogado, presidente de la Asociación Mediatori. Mediterranei ONLUS y Profesor Titular de Derecho Civil, Univ. de Cagliari

11:45 h *En la conciliación y en el arbitraje*

Modera: Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. Profesor Contratado Dr. de Derecho Civil Univ. Pablo Olavide.

- Ángel MANUEL LÓPEZ Y LÓPEZ. Catedrático de Derecho Civil, Univ. de Sevilla.
- Eugenio PIZARRO MORENO. Prof. Titular de Derecho Civil, Univ. Pablo Olavide.
- Gabriele CARAPECCA FIGLIA. Catedrático de Derecho Civil, Univ. LUMSA de Palermo.
- Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ. Registrador y Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de España.

Bloque 4

PACTOS DE CONVIVENCIA EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIALES

16:00 h. *Defensa de comunicaciones*

Coordina: Santiago MOLINA ILLESCAS. Registrador de la Propiedad y Prof. Asociado de Derecho Civil. Univ. de Sevilla.

16:30 *Pactos prematrimoniales*

Modera. Manuel GARCÍA MAYO. Prof. Ayte. Doctor, Univ, de Sevilla.

- Maria Dolores CERVILLA GARZÓN. Catedrática de Derecho Civil, Univ. de Cádiz.
- Ana Laura CABEZUELA ARENAS. Profesora Titular de Derecho Civil, Univ. de Sevilla.
- Antonio OJEDA ESCOBAR. Político, escritor y Notario de Sevilla.
- Carlos PÉREZ RAMOS. Notario de Madrid

17:45 Pausa café

18:15 *Protocolos familiares y pactos de convivencia en parejas de hecho*

Modera: Javier BARCELÓ DOMÉNECH. Catedrático de Derecho Civil.

- Vicenzo BARBA. Catedrático de Derecho Civil, Univ. La Sapienza, Roma.
- José Angel GALLEGO VEGA. Registrador de la Propiedad de Sevilla.
- Javier FEÁS COSTILLA. Notario en Sevilla.
- Juan José PRETEL SERRANO. Registrador de la propiedad de Sevilla.

19:30 h Clausura del congreso

Comité científico

- Ángel Manuel LÓPEZ Y LÓPEZ. Catedrático de Derecho Civil.
- Francisco CAPILLA RONCERO. Catedrático de Derecho Civil.
- Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA. Catedrático de Derecho Civil.
- Javier BARCELÓ DOMÉNECH. Catedrático de Derecho Civil.

- Tomás RUBIO GARRIDO. Catedrático de Derecho Civil.
- Fátima YÁÑEZ VIVERO. Catedrática de Derecho Civil.
- Ana Laura CABEZUELO. Arenas. Profesora Titular de Derecho Civil.
- Araceli DONADO VARA. Profesora Titular de Derecho Civil.
- Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ. Profesor Titular de Derecho Civil.
- José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO. Catedrático de Derecho Civil.
- Asunción MARÍN VELARDE. Profesora Titular de Derecho Civil.
- Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ. Profesor Titular de Derecho Civil.
- Eugenio PIZARRO MORENO. Profesor Titular de Derecho Civil.
- Pedro CHAPARRO MATAMOROS. Profesor Contratado Dr. de Derecho Civil.
- Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ. Profesor Contratado Dr. de Derecho Civil.
- Manuel GARCÍA MAYO. Profesor Ayte. Doctor en Derecho.
- Rosario SÁNCHEZ VALLE. Profesora Ayte. Doctora de Derecho Civil.
- Alberto GARCÍA RUÍZ DE HUIDORO. Registrador de la Propiedad.
- Santiago MOLINA ILLESCAS. Registrador de la la Propiedad.
- Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Registrador de la Propiedad de Carmona y Decano del Il. Colegio de Registradores de Andalucía Occidental.

Comité organizador

- Agustín ANDRADES NAVARRO. Universidad de Sevilla.
- Álvaro BUENO BIOT. Universidad de Valencia.
- Gonzalo MUÑOZ RODRIGO. Universidad de Valencia.
- Lucía IONE PADILLA ESPINOSA. Universidad de Huelva.

Entidades organizadoras

- Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla.
- Instituto de Desarrollo y análisis del Derecho de familia en España.

Entidades colaboradoras

- Decanato de Andalucía Occidental.
- Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.
- Abogados De Trinidad & Asociados.
- Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Alicante.
- Mediatori Mediterranei ONLUS.
- Generalitat Valenciana. Consejería de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital.
- Gobierno de España. Ministerio de Ciencia e Innovación.

