REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año C • Marzo - Abril • Núm. 808

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 C • Marzo - Abril 2025 • Núm. 808

REVISTA BIMESTRAL

FECYT-177/2024
Fecha de certificación: 6 de octubre de 2014 (4ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

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

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

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

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

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

ÓRGANOS RCDI

Presidente

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

Secretario

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

Comité editorial

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

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

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

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

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

Consejo Científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
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
Ex 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 y Mercantil

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.

Doña Maria Luz Sánchez-Jaúregui Lázaro

Registradora de la Propiedad y Mercantil

Doña María del Rosario Jiménez Rubio

Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: Función social de la propiedad y derecho a la vivienda / *Social function of property and the right to housing* 575

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: Problemática que plantea la partición realizada por el propio testador en el ámbito de la empresa familiar / *Problem raised by the partition carried out by the testator himself in the field of family business*..... 633

LÓPEZ FRÍAS, Ana: Las liberalidades objeto de colación hereditaria: equívocos y supuestos sujetos a discusión / *Liberalities subject to hereditary collation: misunderstandings and assumptions under discussion* 683

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

IZQUIERDO GRAU, Guillem: ¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia? / *Is Bankinter's 'document of first disposition' of foreign currency loans an impassible wall to overcome the transparency control?* 729

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Coordinado por Juan José Jurado Jurado 763

Págs.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— El consentimiento y los usos sociales en relación con el derecho a la propia imagen en redes sociales / *Consent and social uses in relation to the right to one's own image on social networks*, por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA..... 867

1.2. Derecho de familia

— La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (I) / *Family housing in situations of family crisis and economic and social vulnerability (I)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 885

1.3. Derechos reales

— La crisis del derecho a la propiedad privada. El arte de «limitar» su ejercicio en su máxima expresión: «prohibir» / *The crisis of the private property right. The art of «limiting» its exercise to its fullest extent: «prohibiting»*, por Joan Andreu FERRER GUARDIOLA..... 1017

1.4. Sucesiones

— La sucesión hereditaria: la transmisión del *ius delationis / Hereditary succession: the transmission of the ius delationis*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT.. 1051

1.5. Obligaciones y contratos

— El TJUE y el IRPH: ¿Asunto finalmente resuelto? / *EUCJ and IRPH: Is the matter finally resolved?*, por Robert REINHART SCHULLER..... 1133

1.6. Responsabilidad civil

— Accidente en la estación de esquí: responsabilidad contractual o extracontractual / *Accident at the ski resort: contractual or extra-contractual liability*, por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA 1153

Págs.

1.7. Concursal civil

— El plan de pagos tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre / *The payment plan after Law 16/2022, of September 5*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1175

2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

— Voto y vicio del consentimiento del socio / *Voting and lack of shareholder`s consent*, por Francisco REDONDO TRIGO..... 1195

3. URBANISMO

— Los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo / *Urban development agreements in recent Supreme Court jurisprudence*, por Vicente LASO BAEZA..... 1209

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

MUÑIZ ESPADA, E. (2023). *La especialización de los órganos judiciales en Derecho agrario*. Madrid: Reus. 181 páginas, por Sara UGENA MUÑOZ 1225

ESTUDIOS

Función social de la propiedad y derecho a la vivienda

Social function of property and the right to housing

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles.
Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: El artículo tiene como principal objetivo poner de manifiesto la apelación a una concepción de la función social del derecho de propiedad, con especial referencia al derecho de propiedad sobre la vivienda, que permite convertir la titularidad dominical en prácticamente nominal, y, de ese modo, abrir la vía para que los poderes públicos trasladen las obligaciones que les impone la CE a los ciudadanos propietarios de vivienda por el hecho de serlo. Ello dificulta que la propiedad y el mercado puedan cumplir su función, excusa la ausencia de gasto social en vivienda y explica la grave crisis de asequibilidad de vivienda para sectores cada vez más amplios de población.

ABSTRACT: The main purpose of the article is to highlight the appeal to a conception of the social function of the right to property, with special reference to the right of ownership over housing, which makes it possible to convert proprietary ownership into practically nominal ownership, and, in this way, open the way for the public authorities to transfer the obligations imposed by the Spanish Constitution on citizens who own housing by virtue of being homeowners. This makes it difficult for property and the market to fulfill their function, excuses the absence of social spending on housing and explains the serious crisis of housing affordability for increasingly large sectors of the population.

PALABRAS CLAVE: Propiedad, función, contenido, función social, vaciamiento, vivienda, poderes públicos, mercado.

KEYWORDS: Property, function, content, social function, emptying, housing, public authorities, market.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II.SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA. 2.1. Derecho de propiedad y crecimiento económico. 2.2. La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado sobre el régimen de utilización de recursos escasos. 2.3. La necesidad del Estado para que haya propiedad privada. 2.4. Propiedad y mercado. 2.5. Referencia a la idea de contenido esencial o mínimo para que haya propiedad privada. 2.6. La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada.—III. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. 3.1. Introducción. 3.2. La concepción usual de la función social de la propiedad privada. 3.3. La diversidad de la función social en función de la naturaleza de los bienes. Función social de la propiedad y función social de los bienes. 3.4. La necesidad de que las restricciones a las facultades del propietario, para ser admisibles, superen el test de proporcionalidad. La posición del Tribunal Constitucional. 3.5. El contenido esencial como garantía institucional meramente nominal. *3.5.1. Planteamiento. 3.5.2. La concepción de la función social como parte del contenido del derecho de propiedad en lugar de como límite del mismo.* 3.6. Propiedad, libertad y Estado de Derecho.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.—V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no tiene por objeto un estudio sistemático sobre la función social del derecho de propiedad privada, sino, sobre todo, llamar la atención sobre el inquietante recurso a la denominada función social del derecho de propiedad, particularmente del derecho de propiedad sobre la vivienda, como instrumento para poder convertir el derecho de propiedad privada en una titularidad potencialmente vacía de contenido y hacer recaer sobre los propietarios de viviendas la obligación que el artículo 47 CE impone a los poderes públicos, no a los ciudadanos propietarios de vivienda por el hecho de serlo, de realizar ciertas actuaciones para que los ciudadanos que carecen de una vivienda en cualquier forma de tenencia, puedan acceder a una vivienda digna, sea en propiedad u otra forma de tenencia.

Son numerosas las normas que debilitan las facultades de los propietarios de vivienda sobre sus propias viviendas y que, además, les imponen obligaciones activas o *funcionales,* partiendo del supuesto de que tales medidas son instrumentos necesarios o, al menos, facilitadores de que quienes carecen de una vivienda puedan acceder a una vivienda digna. Por ello, haré una referencia especial a la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Pese a que el trabajo no tiene por objeto el estudio sistemático de la función social de la propiedad ni, más ampliamente, del derecho de propiedad, sin embargo, es necesario exponer algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad, así como sobre su función, antes de abordar el objeto principal de estudio.

Ello plantea la cuestión de si debe hablarse de la función social de la propiedad o, si, por el contrario, debemos hablar de propiedades y, consecuentemente, de la función social de cada una de ellas. Como sostiene DIEZ-PICAZO[1], "*el problema es si existe un quid común a todos los tipos de propiedad (dotados de diferentes estatutos o regímenes jurídicos) que permita llamarlos a todos propiedad, o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa en el supuesto por demostrar de que el problema sea solo de denominación, porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto*". Y continúa afirmando:" *Creo que una franja de caracterización común existe y que el artículo 33 de la Constitución nos obliga, ahora más que nunca, a sostener que existe".*

Ello significa que la función social corresponde a la propiedad privada en tanto que institución, no en tanto que derecho subjetivo (SANTORO-PASSARELLI[2]), lo que implica, por un lado, considerar los limites como algo que no forma parte del contenido del derecho de propiedad, sino que se halla fuera del mismo y, por otro lado, partir del planteamiento de que el contenido de la propiedad privada tiene un núcleo esencial, concebido como algo *a priori* de las posibles modificaciones o limitaciones (RODOTÀ[3]).

Partiendo de esta configuración, es preciso destacar que las legislaciones modernas, al regular el derecho de propiedad en sus manifestaciones concretas, prestan una atención relevante a la distinta naturaleza de los bienes sobre los que recae, incentivando su uso de acuerdo con el interés que se considera preferente[4].

Este es el punto de partida conceptual de este estudio: la existencia de la propiedad privada como institución, sin perjuicio de la existencia de diversos regímenes estatutarios, que no son sino modulaciones de un único instituto, posición que es la mantenida por la mayor parte de la doctrina[5]. De ahí, se deriva la existencia de una única función social o de una función social fundamental de la propiedad privada, sin perjuicio de las modulaciones que para su consecución puedan establecerse o de las funciones específicas dependiendo del tipo de bien sobre el que recaiga.

II. SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA[6]

2.1. Derecho de propiedad y crecimiento económico

La primera observación que cabe hacer al referirse al derecho de propiedad es que todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad constituyen el

núcleo esencial del sistema económico, lo cual explica por qué los diferentes grados de desarrollo y de bienestar que se observan a lo largo de la historia entre países con niveles similares de recursos se hallan Íntimamente relacionados con los diferentes modos de organización de la propiedad[7].

Como han observado NORTH D. C y THOMAS R.P, las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización social eficiente y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad, que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas.[8]

En este sentido, afirman que una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada respecto a la tasa social de beneficios.

Los beneficios o costes privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costes o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad. La discrepancia entre los beneficios y los costes sociales significa que un tercero, sin su consentimiento, recibe parte de los beneficios o incurre en parte de los costes. Esta diferencia ocurre siempre que el derecho de propiedad no está suficientemente definido o no se hace respetar. Si los costes privados exceden de los beneficios privados, los individuos no estarán dispuestos a emprender esa actividad, aun cuando sea socialmente provechosa[9], pero sí lo estarán en caso contrario.

En efecto, aun admitiendo que los miembros de una sociedad pueden ignorar tales estímulos positivos y que en todas las sociedades algunos se contentan con su situación actual, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esta premisa.

Por ello, para que se produzca el crecimiento bastará con que una parte de la sociedad sea ambiciosa y que la organización económica sea eficaz, es decir, que los derechos de propiedad estén adecuadamente estructurados, en el sentido de que incentiven adecuadamente la conducta de los individuos, o, expuesto de otro modo, en el sentido de que, por un lado, ofrezcan incentivos suficientes para que a los individuos les merezca la pena iniciar actividades y, por otro, dichas actividades sean socialmente rentables.[10]

2.2. La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado sobre el régimen de utilización de recursos escasos

Como afirman SJAASTAD E. y BEMBLEY E.D,[11] los derechos de propiedad, especialmente sobre inmuebles, no son otra cosa que convenciones sociales

respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier modo en la corriente de beneficios procedente del bien. Se trata, por lo tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente, de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho.

En este mismo sentido, observa DE SOTO [12], la propiedad no es tanto una cualidad primaria de los activos cuanto la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos. La propiedad no son los activos mismos sino el consenso entre personas sobre cómo estos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados Cuanto más amplio sea ese consenso y mayor y más eficaz la protección del Estado, en mayor medida se incentivará un uso responsable y eficiente de los recursos, y, por lo tanto, más valiosos serán los bienes, o, dicho de otro modo, en mayor medida podrán ser utilizados como activos económicos.

Ciertamente, como observa SUGDEN[13], el hecho de que los derechos de propiedad sean convenciones no favorece necesariamente que dichas convenciones generen reglas eficientes en el sentido de PARETO[14]. De hecho, observa, es raro que así sea, lo cual obedece a diferentes razones, entre otras, a la monopolización de la propiedad privada por quienes toman las decisiones o por ciertos cuerpos gubernamentales.

Por otro lado, es necesario recordar que, como observó HARDIN [15], los bienes comunes, es decir, los recursos escasos sin dueño, tienen un destino trágico, cual es su extinción como consecuencia de la sobreexplotación, de modo que, como ha observado LAMSDORF GALAGANE[16] la propiedad privada vendría a ser nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque un bien escaso sin dueño desaparece.[17]

2.3. La necesidad del Estado para que haya propiedad privada

Según NORTH y THOMAS [18], el Estado es ante todo un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos.

La moderna propiedad privada se concibe así como una función del Estado moderno[19], concebido, a su vez, como tercera parte independiente[20], dotada del monopolio del uso legítimo de la violencia para la defensa de los derechos que él mismo reconoce[21]. A él corresponde el reconocimiento del derecho como tal en

abstracto, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de los propietarios que hayan llegado a serlo de conformidad con las mismas. En otros términos, le corresponde no sólo el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada en abstracto, sino también la protección concreta de quienes hayan llegado a adquirirlo conforme a las reglas establecidas.[22]

La razón de que el Estado tenga el monopolio de la protección en última instancia —*the organization of enforcers* [23]— hay que buscarla en las economías de escala: cuanto mayor es el número de clientes de un protector, menor es el coste de la protección, por lo que el número óptimo de protectores es igual a uno[24]. Ello permite organizar la protección del derecho de propiedad en consideración a su *función*,[25] de un modo particularmente eficaz, tanto en lo referente al aprovechamiento material del bien, como a la facultad de disponer del mismo, facilitando su circulabilidad —*liquidez*— sin merma de la *seguridad* del propietario.

La función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al dotarla de un contenido institucional que fomenta las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente. Esa es, precisamente, la función de la propiedad privada y en esa función muestra ser más eficiente —en general— que otras formas alternativas de explotación de los recursos (*commons resources, open acess fields, etc*), si bien no todos los recursos son susceptibles de explotación mediante el sistema de propiedad privada, como argumentaré más adelante.

Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada —especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles— se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto de que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad[26].

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno[27]. Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

El ahorro permitido por las economías de escala contribuye a posibilitar que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad se haga

extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad de los ciudadanos y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH[28].

Es difícil, en efecto, que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico, sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado. De ahí la necesidad de establecer sistemas efectivos de controles y contrapesos al poder político. Ese es el sentido de Estado de Derecho [29].

Pero por muchos contrapesos y controles que se establezcan, no es nada fácil conseguir que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes, como lo acredita el hecho de la pervivencia de reglas y de derechos de propiedad ineficientes a lo largo de la historia. Que la estructura de los derechos de propiedad sea más o menos eficiente, se halla en función del grado de eficiencia del sistema político.

Según NORTH[30], las reglas y los derechos de propiedad ineficientes se mantienen porque los gobernantes no deben antagonizar con electores poderosos mediante reglas eficientes y opuestas a sus intereses o porque los costes de establecer, medir y cobrar impuestos pueden desembocar fácilmente en una situación en la que derechos de propiedad ineficientes produzcan derechos más cuantiosos que los derechos de propiedad eficientes.

Llegados a este punto, ya podemos afirmar que los *derechos de propiedad,* en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno.[31] El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos, así como con la protección de la misma mediante una regla de propiedad. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como "*derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos"*[32]. Este es el sentido general que daré a esta expresión a lo largo de este trabajo.

2.4. Propiedad y mercado

Analizada la cuestión de por qué el Estado es necesario para el derecho de propiedad, procede ahora referirse brevemente a la cuestión de *por qué es ne-*

cesario tal derecho. Ya he expuesto que porque en esa misma medida se genera capital. Para comprenderlo, es necesario abordar esta cuestión tanto desde una perspectiva estática como desde una perspectiva dinámica. [33]

Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión —y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo—, bien definida y bien protegida por el Estado es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo.

La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos.

Para entender el papel que juega la propiedad privada en la promoción de la eficiencia, es necesario tener muy presente que la misma es condición necesaria, pero no suficiente para que haya competencia. Para ello, tiene que haber, además, libertad contractual, libertad de transferencia y un tercero imparcial que imponga coactivamente el cumplimiento de las normas.[34]

Por lo que se refiere a la libertad contractual, como observa LEPAGE, una de las características más valiosas del sistema de propiedad privada es, precisamente, la de permitir una gran flexibilidad en las formas en que se pueden organizar y reorganizar libremente, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos atribuidos al propietario.[35]

Por lo que se refiere a la libertad de transferencia, en la medida en la que dicha propiedad sea t*ransferible voluntariamente* con *facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad —hasta el momento— para la creación de riqueza. Ello permite un uso más especializado de los recursos y, por tanto, más productivo, lo que genera crecimiento y bienestar.

Desde una *perspectiva estática*, resulta clara la superioridad de la propiedad privada sobre el régimen de bienes comunes, ya que, en tales casos, es inevitable la sobrexplotación y, en consecuencia, la extinción del recurso.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos.

Propiedad y mercado son, pues, dos conceptos inescindibles, si se desea que la propiedad cumpla la función que le es propia. Como afirma OLSON, si una sociedad tiene derechos individuales claros y seguros, hay poderosos incentivos para producir, invertir y embarcarse en un comercio mutuamente ventajoso y, como consecuencia, se produce, al menos, un cierto grado de avance económico.

Las ganancias potenciales derivadas de los intercambios son puestas de manifiesto por diversos estudios comparativos, los cuales muestran cómo las

economías con mayor libertad económica, derechos de propiedad privada más seguros y más fácilmente transferibles, protegidos por el imperio de la ley, obtienen mejores resultados que aquellas otras economías que adolecen de tales características.[36]

Si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos[37], o si en las economías reales la información fuese completa[38] y, por lo tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

2.5. Referencia a la idea de contenido esencial o mínimo para que haya propiedad privada

Propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos [39]de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico[40]. La propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocido a los individuos por el ordenamiento jurídico[41]. Dicho poder incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento —facultades—.[42] Para que dicho poder puede ser considerado propiedad privada ha de tener un contenido mínimo esencial.[43]

A este respecto, es preciso ser conscientes de que —como afirma LIBECAP[44] y, en general, la economía neoinstitucional—, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico.

Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico y, por lo tanto, del nivel de prosperidad y de bienestar de los ciudadanos.

Cuando todas las facultades recaen en el mismo individuo se habla de propiedad privada plena. Esta incluye: 1) El derecho del titular a usar él solo el activo, excluyendo a los demás del uso del mismo —*ius utendi*—[45]*;* 2) El derecho del titular a derivar hacia él mismo el valor del activo, excluyendo a los demás-*ius*

fruendi—; 3) El derecho del titular a modificar él solo su forma y sustancia, y a transferir enteramente el derecho o algunas o cada una de sus facultades —*ius disponendi*—.[46]

Es nota común a estas tres facultades que integran el dominio la *exclusion* de todos los demás. En eso consiste precisamente la absolutividad del dominio, lo que no hay que confundir con dominio ilimitado, idea que no ha sido defendida por ninguno de los más relevantes autores que han tratado el tema de la propiedad, por la sencilla razón de que no hay ningún derecho ilimitado.

Con esta precisión, solo el propietario de un activo goza, en relación al mismo, de las facultades que integran el poder directo e inmediato sobre la cosa en que la propiedad consiste, salvo que el propietario, en uso de una de esas facultades —*ius disponendi*— autorice a un tercero a ejercer alguna o algunas de esas facultades, dando lugar a que ciertos aprovechamientos parciales del bien deriven hacia personas distintas a él *(iura in re aliena).*

Ello es posible porque las diferentes facultades que integran el dominio — *ius utendi, ius fruendi et ius disponendi*— son, a su vez, divisibles cada una de ellas —caben diferentes formas y grados de uso, de disfrute y de disposición— y, al propio tiempo, ampliamente combinables —y recombinables— entre sí, lo que suministra una panoplia, amplia y flexible a la vez, de modalidades de aprovechamiento, las cuales posibilitan una explotación eficiente de los recursos.

En todos estos casos, la exclusión es una nota común. En el caso de la propiedad privada plena, la exclusión abarca cualquier forma de aprovechamiento del activo, dentro de las permitidas por el ordenamiento jurídico, distintas en función de los diferentes tipos y características de los recursos. En el caso de un derecho real limitado tan solo abarca la forma concreta de aprovechamiento conferida por la facultad adquirida.

2.6. La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada

La forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es, en general, la propiedad privada, cuando es posible, es decir, cuando los costes de establecimiento y mantenimiento de la misma son inferiores a las ganancias derivadas. Ello significa que cuantos menores sean tales costes, mayor es el número de recursos susceptibles de ser explotados bajo este régimen y mayor el número potencial de propietarios. Ello, además, explica el papel esencial del Estado en relación con la propiedad privada.[47]

La razón por la cual la propiedad privada permite un mayor grado de bienestar que la propiedad comunal o el régimen de acceso libre radica en que posibilita una explotación más eficiente de los recursos —escasos por definición—, lo que significa la explotación de un mayor número de recursos por un mayor número de personas durante un periodo más prolongado de tiempo.

Ello se debe a que la exclusividad del derecho de aprovechamiento material del recurso que la propiedad privada confiere a su titular genera incentivos para que éste realice inversiones a largo plazo que redundan en una mejora de los recursos, y, a su vez, la libertad de transferencia, articulada mediante el *ius disponendi* del titular, junto con el reconocimiento general de la libertad contractual, permiten la acomodación constante de los derechos de propiedad y el intercambio voluntario de los mismos, esto es, el comercio, del cual deriva una reasignación permanente de los recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, lo cual facilita la especialización, el incremente de productividad, de competitividad y, en última instancia, de bienestar.

Ahora bien, ¿por qué la propiedad privada puede cumplir esta función mejor que otras formas alternativas de explotación como la propiedad comunal o los regímenes de acceso libre?

La respuesta la dio DEMSETZ[48] en un artículo que ha devenido un clásico del análisis económico de los derechos de propiedad: porque permite la internalización de las externalidades producidas por la acción humana dirigida a la explotación de los recursos, de donde deriva que los individuos se benefician de las consecuencias positivas y sufren las negativas derivadas de sus acciones de explotación de los recursos, a diferencia de lo que sucede en los demás regímenes, lo cual les obliga a comportarse eficientemente, pues, de lo contrario, sufrirían las consecuencias negativas.

Posteriormente, DEMSETZ extrajo algunas de las consecuencias que se derivan de tal análisis[49]. Concretamente, que una estructura óptima de los derechos de propiedad no solamente disminuye costes transaccionales, sino que socava los problemas derivados de la existencia de externalidades.

Los derechos de propiedad privada solamente aparecen —solamente pueden aparecer— cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir, a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que lo dificultan en una sociedad impersonal. En la medida

en que las tecnologías físicas, jurídicas e institucionales disponibles permitan rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, principalmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

El hecho de que el régimen de propiedad privada, cuando es posible, sea el sistema más eficiente de explotación de los bienes no quiere decir que la regulación de tal régimen sea en todo momento la más eficiente.

La razón de ello hay que buscarla en las urgencias fiscales de los gobernantes en el Antiguo Régimen, las cuales daban lugar a pactos con grupos especiales de interés, con un especial poder negociador, pactos que, a su vez, eran la fuente de una regulación ineficiente de los derechos de propiedad[50], lo que, a su vez, sofocaba la expansión económica.

En los estados modernos, la razón habría que buscarla, paralelamente, en la existencia de grupos con especial poder o influencia —las denominadas *élites extractivas*— o especial poder electoral —lo que ARRUÑADA[51] denomina, en expresión afortunada, *masas extractivas*, aquellas que usan su poder electoral, en beneficio propio a costa, en último término, del interés de la mayoría—.

En el ámbito urbano, el aumento de la densidad demográfica junto con el desarrollo de nuevas tecnologías edificatorias en materia de vivienda ha generalizado la propiedad en régimen de condominio o propiedad horizontal, una mezcla de propiedad comunal y de propiedad privada, en el que los problemas de gobernanza interna, característicos de la propiedad comunal[52], aparecen solventados o minimizados mediante la imposición de normas estatales imperativas y, parcialmente, dispositivas. Normas similares rigen el desarrollo de las urbanizaciones privadas.[53]

El desarrollo de estos regímenes obedece a la siguiente lógica: mantenimiento del régimen de propiedad privada hasta donde es posible —pisos, locales, plazas de aparcamiento—, e imposición de la propiedad comunal en aquellos ámbitos en los que las propias características de la tecnología edificatoria lo impone: escaleras, ascensores, pasillos de acceso, etc.

III. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

3.1. Introducción

El artículo 33.1 CE, subraya LÓPEZ CÁNOVAS[54], se limita a reconocer la propiedad privada, que no define, sino que presupone, como un concepto apriorístico, ya preexistente en la realidad y en el ordenamiento jurídico, y que define el Código civil —artículo 348—. Subraya asimismo que la doctrina ha observado que el artículo 33.1 CE se refiere al "derecho *a* la propiedad privada", lo que supone que todo individuo tiene amparada constitucionalmente la facultad o posibilidad de acceder al dominio de cosas o bienes para tener la condición de propietario, sin que la ley pueda establecer un principio contrario. El reconocimiento de este derecho implica también el de propiedad privada sobre cosas o bienes, una vez adquiridos. Se trata, por lo tanto, de un derecho de garantía institucional[55]

Afirmado lo anterior, destaca acertadamente VERDERA SERVER[56], que el apartado segundo del artículo 33 CE resulta doblemente singular por dos razones:

a) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la "función social" que puede incidir en la configuración de un derecho, sea del tipo que sea.
b) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la posibilidad de "delimitar" un derecho, sea del tipo que sea.

A ello hay que añadir que:

a. Prácticamente no hay Ley que, cada vez que usa la expresión "derecho de propiedad" no añada inmediatamente la expresión "función social", como si la primera fuera algo vergonzante solo admisible porque desempeña una "función social", función, por otra parte, inherente a todo lo jurídico y, por lo tanto, al Derecho en general, el cual no tendría sentido si solo hubiese un habitante sobre la tierra.

En efecto, si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos, o si en las economías reales la información fuese completa y, por tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

Sin pluralidad de personas gobernadas por la ley de la supervivencia en un contexto de recursos escasos, ni el Derecho ni la Economía tendrían sentido alguno. Sin embargo, la "función social" parece que solo es predicable del derecho de propiedad privada.

Por estas razones, no hay ningún derecho absoluto, en el sentido de ilimitado, ni siquiera el derecho a la vida, pues cede, bajo ciertas condiciones, ante el derecho a la legítima defensa. Tampoco el derecho de propiedad lo es ni han

reivindicado que sea un derecho absoluto, en el sentido de ilimitado, ni siquiera las corrientes de pensamiento más firmemente defensoras del mismo, conscientes de que solo su función justifica su existencia y contenido, como sucede con cualquier otro derecho subjetivo.