- Se han celebrado las Jornadas Tributarias "*La aplicación de los tributos en el ámbito de las OIAC/OIA*" en Granada 23 de octubre de 2023 y en Sevilla 26 de octubre y 15 de noviembre de 2023.

Organiza:

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Decanatos Territoriales de Andalucía Occidental y Oriental.

Programa:

Jornada I: Granada 23 de octubre de 2023

17:00 h Presentación a cargo de:

Dª María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana Territorial de Andalucía Oriental.

17:10 h Exposición a cargo de:

Dª María BERTRÁN GIRÓN. Prof. Titular. Derecho Financiero y Tributario. Coordinadora Académica General del Área Jurídica de Loyola Másteres. Universidad Loyola.

"Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios"

17:50 h Exposición a cargo de:

D. Francisco M. CARRASCO GONZÁLEZ. Pof. Titular. Derecho Financiero y Tributario. Vicedecano de Ordenación Académica y Calidad Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

"*El procedimiento de comprobación de valores*"

18:30 h Exposición a cargo de:

Dª. Mª del Carmen SERRANO MARTÍNEZ. Gerente Provincial de Granada de la Agencia Tributaria de Andalucía.

"Aplicación de los procedimientos tributarios en el ámbito de las OIAC"

19:10 h. Exposición a cargo de:

D. Fermín VÁZQUEZ CONTRERAS. Abogado del Estado. Secretario Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía. Sala de Granada.

"*Analisis doctrina administrativa y problemática actual en el ámbito del ITPADD". (Parte I).*

Moderador:

D. Diego J. ORTEGA MÚÑOZ. Vocal de Oficinas de OIAC/OIA del Decanato Territorial de Andalucía Oriental. Registrador de la Propiedad Berja.

19:50 h Coloquio

Jornada II: Sevilla 26 de octubre 2023

17:00h Presentación a cargo de:

D. Jesús Julián URBANO SOTOMAYOR. Vocal de Oficinas de OIAC/OIA del Decanato Territorial de Andalucía Occidental. Registrador de la Propiedad de Montoro.

17:10 h Exposición a cargo de:

Dª María BERTRÁN GIRÓN. Prof. Titular. Derecho Financiero y Tributario. Coordinadora Académica General del ÁREA Jurídica de Loyola Másteres. Universidad de Loyola.

"*El procedimiento de comprobación limitada. Novedades legislativas. Principales problemas jurídicos y revisión de jurisprudencia"*

17: 50 h Exposición a cargo de:

D. Francisco M. CARRASCO GONZÁLEZ. Prof. Titular. Derecho Financiero y Tributario. Vicedecano de Ordenación Académica y Calidad Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

"*El procedimiento sancionador: Determinación del cálculo de las sanciones y motivación del elemento subjetivo"*

18:30h Exposición a cargo de:

Dª. Maria CABALEIRO MORA. Jefa de Gestión Tributaria. Gerencia Provincial de Sevilla. ATRIN.

"*Ejecución de fallos y sentencias"*.

19:10 h Exposición a cargo de:

D. Benjamín GALÁN PARRA. Ponente vocalía ITPAJD Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía. Sala de Sevilla.

"*Análisis doctrina administrativa y problemática actual en el ámbito del ITPAJD. (Parte II).*

19:50 h Coloquio

MADRID:

- Primera sesión del ciclo "*Repensando el derecho civil del futuro*"
  Colegio de Registradores, 7 de noviembre de 2023
  Crónica de Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO

I. En la tarde del 7 de noviembre de 2023 tuvo lugar, en la sede madrileña del Colegio de Registradores la primera sesión del ciclo, dedicado a reflexionar sobre el futuro del Derecho civil. Un ciclo que se presenta como una nueva actividad a desarrollar a partir del curso 2023 – 2024, y que reunirá en cada uno de los pequeños seminarios a que dé lugar, a un ponente de la Academia, Profesor de Derecho civil, y a un ponente Registrador perteneciente al mismo Decanato Autonómico del Colegio de Registradores al que corresponda la Universidad del Profesor.

En esta primera sesión reflexionaron acerca de la vigencia y futuro de la legítima como institución sucesoria, el Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla Manuel Espejo Lerdo de Tejada; y el Registrador de Morón de la Frontera, y responsable del servicio de estudios de los Registradores en Andalucía occidental Alberto García Ruiz de Huidobro.