Como observa acertadamente LASARTE[57], la concepción de la propiedad como derecho de carácter absoluto, —expresión que debe entenderse en el sentido de ilimitado— no se encuentra en ningún ordenamiento jurídico que haya superado fases arcaicas o primitivas, por la sencilla razón de que sería incompatible con la coexistencia social, pues el desenvolvimiento simultáneo de las facultades de diversos propietarios exige restringir el campo de actuación propio de cada uno de ellos. En palabras de IHERING[58], "*la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad"*.

b. Como afirma MOLTÓ DARNER[59], pese a que el concepto de función social de la propiedad es utilizado constantemente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, además de por innumerables resoluciones administrativas, dicho concepto no está definido en lugar alguno.

Ello plantea la cuestión de qué debe entenderse por "función social" de la propiedad. En el ámbito de la doctrina jurídica, se trata de una cuestión compleja que requiere un estudio específico, por lo que aquí me limitaré a exponer unas reflexiones ligadas al derecho a una vivienda digna y adecuada, en expresión del artículo 47 CE.

3.2. La concepción usual de la función social de la propiedad privada

Como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS[60], si antes los límites se consideraban excepciones singulares, hoy puede decirse que el derecho de propiedad es un derecho cuyo ámbito de poder es, como en los demás derechos reales, un derecho que, en muchos aspectos, está ordinariamente acotado, lo que no quiere decir que la propiedad sea, por ello, una función social —o una potestad para servir solo los intereses de la sociedad—, sino, ante todo, un derecho subjetivo —un ámbito de poder discrecional de su titular—. Otra cosa es que este derecho pueda depender, con arreglo a las leyes, en su contenido, de la función social —ej.: construcción sobre un solar—.

Si se admitiera que la propiedad privada es solo una función social, señala acertadamente LÓPEZ CÁNOVAS, el propietario dejaría de ser tal para convertirse en una especie de funcionario o concesionario y, como tal —debe añadirse— sometido a relaciones especiales de sujeción respecto del poder público; por lo que, al ser incompatible con la naturaleza de derecho subjetivo que tiene la propiedad privada, tal concepción no suele ni puede prosperar. La función social

no puede ni debe llegar, no ya al extremo de anular la utilidad o interés individual del propietario, sino ni siquiera a desfigurar, en su regulación estatutaria, a la propiedad privada como institución[61].

Como sostiene VERDERA SERVER[62], en un primer momento, el planteamiento legislativo en lo relativo a la función social de la propiedad privada parece encaminarse a la previsión de limitaciones o de restricciones a las facultades del propietario, pero, en un segundo momento, la función social se amplía a la imposición al propietario de deberes, cargas u obligaciones positivas, habiendo sido aceptadas ambas vertientes por la jurisprudencia constitucional.

Parafraseando a MOLTÓ DARNER[63] y a VERDERA SERVER, puede afirmarse que la función social de la propiedad es considerada por la generalidad de la doctrina como el conjunto de limitaciones y de deberes, cargas u obligaciones positivas establecidas por los poderes públicos, singularmente por ley, para conseguir finalidades de interés general que, por supuesto, se consideran prevalentes ante el puro interés particular.[64]

Quizás con mayor precisión, DOMENECH[65] considera que la función social de la propiedad no está integrada tanto por las referidas limitaciones y los deberes cuanto por las razones de interés público que legitiman su imposición. Así, afirma: "*con la expresión "función social" se designan las razones de interés público que exigen limitar el derecho a la propiedad privada, es decir, que fundamentan la restricción de las facultades que los titulares de este derecho ostentan para usar con carácter exclusivo y disponer libremente de ciertos recursos. De acuerdo con esta idea, el ejercicio libre de las referidas facultades de uso y disposición no cumpliría una función social, no tendría valor o utilidad para el conjunto de la comunidad, sino una utilidad meramente individual; no serviría a los intereses de la colectividad, sino sólo al interés puramente privado del propietario. Lo que cumple una función social, lo que es de interés público, es restringir el derecho de propiedad, imponer a su titular ciertos deberes y obligaciones".*

Esta concepción de la función social de la propiedad es la comúnmente aceptada por doctrina y jurisprudencia. Esta concepción parte de dos supuestos conceptuales no explicitados:

1. De que la única función de la propiedad privada, en tanto que derecho subjetivo, consiste en satisfacer el interés privado de su titular, función que, antes o después, entra en conflicto necesariamente con el interés social o público, concebido como una entidad propia distinta de la suma e interacción de los intereses de cada uno de los ciudadanos que integran la sociedad e, incluso, concebido exclusivamente como el interés de la Administración Pública, en cuanto ente encargado de defender el interés social,y, por esas razón, titular de potestades cuya

existencia y atribución se justifican, clásicamente, por ser un medio necesario para cumplir esa función.

2. De que para evitar que se produzca ese conflicto, o para limitarlo, la solución consiste en debilitar el contenido del derecho de propiedad, incluso hasta convertirlo en residual, lo cual permite proteger el interés social, tal y como lo entienda en cada momento el poder público y, además, sin necesidad de demostrar que es el derecho de propiedad, en tanto que derecho subjetivo, el que perjudica dicho interés social, ni tampoco que no hay fórmulas alternativas que permitan protegerlo sin necesidad de debilitar el derecho de propiedad, o que la solución debería ser exactamente la contraria, esto es, el fortalecimiento de los derechos de propiedad.

Estos dos puntos de partida conceptuales revelan, a su vez, que se parte de la convicción de que, idealmente, la solución sería que no se reconociese el derecho de propiedad privada como derecho subjetivo, pese a que la realidad histórica demuestra que la supresión del mismo ha sido la principal causa de pobreza, desigualdad y pérdida de libertad personal y política en las sociedades que lo han suprimido, el cual, para cumplir su función, necesita insertarse en un Estado democrático de derecho.

Dado que el derecho no se puede suprimir, pues la CE lo reconoce como un derecho fundamental, si bien devaluado[66], la función social de la propiedad viene operando como recurso para convertir el derecho de propiedad en meramente residual, constreñido a las facultades y con los deberes que en cada momento decida el poder público, mediante ley, para cada tipo de bienes, sin que la obligación constitucional de respetar un contenido mínimo esencial opere, *de facto*, como límite, de modo que la propiedad puede acabar convertida en una titularidad puramente nominal, prácticamente vacía de contenido o, incluso, en determinadas circunstancias, con contenido negativo desde la perspectiva del valor o de la rentabilidad del bien para su titular[67].

Una construcción jurídica como la referida solo se explica si se prescinde de o se ignora la función del derecho de propiedad privada, esto es, la función que justifica su existencia[68], a la que me he referido en páginas anteriores.

3.3. La diversidad de la función social en función de la naturaleza de los bienes. Función social de la propiedad y función social de los bienes

El TC, en la STC 37/1987 (FJ 2), viene a definir la función social de la propiedad como "*un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir*".

No habría, por lo tanto, propiedad, sino propiedades, ni tampoco función social, sino funciones sociales y no tanto del derecho de propiedad sobre los bienes, como de los mismos bienes, entendidas como las diferentes utilidades susceptibles de proporcionar cada uno de ellos, las cuales condicionarían el régimen jurídico de la propiedad sobre los mismos, convirtiéndolo en estatutario.

En otros términos, el TC no predica la función social del derecho de propiedad, sino de los bienes objeto de propiedad, mientras que el artículo 33.2 CE habla de la función social de la propiedad, no de los bienes objeto de la misma[69]. Siguiendo esta estela del TC numeroso autores y disposiciones legales no hablan de la función social del derecho de propiedad, sino de la función social de los bienes sobre los que recae.[70]

Ello se debe a que el TC no considera que el derecho de propiedad privada sea de interés público, sino solo las limitaciones de su contenido. Con ello, el TC obvia que es precisamente el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada lo que constituye el mayor interés público, tanto (1) desde la perspectiva de la protección de la libertad individual y, por lo tanto, de la dignidad de la persona, como (2) desde el punto de vista de la creación de riqueza, (3) de la explotación de los bienes por el mayor número posible y (4) del modo más sostenible que el posibilitado por cualquiera de los sistemas alternativos conocidos, en todos aquellos supuestos en los que es posible la explotación mediante el sistema de propiedad privada, como he argumentado en páginas anteriores.

A los efectos de determinar el grado de intervención pública sobre el contenido del derecho de propiedad, esto es, el grado de restricción de las facultades que integran el dominio, la categorización más relevante de los bienes es la que distingue entre bienes de consumo y bienes de producción[71]

Desde esta perspectiva, los *bienes de consumo* son aquellos que satisfacen de un modo inmediato una necesidad del individuo —alimentación, vivienda, etc—. Como observa LÓPEZ CÁNOVAS[72] la función social de tales bienes —y, por lo tanto, el interés general que la define—, se agota en su goce y disfrute por el propietario. La función social, en relación a este tipo de bienes, no se consigue, por lo tanto, limitando las facultades que integran el derecho de propiedad privada sobre los mismos, sino adoptando medidas que faciliten el acceso a la titularidad de dicho derecho.