II. La intervención del profesor Espejo estuvo centrada en procurar defender la adecuación, dinamismo y correcta adaptabilidad a las necesidades reales del sistema de legítimas previsto por parte del Código Civil. Recordó que una posible reforma tendría un calado muy grande no solo en el Derecho de sucesiones, sino en el conjunto del Derecho civil, por cuanto tendría que tocar, además de instituciones sucesorias íntimamente relacionadas (como

la indignidad o la sucesión intestada), instituciones del Derecho de familia (como las reglas relativas a las crisis matrimoniales o el derecho de alimentos), e incluso instituciones de Derecho de obligaciones. En particular señaló la atención en el tratamiento que lleva a cabo el Tribunal Supremo de la donación remuneratoria como donación computable para el cálculo de la legítima.

Analizando diferentes ejemplos de Derecho comparado, con una especial mención a los casos de los Estados Unidos (donde solo Louisiana y Puerto Rico, y por influencia española, conservan la legítima), mencionó que en estos sistemas de libertad plena de testar, sí que existen dos frenos que hacen que la libertad de testar sea más mito que realidad: 1º que solo es válido el testamento si hubiese sido hecho en consideración a todos los hijos del testador, limitándose en consecuencia la preterición de tal modo que si el testamento hubiese sido hecho con preterición devendría ineficaz y habría de abrirse la sucesión intestada (lo cual ya supone un llamamiento a los que en un sistema de legítimas serían legitimarios). 2º Por otra parte, en la mayor parte de estos sistemas, existe un derecho de alimentos contra los herederos instituidos a favor de quienes en sistemas de legítima serían legitimarios. De modo que aunque parezca que se aumenta la libertad de testar y se libera a los herederos del deber de respetar las legítimas, al final éstas -vía el derecho de alimentos - pueden acabar gravando las atribuciones hereditarias más incluso.

Por todo ello, el profesor Espejo abogaba por la preservación del sistema establecido en el Código Civil, el cual, recordó, recoge no solamente el interés del testador y su libertad de testar, sino otros intereses en juego. Y siendo un sistema que establece un equilibrio razonable de intereses, es razonable mantenerlo en el tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que el repaso a la práctica a la que él tiene acceso a través de profesionales del Derecho, le demuestra que el ejercicio de la libertad de testar por parte del testador —dentro de los márgenes permitidos por el Código Civil—, es relativamente limitado: casi nadie utiliza la fiducia del artículo 831, casi nadie autoriza el pago en metálico de la legítima de los descendientes, y casi nadie deja de hacer atribuciones prácticamente por igual entre los hijos, y como mucho se procura la salvaguarda de la situación de la viuda, a través de la cautela sociniana (ya admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo dentro de nuestro sistema).

II. La segunda intervención corrió a cargo de Alberto García Ruiz de Huidobro. Comenzó recordando los fundamentos de la legítima, los cuales, en cierto modo, se ven menoscabados por la estructura socioeconómica y la

estructura sociológica de la sociedad española actual, tan diferente de la que determinó la regulación contenida en el Código Civil. Por otra parte recordó que la libertad de testar ofrece un mecanismos amplios, de los cuales no siempre se hace uso, como es la posibilidad de realizar atribuciones distintas en los tercios de libre disposición y de mejora, atribuir la fiducia sucesoria sobre la mejora del cónyuge en los términos del artículo 831, realizar atribuciones en beneficio de los hijos discapacitados a través de sustituciones fideicomisarias y derechos de uso en los términos previstos por el artículo 808, facilitar el pago en metálico de las legítimas de los descendientes, o incluso llevar a cabo la partición por parte del testador, lo cual se suele utilizar muy poco en la práctica. A partir de esto abogó por la preservación del sistema de legítimas, si bien atendiendo a las reformas conocidas en los últimos tiempos en los Derechos forales o autonómicos: reducción de la cuantía en términos comparables a como se ha llevado a cabo en el Derecho civil gallego (que la fija en 1/4 parte al igual que el catalán), modificar la naturaleza jurídica de la legítima, de forma que del *pars bonorum* se pase al *pars valoris*, así como el incremento de las causas de desheredación, acogiendo la causa prevista a partir de 2008 en el Derecho civil catalán, de la pérdida del contacto o relación familiar entre causante y legitimario por causas imputables al legitimario. Recordó que el Tribunal Supremo ha intentado ampliar las causas de desheredación, dentro del Código Civil, admitiendo el maltrato psicológico además del maltrato de obra, pero la pérdida de contacto habitual es algo más extenso que la verdadera situación de maltrato psicológico. Tanto que el Tribunal Supremo exige que se acredite verdaderamente un sufrimiento psíquico por parte del causante.

III. Se abrió entonces un coloquio en el que participaron, entre otros, la doctora Teresa Echevarría de Rada, Catedrática de la Universidad rey Juan Carlos; el doctor Eugenio Llamas Pombo, Catedrático de la Universidad de Salamanca; don José Luis Sarrate, Registrador de Madrid 1; Belén Merino Espinar, registradora de la propiedad de Madrid 11; y Diego Vigil de Quiñones Otero, registrador de la propiedad de Manresa 4, además de la intervención en línea del doctor Juan Pablo Murga, de la Universidad de Sevilla.

En dichas intervenciones, se aplaudió en general el planteamiento realizado por parte de los ponentes, se incidió en la importancia que tendría llevar a cabo una ampliación de las causas de desheredación, se señaló el importante papel que le reconocen los Derechos forales a la viuda y al viudo (señalándose que en Cataluña lo normal es la institución de heredero para el viudo), se señalaron los importantes condicionamientos fiscales que se producen en

función de la cuantía del impuesto de sucesiones en las diferentes comunidades autónomas.

IV. Finalmente, el moderador don Basilio Aguirre planteó en qué medida hay una conexión entre el derecho de sucesiones y las nuevas figuras de licuación patrimonial, como son la hipoteca inversa, el alquiler inverso… y otra serie de figuras que permiten a los a los causantes obtener liquidez antes de su muerte, y que necesariamente reducen su patrimonio en perjuicio de los legitimarios.

V. El vídeo completo de la sesión puede encontrarse en https://www.registradores.org/repensando

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *"Epistemología Jurídica"*, Dykinson, Madrid 2023, 268 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.

Antonio Manuel Román García es catedrático de Derecho Civil y Abogado. Muy querido en el ámbito registral por su cercanía personal al Cuerpo de Registradores (su suegro Narciso de Fuentes Sanchiz fue decano del Colegio de Registradores) y por su participación en numerosos tribunales de oposiciones a Registros, además de por su obra, donde toca —como veremos— numerosos temas registrales.

Nacido en Cáceres, se licenció en Derecho con calificación de sobresaliente, por la Universidad de Salamanca. El Doctorado lo realizó en la Universidad de Valladolid, donde obtuvo la máxima calificación: sobresaliente *cum laude*.

Empezó como profesor Ayudante de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (1979 a 1982) con dedicación exclusiva, pero pronto orientó su vocación académica a su tierra natal, Extremadura.

Fue profesor en sus distintas modalidades (adjunto, agregado, contratado doctor) de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, desde 1982 hasta que ganó la titularidad. En efecto, fue profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, desde enero de 1985 hasta marzo de 1992, cuando culminó su carrera académica siendo Catedrático de Derecho Civil de la misma Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (por tanto, desde marzo de 1992 hasta la actualidad).

En esta misma Facultad ha desarrollado casi toda su carrera profesional, habiendo sido director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Extremadura, desde el día 9 de septiembre de 1992 hasta enero de 2009, donde ha creado su propia Escuela de doctores y profesores.

Goza de catorce trienios de antigüedad; seis quinquenios de méritos docentes y dos sexenios de méritos de investigación. Más de cuarenta años de docencia nos contemplan.

Curiosamente es miembro por concurso-oposición, de la Carrera Judicial, desde 1988, desde cuando está en excedencia por haber siempre optado por la docencia.

Antonio Román tiene una obra ingente. Yo sólo voy a destacar algunas de sus publicaciones. Entre sus monografías destacan:

1. *El precontrato-Estudio dogmático y jurisprudencial, Montecorvo, Madrid 1982.*

Fue su tesis doctoral. Se trata de un estudio de la doctrina y la jurisprudencia sobre esta institución contractual de los precontratos; diferenciándolos de otras figuras afines próximas como los tratos preparatorios del contrato, la venta a prueba, la compraventa con pacto de arras, el retracto convencional, la compraventa de cosa futura, el contrato condicional y a término y el contrato de opción. Se publicó en el año 1982 con un prólogo del Profesor José Luís de los Mozos, Catedrático de Derecho Civil.

2. *El Derecho de reversión legal. Análisis del Art. 812 Código Civil, Montecorvo, Madrid 1984.*

Se publicó en el año 1984 con un prólogo del profesor José Luís Lacruz, Catedrático de Derecho Civil. Se trata de un análisis de la norma contenida en el art. 812 del Código Civil español y su incidencia en nuestro sistema de legítimas, como un supuesto de sucesión especial o excepcional anómala, que permite bajo ciertos presupuestos la reversión legal de las donaciones en el ámbito de la sucesión *mortis causa* del donatario

3. *La tipicidad en los derechos reales, Montecorvo, Madrid 1994.*

En esta obra se examinan los límites de la autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales en nuestro ordenamiento jurídico. Defendiéndose el sistema de *numerus apertus*. Con referencias al Derecho comparado próximo y análisis de las orientaciones y criterios de la jurisprudencia Registral (Resoluciones de la Dirección General de los Registros) en esta temática.