Respecto de los *bienes de naturaleza productiva*, la función social de la propiedad tendría un alcance diferente. Al tratarse de bienes susceptibles de producir un rendimiento económico, no solo el propietario está interesado en extraerlo, sino que también está interesada la sociedad y no solo está interesada en que el propietario lo obtenga, sino también en participar en el mismo.

Esta concurrencia de intereses en juego, en parte coincidentes y en parte divergentes, da lugar a la creencia de que la forma de garantizar el interés de la

sociedad en que el recurso sea eficientemente explotado y, además, participar en los beneficios derivados, se consigue limitando las facultades normales u ordinarias del propietario.

Las diferentes utilidades potencialmente derivadas de los diferentes bienes productivos son las diferentes funciones sociales, no tanto del derecho de propiedad sobre los mismos como de los mismos bienes, diferentes utilidades que condicionan el régimen jurídico de la propiedad sobre los mismos, convirtiendo dicho régimen en estatutario. El instrumento a cuyo través se implementan dichas funciones sociales es el conjunto de normas que limitan las facultades del propietario y/o le imponen deberes funcionales

Actualmente, en clave constitucional, como sostiene LÓPEZ CÁNOVAS[73], el reconocimiento que la CE hace en su artículo 33.1 del "derecho a la propiedad privada" engloba genéricamente a los bienes de una y de otra naturaleza, es decir, en general, a todos los bienes susceptibles de apropiación, mientras que la función social a tener en cuenta en la delimitación legal de este derecho —artículo 33.2 CE—, bajo el principio de reserva legal y con la garantía que respecto al legislador constituye el deber de respetar el contenido esencial del derecho, se refiere, especialmente, aunque no exclusivamente, a la concepción estatutaria de los bienes de naturaleza productiva y, en especial, de los que constituyen objeto de la propiedad privada inmobiliaria.

Ciertamente, los bienes pueden ser objeto de clasificación en función de diferentes criterios, siendo especialmente relevante la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo. Ahora bien, tal distinción no significa necesariamente —ni siquiera normalmente— que unos bienes sean solo y en todo caso de producción y otros solo y en todo caso de consumo. De hecho, la mayor parte de los bienes deben ser producidos para poder ser consumidos, esto es, para cubrir las necesidades para cuya satisfacción los adquiere el consumidor final. Tal es el caso de la vivienda, entre otros muchos.

Por lo tanto, el bien que se destina a satisfacer las necesidades habitacionales de su titular tiene la naturaleza de bien de consumo. Si dicho bien es producido por una persona física o jurídica para que lo adquieran otros, mientras le pertenezca en pleno dominio o lo explote mediante la transmisión de cualquier facultad integrante del mismo, tiene la naturaleza de un bien de producción. Si el adquirente no lo usa para satisfacer sus propias necesidades habitacionales, sino para ponerlo en el mercado —venta, arrendamiento o cualquier otra modalidad—, respecto de él, tal bien sigue siendo un bien de producción. Diversamente, si el adquirente, adquiere la propiedad o cualquier otro *ius in rem* sobre el bien para satisfacer sus necesidades habitacionales, respecto de él, tal bien tiene la naturaleza de bien de consumo.[74]

Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede afirmarse que, en general, las normas de Derecho Público que articulan la función social de la propiedad de la vivienda, restringiendo las facultades de los propietarios e imponiéndoles deberes funcionales, son normas que forman parte de la regulación de una actividad empresarial, cual es la destinada a la producción y/o comercialización de bienes que tienen la consideración jurídica de vivienda, siendo normas que, en última instancia, afectan a la libertad de empresa, derecho de los ciudadanos reconocido por el artículo 38CE.

En este aspecto, resulta especialmente relevante la observación formulada por RODRIGUEZ DE SANTIAGO[75] que, conectando el artículo 33 CE con los artículos 35.1 y 38 CE, considera que *"cuando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquel, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que —en virtud de la función social de la propiedad— pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa"*.

Por ello, no es de extrañar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también sea laxa en cuanto a la exigencia de proporcionalidad para las restricciones introducidas por las leyes al ejercicio de la libertad de empresa, si bien no lo es para las introducidas en relación al acceso a la actividad empresarial[76], al igual que sucede con el derecho de propiedad.

3.4. La necesidad de que las restricciones a las facultades del propietario, para ser admisibles, superen el test de proporcionalidad. La posición del Tribunal Constitucional

Conforme a lo expuesto al tratar de la función de la propiedad privada, la regla general es que lo más conveniente para el interés público, entendido como interés general, no es el debilitamiento ni de las facultades de aprovechamiento ni de las de disposición de los derechos de propiedad, sino, más bien, lo contrario: suprimir los obstáculos que permitan la explotación en régimen de propiedad privada del mayor número de bienes, así como fortalecer tanto las facultades de aprovechamiento como de disposición de los mismos, dada su función nuclear en cualquier sociedad democrática sustentada en un Estado de Derecho. Y ello, al menos en principio, con independencia de que se trate se un bien de producción o de un bien de consumo.

Sin embargo, como afirma DOMENECH[77]: "*la jurisprudencia y la doctrina dominantes, cuando enjuician si las restricciones de la propiedad examinadas*

logran un "justo equilibrio" entre todos los intereses en juego, efectúan una ponderación incompleta y sesgada de éstos. En el lado de la balanza de las razones para proteger el poder del propietario de usar y disponer libremente de sus bienes, colocan únicamente la utilidad puramente individual de éste, sus intereses estrictamente privados. En el lado de la balanza de las razones esgrimidas para dar soporte a las limitaciones legislativas del referido poder, colocan los "intereses de la colectividad", la *"finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir". Así las cosas, se comprende que estas segundas razones terminen pesando siempre más que las primeras. Este planteamiento ignora que, en el primer plato de la balanza, debe ponerse también la genuina función social del derecho a la propiedad privada, las razones de interés general que demandan la protección de la libertad del propietario para usar y disponer de sus bienes".*

A continuación, formula una acertada observación directamente relacionada con el objeto de este estudio: "*A la hora de ponderar los intereses afectados, hay que tener en cuenta que el aseguramiento de esa libertad de uso y disposición puede satisfacer y, de hecho, satisface normalmente también los intereses de la colectividad. Y, por lo tanto, que la limitación de esa libertad puede provocar graves perjuicios para el conjunto de la sociedad. Sirvan a modo de ejemplo las deletéreas consecuencias provocadas por ciertas regulaciones legislativas que han limitado el precio de los alquileres de viviendas, consecuencias que innumerables análisis teóricos han predicho y varios estudios empíricos han corroborado: reducción de la oferta de viviendas en alquiler, reducción de la calidad de las viviendas ofertadas, disminución de la movilidad social, aparición de mercados negros, discriminación de personas vulnerables, etc."*[78]

Excepcionalmente, cabe que el interés general exija una atenuación o debilitamiento del derecho de propiedad en determinadas situaciones o en relación a determinado tipo de bienes —he puesto el ejemplo de la propiedad horizontal—. Ahora bien, al tratarse de excepciones a la regla general, las mismas deberían justificarse plenamente para que no haya duda alguna de su necesidad y de que respetan la propiedad privada como institución y, por lo tanto, no vulneran al derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE.

Para ello, en la técnica constitucional española, deberían superar el *test de proporcionalidad* exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar la adecuación a la CE de las leyes que restrinjan los derechos fundamentales, test cuyo contenido expone claramente la STC 112/2021 (FJ 6).

Dicho test está integrado por:

"*Tres pasos sucesivos dirigidos a comprobar*:

Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más

moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Sin embargo, para precisar si una concreta delimitación del derecho de propiedad en relación a determinados bienes no vulnera la regulación constitucional, el Tribunal Constitucional no exige que se supere el test de proporcionalidad, sino tan solo que respete un "*canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objeto perseguido, y al respeto del contenido esencial*", basándose en que "*decisiones de índole social y económica*"…"*Cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos*[79]", es necesario reconocer "*al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones*" (STC 112/2021, FJ 6).

El TC no argumenta por qué en estos casos hay que dispensar al legislador de la necesidad de superar el test de proporcionalidad. A ello hay que añadir que la CE no establece distinciones entre derechos fundamentales a la hora de respetar su contenido esencial, ni tampoco el artículo 33CE en relación a la propiedad privada[80].

Como afirma DOMENECH[81], el trato especial y devaluador que se ha dispensado al derecho fundamental a la propiedad privada carece de justificación y soporte constitucional. Particularmente cuestionable resulta el hecho de que el Tribunal Constitucional utilice para enjuiciar las restricciones de este derecho (y las de las libertades empresarial y profesional) un canon de licitud constitucional distinto del utilizado para las limitaciones de los restantes derechos fundamentales y en virtud del cual no se enjuicia la necesidad ni la proporcionalidad en sentido estricto de aquéllas.

Por el contrario, continúa el citado autor: *"Todos deberíamos hacer aquí, mutatis mutandis, algo similar a lo que el Tribunal Constitucional hace cuando enjuicia la proporcionalidad de las restricciones de las libertades de expresión e información: tomar en consideración que de su protección se derivan normalmente beneficios no sólo para sus titulares, sino también para el resto de la sociedad (STC 172/1990, FJ 2)."*

Adicionalmente, VERDERA SERVER [82], observa que, con ello, el Tribunal Constitucional prescinde de los criterios que suministra el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el respeto al contenido esencial de esos derechos y libertades solo permite la introducción de limitaciones que, a su vez, respeten el principio de proporcionalidad, y, además, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reco-

nocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Aunque el Tribunal Constitucional ha manifestado que esas limitaciones no pueden suponer "*la desaparición o negación del contenido esencial del derecho de propiedad, ni esa delimitación puede llevarse a cabo careciendo de fundamento o justificación constitucional*" (STC 89/1994, de 17 de marzo), sin embargo, como afirma VERDERA SERVER,[83] esa manifestación no se ha plasmado en un control efectivo sobre la concurrencia o no de ese fundamento constitucional para la delimitación de la propiedad.

Como consecuencia, tal y como afirma este autor[84], a pesar de su reconocimiento constitucional, el derecho a la propiedad privada ha experimentado un evidente vaciamiento, a través de su función social.

3.5. El contenido esencial como garantía institucional meramente nominal

3.5.1. Planteamiento

El límite que puede suponer el contenido esencial presenta tal grado de imprecisión que, en la abstracta valoración de su constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, cualquier delimitación que no sea la absoluta privación del derecho se considera admisible, hasta el punto de que la propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario. Como afirmó el magistrado RODRIGUEZ BEREIJO en su voto particular a la STC 89/1994 de 17 de marzo, al que se adhirieron los magistrados CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ, afirmación generalizable, según REY[85], a toda la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 33 CE, según resultaba de la sentencia de la que discrepaba, el contenido dominical *"será 1o que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico*"; y, por ello, *"huérfano de todo referente ex constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de 'contenido esencial' (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza*".

3.5.2. La concepción de la función social como parte del contenido del derecho de propiedad en lugar de como límite del mismo

Toda esta arquitectura jurídica del Tribunal Constitucional dando forma a la función social de la propiedad privada es, en cierto modo, como afirma REY[86], una consecuencia del importante asunto de la expropiación, mediante Real De-

creto-ley 2/1983, de 23 de febrero, del grupo de empresas RUMASA, que ha originado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional (111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero), sosteniendo la adecuación a la Constitución de tan rigurosa decisión, lo que ha hipotecado, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior[87].

Para justificar dicha adecuación, el Tribunal Constitucional defendió la idea de que los deberes, prohibiciones y obligaciones impuestas al propietario en virtud de la función social del derecho de propiedad no constituyen limitaciones de éste, sino que forman parte del contenido mismo del derecho[88]. En palabras de la STC 37/1987 (FJ 2):

"*La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*".

A la vista de estas consideraciones del Tribunal Constitucional, DIEZ-PICAZO[89] afirma que *"según esta idea, no existe un contenido esencial de la propiedad, sino un contenido esencial de las propiedades, para cuya configuración legislativa no parecen ponerse más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico que se produzca*". Lo que significa que el contenido esencial al que se refiere el artículo 33 CE no operaría como límite.

LÓPEZ CÁNOVAS[90], contrariamente a la posición mantenida por el TC, sostiene que la función social no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Afirma acertadamente esta autora que si se integraran en el contenido esencial del derecho de propiedad privada o formaran parte del mismo, en interés general o colectivo, junto a las facultades que protegen el interés individual, las limitaciones, los deberes y las cargas, en suma, las obligaciones legales, no sólo quedaría desnaturalizada la propia institución civil, sino también la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, que devendría así en otro tipo de situación jurídica, no activa de poder, sino mixta o compleja.

En definitiva, incluir en el contenido del "derecho", no solo facultades, sino también deberes u obligaciones, pese a reconocer la CE —artículo 33— a la propiedad privada como un tipo de derecho —englobado en su artículo 53.1— sería tanto como desconocer tal derecho en su dimensión institucional y de referente paradigmático y como tal vinculante para los diversos regímenes jurídicos o, si se quiere, regulaciones estatutarias.

En opinión de DOMENECH[91] resulta disparatado afirmar que los deberes y obligaciones que, por razones de interés social, se imponen al propietario forman parte del contenido mismo del derecho de propiedad establecido en el artículo 33CE. Se basa en las siguientes razones:

1. Es un contrasentido afirmar que un deber o una obligación forma parte del contenido de un derecho. Que el legislador imponga una obligación al titular de un derecho no significa que aquélla forme parte de éste.
2. Esa afirmación conduce a resultados manifiestamente contrarios a la reserva de ley establecida en los artículos 33 y 53.1 CE. El artículo 33.1 CE es una norma constitucional, que establece un derecho que vincula directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que ha de ser respetado por todos ellos incluso cuando la ley guarde silencio al respecto o incluso en contra de lo dispuesto por el legislador. El derecho a la propiedad privada no nace de la ley, sino inmediatamente de la Constitución.
3. En cambio, los deberes y obligaciones que pesan sobre los propietarios por razones de interés social no nacen directamente del artículo 33 CE, sino de las leyes que los han previsto. Si formaran parte del contenido mismo del derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 CE, esos deberes y obligaciones vincularían inmediatamente a todos los poderes públicos sin necesidad de intermediación legislativa, lo que sería incompatible con la reserva de ley que, para delimitar el contenido del derecho de propiedad y regular su ejercicio, han dispuesto expresamente los artículos 33 y 53.1 CE.

La tesis contraria, mantenida por el TC, se fundamenta, en general y en materia de vivienda en particular, en la idea de que la vía para facilitar el acceso a una vivienda en cualquier modalidad de tenencia —a lo que se refiere el artículo 47 CE— consiste en debilitar el derecho de propiedad —al que se refiere el artículo 33 CE— o de cualquier derecho real limitado sobre la vivienda, a sus titulares. En otros términos, se fundamenta en la idea de que la vía para facilitar el acceso a la vivienda como bien de consumo, consiste en debilitar el derecho de propiedad sobre la vivienda como bien de producción.

Se ha llegado a un punto en el que, como sostiene NOGUERA FERNANDEZ[92]: "*La función social de la propiedad es un recurso jurídico-discursivo mediante el cual el Estado (a través de leyes o políticas públicas) o los sujetos*

sociales (a través de ocupaciones, etc.) legitiman socialmente políticas y/o acciones de reasignación, reapropiación y/o redistribución de recursos, bienes y riqueza en los que hay unos beneficiados (los que no tienen) y unos perjudicados (los que tienen)".

Nada de ello debe sorprendernos. Como ya constató GARCIA DE ENTERRIA[93] *"España es quizá el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad"*. Ello tiene como consecuencia que, como afirma ARRUÑADA[94], con referencia a España: *"El derecho de propiedad sufre una desprotección creciente derivada de cambios legales y regulatorios que exceden los criterios de razonabilidad imperantes tanto en la Unión Europea como en el ámbito de las inversiones transnacionales; o que subvierten la propiedad privada para suplir, sin coste para el erario, las carencias de las políticas públicas".*

Este último aspecto viene ratificado no solo por la decreciente cantidad de recursos públicos dedicados a la vivienda social en los sucesivos planes de vivienda desde 2007, sino por el voto particular de RODRIGUEZ BEREIJO en la Sentencia 89/1994, según el cual el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos (en este caso, los inquilinos de la vetusta Ley de Arrendamientos Urbanos), tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Se trata de una concepción que no está basada en ninguna concepción teórica mínimamente consistente y que, además, está refutada por las evidencias empíricas disponibles, pero que se ha convertido en la concepción imperante, que, por ello, se ha proyectado en numerosas normas jurídicas y que explica en gran parte la crisis habitacional que sufre una parte importante de los ciudadanos.

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada "por el derecho a la vivienda", es el más reciente y uno de los mejores ejemplos de ello. Y su impacto negativo sobre el acceso a la vivienda es una buena prueba de las consecuencias a las que conduce elaborar leyes que contradicen las construcciones teóricas más sólidas sobre la función del derecho de propiedad privada, así como las evidencias empíricas disponibles.

3.6. Propiedad, libertad y Estado de Derecho

Todo ello reviste una especial relevancia, si tenemos en cuenta la relación directa que existe entre propiedad privada, libertad individual y Estado de Derecho.