4. *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español, Montecorvo, Madrid 1995.*

En este libro se analizan las relaciones jurídicas obligatorias en relación al contenido de las disposiciones testamentarias. La naturaleza jurídica y las fuentes de las obligaciones testamentarias; así como la tipología, clasificación, interpretación del contenido de las obligaciones testamentarias y la eficacia e ineficacia jurídica de las mismas.

5. *Sistema contractual en España y Puerto Rico, en colaboración con el Dr. J.A. CUEVAS SEGARRA, Publicaciones J.T.S., San Juan de Puerto Rico, 1998.*

Obra en colaboración con el Dr. José A. Cuevas Segarra, Catedrático de Derecho civil y presidente de la Junta de Síndicos de la Fundación Facultad "Eugenio María de Hostos" de Mayagüez, Puerto Rico, donde se examina el sistema contractual de los principales contratos especiales o particulares. Publicada por J.T.S. San Juan P.R., 1998

6. *Instituciones de Derecho Civil, VII. Derecho de Sucesiones. Mc Graw Hill, Madrid 1999*

Obra general sobre el Derecho de Sucesiones, que forma parte de un proyecto de Instituciones de Derecho civil, que se irá desarrollando en el tiempo. Publicada en Madrid, en el año 1999 por la editorial Mc Graw Hill.

7. *El Fuero del Baylío, en los Derechos Civiles de España, obra coordinada por R. BERCOVITZ, Aranzadi, Madrid 2000*

En él el autor examina el origen de la Ley del Fuero del Baylío y su vigencia, así como la doctrina jurisprudencial sobre la problemática del mismo y la eventual evolución de su contenido normativo.

8. *IGNACIO DE CASSO Y ROMERO, Sus aportaciones al Derecho civil y al Derecho registral, Madrid 2003.*

Obra publicada por el Centro de Estudios Registrales; en la colección de grandes hipotecaristas, analiza la vida y la obra jurídica, en el ámbito del Derecho registral de Don Ignacio de Casso y Romero, Catedrático Derecho civil y ex director general de los Registros y del Notariado, que impulsó decisivamente las reformas hipotecarias de 1944 y 1946; y la reorganización de los Registros de la Propiedad en España.

9. *El Matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal regímenes convencionales), Madrid 2004.*

También en este caso se trata de una obra publicada por el Centro de Estudios Registrales y la Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris* del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Trata de la autonomía privada y libertad de pactos en la organización de régimen económico matrimonial.

10. *Fundamentos Históricos y Metodológicos del Derecho Civil Español, l Servicio de Publicaciones de la UNEX, Cáceres, 2006.*

Como su título indica se trata de enfocar los precedentes históricos y dogmáticos del Derecho civil español desde el Derecho Romano hasta la actualidad; con análisis de la influencia jurídica germánica, del Derecho de los pueblos árabes, del Derecho Intermedio y de la codificación hasta el momento presente.

11. Actualización y notas al tomo I, Vol.I de la obra de J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Introducción y parte General. Ideas generales y Teoría de la norma jurídica*. Reus, Madrid 2005
12. Actualización y notas al tomo I Vol. II de la obra de J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, Introducción y Parte General. Teoría de la jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, Reus, Madrid 2007.
13. Actualización y notas del tomo VI-II de la obra de J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. Sucesión intestada, contractual y excepcional*. Reus. Madrid 2015.
14. *El Derecho consuetudinario: el Fuero del Baylío*, en recopilación legislativa del Extremadura, Obra colectiva coordinada por P. BLANCO-MORALES, Mérida 2005.
15. *Derecho de Sucesiones, en colaboración con los Drs. Peralta y Casanueva; Dikynson, Madrid* 2016, segunda edición,2020.

16. *Derecho de Contratos, en colaboración con los Drs. Peralta y Casanueva;* Dikynson, Madrid, 2018 .
17. *Derecho de Familia,* en colaboración con los Drs. Peralta y Casanueva, Dikynson, Madrid, 2022.
18. Ahora nos asombra y enriquece con su *Epistemología Jurídica,* Dikynson, Madrid, 2023 que ahora presentamos.

Entre sus artículos más importantes destacamos:

1. *"La eficacia de los precontratos"*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la UEX, 1983.
2. *"Aportación al estudio de la responsabilidad civil por daños ocasionados a los bienes y derechos de la personalidad"* , En Revista de derecho Privado, abril 1989
3. "Comentario al art. 812 del Código Civil: el derecho de reversión legal", en Libro Centenario del Código Civil, Madrid 1990.
4. Voz: *"Precontrato"*, en Nueva Enciclopedia jurídica SEIX, Tomo XX., Madrid, 1990.
5. "El régimen económico matrimonial del Fuero del Baylío", en Anuario de la facultad de derecho de la UNEX, 1990.
6. *"Sobre la preferencia masculina de la sucesión en los títulos de nobleza"*, en Revista de Derecho Privado, enero, 1992.
7. *"Aspectos civiles y urbanísticos de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación"*, Publicaciones EGAP, Santiago de Compostela, 2000.
8. *"Medio Ambiente, Planificación Urbanística y Turismo"*, en II Jornadas sobre medio Ambiente, Castellón 2000.
9. "Los *legados"* , en Libro Homenaje a B. MORENO QUESADA, Granada 2000.
10. *"Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho Civil"*, en Libro homenaje a LUÍS DíEZ-PICAZO, Madrid, Civitas, 2003.
11. "*Prescripción y Caducidad*", en Libro Homenaje a J.L DE LOS MOZOS, Código europeo de Contratos, coordinado por C. VATTIER, J.M. DE LA CUESTA y J.M CABALLERO. Madrid, 2003.
12. "*El Derecho Comunitario Europeo*", en Libro Homenaje a M. ALBADALEJO, coordinado por J.M. GONZALEZ PORRAS, Madrid 2006.
13. *"Eficacia de los regímenes económico-matrimoniales: tipicidad y atipicidad en el establecimiento de los pactos"*, en Libro Homenaje al Profesor MARIANO ALONSO PEREZ, tomo II, páginas 681 a 695. La Ley, Madrid, 2006.
14. "*Un ensayo sobre la oratoria forense y la técnica del informe ante los tribunales"*, el libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, tomo I pags… 327 a 338, ed. Thonsom-Civitas, Madrid. 2008
15. *"Las tendencias Legislativas modernas en materia de arrendamientos urbanos y a la dinamización del mercado inmobiliario en España"*. En Libro homenaje al Profesor Carlos Vattier, Aranzadi, Madrid 2008. Pags… 1081 y ss.

16. *"La protección jurisdiccional del Derecho Hereditario. Especial referencia a los fidecomisos sucesorios mortis causa, en el Derecho Civil Español y en el Derecho Comparado de Iberoamérica"* en Estudios jurídicos de aproximación al derecho latinoamericano y europeo. Ed. UNEX Cáceres, 2014, págs 291 y ss.

17. *"De nuevo sobre el precontrato"*, en Derecho de Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje al Profesor, Serrano García, Madrid, 2016 págs 247 y ss.

Como puede comprobarse Antonio Román ha trabajado sobre todas las materias propias del Derecho Civil.

En materia de Derecho de obligaciones y contratos ha estudiado el precontrato; los contratos especiales; las obligaciones testamentarias; etc.…

En materia de Derechos reales: La tipicidad en los derechos reales. Derecho patrimonial de familia: El matrimonio y su economía; el régimen económico matrimonial en el Fuero del Bailío, etc.…

En Derecho de sucesiones todo, además de especializarse en el derecho de reversión legal y los Legados.

En Derecho de la persona ha realizado las actualizaciones al libro de J.CASTÁN y también Parte General en las propias actuaciones al tomo I. I de J. CASTÁN y en el libro de los Fundamentos Históricos y Metodológicos del Derecho civil.

En el ámbito del Derecho hipotecario: En la obra sobre I. DE CASSO y su visión en las relaciones entre el Derecho civil y la legislación hipotecaria. En temas de derecho de la construcción y del urbanismo y medio ambiente; responsabilidad civil contractual y extracontractual y arrendamientos urbanos y propiedad horizontal.

Son numerosísimas sus participaciones en conferencias, cursos y seminarios, direcciones de tesis, cursos de doctorados, tanto en España como en Puerto Rico donde goza de un gran prestigio en la comunidad jurídica.