Como recuerda VERDERA SERVER[95] esa conexión entre propiedad y libertad, concebida como un "símbolo cargado de contenido ideológico", permitió a los estados la creación de instrumentos técnico-constitucionales que configuraron el Estado Liberal de Derecho: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder.

Recuerda también que quizá una prueba de la salud de nuestras instituciones es el grado de respeto del legislador hacia la propiedad. Por eso, como señala RODRIGUEZ SANTIAGO [96], llama la atención que esa conexión propiedad-libertad esté por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional.

Paradójicamente, como señala DIEZ-PICAZO[97] se suele subrayar más la coexistencia de ese derecho a la propiedad privada con otros elementos más característicos de una democracia social, más concretamente con la posibilidad de una configuración pública de la economía.

Por ello, la conexión entre propiedad y libertad debe ser resaltada. Como subraya REY[98], parece del todo extrapolable a nuestro ordenamiento la conclusión que obtiene el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia *Feldmühle*, de 7 de agosto de 1962: a la propiedad *"corresponde la tarea, dentro del contexto global de los derechos fundamentales, de posibilitar a su titular un espacio de libertad en el campo del derecho patrimonial"*, por lo que el artículo 33 CE se convertiría en una garantía integral del patrimonio privado frente a los poderes públicos.

Este "*espacio de libertad*" preservaría al individuo "*de verse reducido a mero objeto del Estado"*. Precisa en esta dimensión esencial de la propiedad que "*cuanto más sirva el derecho de propiedad en cuestión a la protección de la libertad personal, tanto más fuerte ha de ser su protección y cuanto más se inscriba en el contexto social (por ejemplo, en el caso de las propiedades inmobiliarias urbanas o de empresas), tanto mayor deberá ser la posibilidad de conformación legislativa de acuerdo con la función social del bien*[99].

Subraya REY a continuación que "*el derecho de propiedad privada no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto, al Estado de Derecho; también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia*"[100]. De ello eran perfectamente conscientes los constituyentes gaditanos, los cuales, junto con el sufragio censitario, manifestaron la necesidad de que fueran propietarios el mayor número de españoles.

Señala, por último[101], que "*a las dimensiones liberal y democrática del derecho de propiedad es preciso añadir una muy importante, ya desde el tenor literal de su reconocimiento constitucional, vertiente social, de la que derivarían dos cláusulas constitucionales: la de función social (principio de igualdad "en" la propiedad ya adquirida) y la de accesibilidad a la propiedad (principio de*

igualdad "ante" la adquisición de la propiedad, al menos de aquella propiedad indispensable para el desarrollo de la personalidad y dignidad humanas)".

El Tribunal Constitucional parece centrado en la protección de esta última dimensión, incluso a costa de las dos primeras funciones, esenciales como presupuestos para la convivencia y la prosperidad y, por lo tanto, para la denominada vertiente social del derecho de propiedad privada, lo cual constituye un error, pues el desarrollo de la vertiente social depende directamente del grado de desarrollo de las dos primeras conexiones: con la libertad individual —y, por lo tanto, con la dignidad de la persona— y con el principio democrático. Con ello el Tribunal Constitucional se aproxima mucho a quienes creen, sin aportar evidencia empírica alguna, que la denominada función social de la propiedad solo puede conseguirse a costa de debilitar, incluso hasta convertirlas en residuales, las facultades de los propietarios.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada "por el derecho a la vivienda" y la STC de 21 de mayo de 2024, primera de las que el TC ha pronunciado en relación a la misma, son buena prueba de ello.

Aun cuando la Ley 12/23 de 24 de mayo se denomine "por el derecho a la vivienda", en realidad, no lo define. Se limita a repetir el artículo 47 de la Constitución y a enumerar ciertas facultades de actuación de los ciudadanos tales como acceder a información pública (artículo 8.b), inscribirse en los registros de solicitantes de vivienda protegida (artículo 8.c) o participar en los programas públicos (8.d).

Ninguna de estas facultades atribuye a los ciudadanos posibilidades de actuación que no tuvieran ya, por obvias, ni les atribuyen el derecho a acceder a una vivienda digna en los términos que resultan del artículo 47 CE, puesto en relación con los artículos 96.1 CE y con el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015, el artículo 34.3 de la Carta Social Europea "*no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda basadas en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea"*. Es esta la perspectiva desde la cual hay que interpretar la STC de 21 de mayo de 2024, conforme a la cual "l*os compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos refrendan la existencia de un derecho a la*

vivienda (...) cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el art.47 CE".

Dado que esta Ley no regula un derecho subjetivo a la vivienda, no menciona nada parecido a la obligación de proveer de vivienda a quien no la tenga ni de facilitar una ayuda para acceder a una vivienda a quien no posea medios suficientes para ello, obligaciones que, en todo caso, deberían recaer en los poderes públicos, pues el mandato constitucional del artículo 47CE va dirigido a ellos, no a los ciudadanos que tienen una o varias viviendas en propiedad, por lo que el Estado no puede exonerarse de su responsabilidad traspasándosela a los mismos como sucede con cualquier obligación[102].

Sin embargo, la Ley introduce medidas en esta dirección, como las relativas a la intervención de precios de los arrendamientos o la ampliación de la prórroga forzosa para los arrendadores, con mayor intensidad si el arrendador es un gran tenedor, esto es, un arrendador profesional, lo que dificulta la profesionalización y, por lo tanto, el crecimiento del mercado de vivienda en general y, especialmente, del mercado arrendaticio.[103]

Una de las características mas relevantes de la Ley por el derecho a la vivienda es la consideración de la vivienda como un "bien esencial de rango constitucional", según reza su Preámbulo, lo que fundamenta un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la misma, reforzando su función como servicio social de interés general, función que, sin embargo, solo es predicable de la vivienda social, pero no de la vivienda en general[104].

Ello, a su vez, permite reforzar la concepción de la propiedad privada sobre la vivienda en general y no solo sobre la vivienda social como una institucion de carácter estatutario, como ya sucede con la denominada propiedad urbanística y otras[105],esto es, como un conjunto de derechos y de deberes, fundamentados estos últimos en la denominada función social de la propiedad proclamada por el artículo 33 CE, o, al menos, sobre una determinada concepción de la misma.

Con base en ello, el articulo 1.2 de la Ley dispone:

"*Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta Ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias".*

El contenido básico al que se refiere el artículo 1.2 aparece regulado en los artículos 9 y 10 de la Ley, para los cuales la Disposición Final Séptima invoca

como título competencial *"la competencia que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española atribuye al Estado en materia de legislación civil."*

Ello significa un cambio conceptual sustancial, pues implica que la regulación de los derechos y deberes en materia de vivienda deja de ser administrativa, basada en una concreta política de vivienda, para formar parte del contenido civil del derecho de propiedad.

Con ello, el legislador parece pretender circunvenir lo determinado por, entre otras, la STC 93/2015 referente al Decreto Ley 6/2013 de la Junta de Andalucía, que declaró inconstitucional la imposición a los propietarios de una vivienda del "*deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*". Limitando el uso de este tipo de bien inmueble a uno solo, afectaba, dice el TC, al poder de disposición, reduciéndose el número de compradores; dijo que eso era parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que no podía regularse por Decreto-Ley (art. 86.1 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional precisaba que: *"Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento"*.

Ello abre la puerta a que el Tribunal Constitucional pueda declarar constitucionales los artículos 10 y 11[106] de la Ley por el derecho a la vivienda.

De ser declarados constitucionales estos preceptos, ello implicaría que los poderes públicos, en tanto que tutores de que la vivienda cumpla su función social, podrían intervenir directamente si el propietario, por ejemplo, incumple su deber de "uso" y "disfrute" "propio" y "efectivo" que le impone el artículo 11 1.a de la Ley, en los términos del número 2 del citado artículo:

"2. Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda".

Y esa legislación no tendría como límite que, por ejemplo, la Administración pudiera subrogarse en las facultades del propietario si no realiza actos de disfrute propios, tales como la percepción de frutos civiles derivados de un contrato de arrendamiento, pues los derechos del propietario sobre la vivienda son los que deriven de la legislación estatal del suelo (artículo 1.1.), sin referencia alguna a la necesidad de respetar un contenido mínimo esencial, tal y como exige el artículo 33 de la Constitución, al configurar el derecho de propiedad como un derecho de garantía institucional.

Por ello, a juicio de NASARRE AZNAR[107], la Ley por el derecho a la vivienda no introduce —no puede introducir—, una delimitación de la propiedad no indemnizable, porque las SSTC 227/1988, 204/2004 y 112/2006 afirman que *"la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente*".