Entre otros méritos podemos destacar:

Ha actuado como Presidente o como Vocal de numerosas Comisiones para cubrir plaza de Profesores Titulares de Universidad y catedráticos, tanto en su Universidad como en otras (Valladolid, Salamanca, Murcia, Madrid (Rey Juan Carlos) etc…)

Ha formado parte como Vocal de los Tribunales Nacionales para cubrir plazas de Jueces por el tercero y cuarto turno y por el turno libre; de manera continuada desde el año 1988 hasta el año 1999

También ha formado parte como Vocal del Tribunal para cubrir las plazas de aspirantes a Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, desde el año 1999 hasta el año 2023. Conmigo ha estado en cinco tribunales de oposiciones. El primer tribunal en que estuvo como vocal estuvo presidido por Fernando Curiel y yo actué como secretario. En los cuatro restantes he actuado como presidente. Pero además de esos cinco tribunales compartidos conmigo (yo estuvo en otros tres tribunales sin él) Antonio Román ha participado en otros dos tribunales sin mí, uno presidido por José Poveda y otro por Eugenio Gomeza. En total por tanto 7 tribunales de oposiciones a Registros.

Antonio Román en su obra "Epistemología Jurídica", Dykinson, Madrid 2023 hace un alarde de erudición y demostración de su formación jurídica.

La búsqueda de la verdad, de la *episteme* en griego, es un anhelo de la persona desde el comienzo de la humanidad.

Epistemología, es la teoría del conocimiento de esas verdades absolutas que existen en el mundo de las ideas —como señalaba Platón— y no pueden cambiar. Saber verdadero y universal.

Podría pensarse que la epistemología es aplicable a las ciencias exactas, pero no es así. También lo es a las ciencias sociales, en particular al Derecho.

Antonio Román, catedrático de derecho civil, en esta obra se adentra en el estudio de la epistemología jurídica que trata de encontrar la verdad jurídica, que es la que permite resolver con justicia y equidad el caso concreto, llevando a cabo el fundamento del Derecho que es dar a cada uno lo suyo.

Y defiende la autonomía propia del saber jurídico. El sistema jurídico tiene sus propias reglas, no siempre coincidentes con lo que se denominan valores sociales o culturales. Tiene un fundamento racional propio. Y no se confunde tampoco con la moral, dirigido más a la relación del individuo con Dios que a las relaciones de los hombres entre sí, objeto propio del Derecho.

El Derecho es incluso anterior a la norma. El Derecho es incluso anterior a la ley, no todo el Derecho está comprendido en la Ley. Incluso el legislador al recoger el Derecho puede equivocarse. Muchas son —añado yo— por ejemplo, las contradicciones que el propio Código civil contiene (v.gr. Artículo 759 & 799 C.C.) y que el jurista tiene que resolver.

Lógicamente en la indagación de la esencia del Derecho el autor considera que influye decisivamente la historia del Derecho en cada pueblo, desde el Derecho romano hasta nuestros días. No puede olvidarse la génesis histórica de las normas en el particular sistema jurídico.

Así el autor hace un brillante estudio en el libro de la influencia en nuestro Derecho del derecho romano, del derecho visigótico (entendido como derecho romano vulgar), del derecho musulmán, del Derecho canónico, de los glosadores y sus Escuelas, del derecho natural cristiano en la Edad Media, de los Decretos de Nueva planta, de la Codificación y Descodificación en la Edad Moderna. También hace un breve estudio de Derecho comparado, dada la influencia que tuvo el Derecho francés en nuestros proyectos de Código civil y del Derecho alemán en el derecho inmobiliario registral.

También tiene el autor en consideración las distintas aproximaciones a la epistemología jurídica de la doctrina científica, para lo que acude al estudio prolífico de numerosos autores que se aventuraron en esta procelosa materia. Tales como GENY, ESSER, IHERING, CARNELUTTI, SAVIGNY, KELSEN, POTHIER, BETTI y un largo etcétera.

Y en Derecho español la bibliografía es ingente al respecto en la obra analizada. El autor cita a los principales iusprivatistas españoles, tales como SANCHEZ ROMÁN, CLEMENTE DE DIEGO, SERRANO Y SERRANO, JERÓNIMO GONZÁLEZ, JOSÉ CASTÁN, COSSÍO, OSSORIO MORALES, JOSÉ LUIS LACRUZ, ESPÍN CANOVAS, DE CASTRO, HERNÁNDEZ GIL, J.L. DE LOS MOZOS, DIEZ-PICAZO, SANCHEZ HIDALGO y otros muchos, olvidándose quizás, en un exceso de modestia, de incluirse él mismo entre ellos.

Nada tiene que ver la epistemología con el Derecho positivo, ni siquiera con los principios generales que informan las normas, sino que consiste en la búsqueda de la esencia del saber jurídico.

Los Principios generales de nuestro Derecho serían los principios políticos constitucionales, como el de igualdad ante la ley, libertad de comercio o contratación, función social de la propiedad, principio de legalidad, etcétera. Ellos ayudan a conocer el sistema jurídico, pero la epistemología va a principios más nucleares del sistema jurídico, anteriores incluso a los políticos o normativos, como es la protección de la persona, de su dignidad y honor, la buena fe, la seguridad del tráfico jurídico, la protección del patrimonio personal y familiar, la equidad, la *naturalis ratio*.

Destaca el autor alguno de ellos, donde profundiza más, como es la buena fe, proclamada en el artículo 7.1 C.C., que constituye una limitación externa al ejercicio de los derechos. Buena fe que tiene una distinta manifestación en los derechos de crédito (donde buena fe equivale a confianza, fidelidad o lealtad), que en los derechos reales (donde la buena fe debe ser entendida como estado de conocimiento de una determina situación fáctica o jurídica).

La equidad supone buscar la solución justa en cada caso, reinterpretando si es necesario la norma, para conseguir proporcionalidad. Señala el autor como ejemplo el sinalagma funcional en las obligaciones recíprocas y la facultad de resolución cuando se incumple ex artículo 1124 .C.C.

Precisamente en este ámbito —añado yo— la Dirección General de Seguridad Jurídica (tradicional Dirección General de los Registros y del Notariado) ha creado toda una doctrina de los requisitos procedentes para la inscripción en el Registro de la propiedad y para la operatividad de las cláusulas de resolución expresa en los contratos sinalagmáticos, buscando precisamente esa proporcionalidad. Los juristas deben buscar la naturaleza de las cosas para tomar la decisión correcta, y no ser reglamentistas o meramente literales en la aplicación de los preceptos. Por poner un ejemplo, la aplicación en ocasiones de la literalidad formal de la norma, puede dar lugar a consecuencias injustas. Pensemos por ejemplo en el principio de tracto sucesivo, no debería impedir el acceso al Registro de situaciones anteriores no incompatibles con la titularidad registral pese a que formalmente esté a nombre de otras personas (el 47 RH al permitir la inscripción de segregaciones previas no inscritas cuando se ha vendido el resto, es un ejemplo de racionalidad). O el artículo 17 LH no debe impedir el acceso al Registro de títulos no incompatibles al presentado anteriormente.

La naturaleza de las cosas determina el verdadero sentido de las normas, de las instituciones y también nos acerca a la esencia del Derecho. Para alcanzarla habrá que atender a la ética, al espíritu de justicia y a la lógica jurídica. Según KAUFMANN es el concepto clave para la realización del Derecho y para la aproximación epistemológica a su esencia.

Las fuentes de conocimiento de la naturaleza de las cosas, dentro del contexto de cada sistema jurídico, será la experiencia, el sentido común, el criterio de la evidencia y el criterio de autoridad de los autores, la doctrina científica.

En el fondo el libro sobre la Epistemología de Antonio Román es un alegato de la importancia de la formación global del jurista que es quien debe aplicar en su conjunto (conjunto sistemático con reglas propias) el Derecho.

Estos valores intrínsecos, cercanos a la moral, pero no absolutamente coincidentes (la moral está proyectada sobre el individuo, el Derecho en la relación de la persona con los demás) permiten afirmar que las normas de derecho positivo pueden estar alejados de la realidad de las cosas, pero en tal caso su aplicación debe ser corregida por el jurista.

El autor hace en este sentido una feroz crítica a los sistemas que niegan la dignidad del individuo, el derecho de propiedad o el de herencia, o el derecho de disentimiento. En definitiva, de los regímenes totalitarios.

Aunque es un libro más para la reflexión que para la aplicación práctica, tiene evidentes consecuencias concretas, y nos hace recordar que el Derecho no es mero positivismo, sino que debe respetar conceptos universales y previos, como es la justicia, la equidad y la naturaleza de las cosas.

Todo ello ayuda al objetivo final de la epistemología que no es otro que conseguir la determinación de lo que es justo en la resolución del caso concreto.

El libro por supuesto tiene su trascendencia registral, dada la defensa que el autor hace de la propiedad privada y de la herencia, del principio de legalidad y seguridad jurídica, y de la buena fe como ideas centrales en la epistemología jurídica.

El libro fue presentado en el Colegio de Registradores por el que escribe estas líneas, junto al autor, con la presencia de la decana presidente del Colegio y del director de relaciones institucionales, miembros de la Junta directiva del Colegio, notarios, registradores y amigos del autor el día 27 de septiembre de 2023.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las Recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Co- legio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.