No obstante, por la vía referida, los poderes públicos pueden trasladar a los ciudadanos las responsabilidades que en materia de vivienda impone a tales poderes, no a los ciudadanos, el artículo 47CE[108], tal y como puso de manifiesto el voto particular de RODRIGUEZ BEREIJO en la Sentencia 89/1994,que, dada su importancia, reitero: el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos, tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Como última reflexión, no deja de sorprender que en un país en que el régimen de tenencia muy mayoritario de la vivienda —del 76% aproximadamente— es el de propiedad privada, adquirida con un gran esfuerzo ahorrador durante muchos años y mediante el recurso a préstamos hipotecarios en la gran mayoría de los casos, se haya desarrollado esta concepción de la función social de la propiedad.

En efecto, sorprende que se considere que la severa limitación de las facultades de goce y disposición que dicha concepción implica, no solo para los dueños de su propia vivienda sino, especialmente, para los inversores en vivienda para destinarla al arrendamiento —y en tanta mayor medida cuanto más inviertan—, es el instrumento adecuado para que quienes no han podido o querido asumir sacrificios equivalentes a los primeros para acceder a una vivienda en cualquier régimen de tenencia puedan hacerlo.

Una política de vivienda, para ser eficiente, debe moverse dentro de los parámetros conceptuales que justifican la función del derecho de propiedad privada. Como he expuesto en las páginas iniciales de este estudio, la función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al fomentar las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso responsable y, por lo tanto, eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos. Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, principalmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

Una política de vivienda adecuada debe ajustar incentivos para que los individuos, al perseguir su propio interés, generen la mayor rentabilidad social posible. En otros términos, debe ajustar incentivos para que el mercado genere la vivienda que una sociedad necesita. Solo donde no llegue el mercado, debe intervenir el Estado mediante la política social financiada con recursos fiscales.

Si, por el contrario, el Estado, en lugar de ajustar incentivos, pretende sustituir a los agentes del mercado, entonces impedirá que éste cumpla su función. El Estado puede sustituir a los agentes de un modo directo o, indirectamente, restringiendo la libertad contractual y debilitando el contenido de los derechos de propiedad. La consecuencia será, por un lado, que el Estado no cumplirá con su obligación de llevar a cabo una política social que cubra las necesidades de los sectores de población con menos recursos y, por otro, impedirá que el mercado cumpla con su función, por lo que el problema de la vivienda, inexorablemente, se agravará. La historia del arrendamiento de vivienda en España o el impacto negativo que está teniendo la Ley por el derecho a la vivienda, entre otros ejemplos, son buena prueba de ello.

Tanto las concepciones teóricas más fundamentadas y generalmente aceptadas en nuestro entorno económico, político y cultural como las evidencias empíricas ponen de manifiesto tozudamente que la línea a seguir es exactamente la opuesta, por las razones expuestas a lo largo de las páginas precedentes. A ello hay que añadir que en un Estado social y democrático de Derecho, los ciudadanos ya colaboran, mediante el pago de impuestos, para que los poderes públicos creen las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan acceder a una vivienda digna y adecuada.

A la actual crisis de acceso a la vivienda para una parte de la población no se ha llegado por una falta de contribución fiscal de los ciudadanos ni por una concepción del derecho de propiedad como un derecho ilimitado, sino por una regulación errónea caracterizada por la falta de respeto a los derechos de los propietarios y de los inversores en vivienda, en general, así como por una grave falta de inversión pública en vivienda social.

V. CONCLUSIONES

I. El punto de partida conceptual de este estudio es la existencia de la propiedad privada como institución, sin perjuicio de la existencia de diversos regímenes estatutarios, que no son sino modulaciones de un único instituto, posición que es la mantenida por la mayor parte de la doctrina. De ahí, se deriva la existencia de una única función social o de una función social fundamental de la propiedad privada, sin perjuicio de las modulaciones que para su desempeño puedan establecerse o de las funciones específicas dependiendo del tipo de bien sobre el que recaiga.

II. Pese a que el concepto de función social de la propiedad es utilizado constantemente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, además de por innumerables resoluciones administrativas, dicho concepto no está definido en lugar alguno. No obstante, puede afirmarse que la función social de la propiedad es considerada por la generalidad de la doctrina como el conjunto de limitaciones y de deberes, cargas u obligaciones positivas establecidas por los poderes públicos, singularmente por ley, para conseguir finalidades de interés general que, por supuesto, se consideran prevalentes ante el interés particular.

Por ello, bajo el pretendido respaldo de dicha función social, son numerosas las normas que debilitan las facultades de los propietarios sobre sus viviendas y que, además, les imponen obligaciones activas o *funcionales,* partiendo del supuesto de que tales medidas son instrumentos necesarios o, al menos, facilitadores de que quienes carecen de una vivienda puedan acceder a una vivienda digna.

III. Esta concepción de la función social del derecho de propiedad privada no parece, sin embargo, consistente con la función de dicho derecho que es, precisamente, la que posibilita sus beneficiosos efectos sociales y, por ello, justifica su existencia.

La función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al dotarla de un contenido que fomenta las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso responsable y, por lo tanto, eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos. Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, igualmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

Por ello, lo más conveniente para el interés público, entendido como interés general, no es el debilitamiento ni de las facultades de aprovechamiento ni de las de disposición de los derechos de propiedad, sino, más bien, lo contrario: suprimir los obstáculos que permitan la explotación en régimen de propiedad privada del mayor número de bienes, así como fortalecer tanto las facultades de aprovechamiento como las de disposición de los mismos, dada su función nuclear en cualquier sociedad democrática sustentada en un Estado de Derecho. Y ello, al menos en principio, con independencia de que se trate se un bien de producción o de un bien de consumo.

IV. El TC, sin embargo, no parece considerar que el derecho de propiedad privada sea de interés público, sino solo las limitaciones de su contenido. Con ello, el TC obvia que es precisamente el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada lo que constituye el mayor interés público, tanto (1) desde la perspectiva de la protección de la libertad individual y, por lo tanto, de la dignidad de la persona, como (2) desde el punto de vista de la creación de riqueza, (3) de la explotación de los bienes por el mayor número posible y (4) del modo más sostenible que el posibilitado por cualquiera de los sistemas alternativos conocidos, en todos aquellos supuestos en los que es posible la explotación mediante el sistema de propiedad privada.

De las tres dimensiones que vertebran el derecho de propiedad —liberal, democrática y social— el TC parece centrado en la protección de esta última dimensión, incluso a costa de las dos primeras, pese a ser esenciales como presupuestos para la convivencia y la prosperidad y, por lo tanto, para la denominada vertiente social del derecho de propiedad privada, lo cual constituye un error, pues el desarrollo de la vertiente social depende directamente del grado de desa-

rrollo de las dos primeras conexiones: con la libertad individual —y, por lo tanto, con la dignidad de la persona— y con el principio democrático. De hecho, una atenta observación de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto que la conexión propiedad-libertad está por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional.

Con ello, el Tribunal Constitucional se aproxima a quienes creen, sin aportar evidencia empírica alguna y contra las evidencias disponibles, que la denominada función social de la propiedad solo puede conseguirse a costa de debilitar, incluso hasta convertirlas en residuales, las facultades de los propietarios.

V. Excepcionalmente, cabe que el interés general exija una atenuación o debilitamiento del derecho de propiedad en determinadas situaciones o en relación a determinado tipo de bienes —v.gr.: la propiedad horizontal—. Ahora bien, al tratarse de excepciones a la regla general, las mismas deberían justificarse plenamente para que no haya duda alguna de su necesidad y de que respetan la propiedad privada como institución y, por lo tanto, no vulneran al derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE.

Para ello, en la técnica constitucional española dichas excepciones deberían superar el *test de proporcionalidad* exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar la adecuación a la CE de las leyes que restrinjan los derechos fundamentales, test cuyo contenido expone claramente la STC 112/2021 (FJ 6).

Sin embargo, para precisar si una concreta delimitación del derecho de propiedad en relación a determinados bienes no vulnera la regulación constitucional, el TC no exige que se supere el test de proporcionalidad, sino tan solo que respete un "*canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objeto perseguido, y al respeto del contenido esencial*", basándose en que "*decisiones de índole social y económica*"…"*Cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos*", es necesario reconocer "*al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones*" (STC 112/2021, FJ 6).

El TC no argumenta por qué en estos casos hay que dispensar al legislador de la necesidad de superar el test de proporcionalidad. A ello hay que añadir que la CE no establece distinciones entre derechos fundamentales a la hora de respetar su contenido esencial, ni tampoco el artículo 33CE en relación a la propiedad privada.

El trato especial y devaluador que se ha dispensado al derecho fundamental a la propiedad privada carece de justificación y soporte constitucional. Particularmente cuestionable resulta el hecho de que el Tribunal Constitucional utilice para enjuiciar las restricciones de este derecho (y las de las libertades empresarial y profesional) un canon de licitud constitucional distinto del utilizado para las

limitaciones de los restantes derechos fundamentales y en virtud del cual no se enjuicia la necesidad ni la proporcionalidad en sentido estricto de aquéllas.

VI. Adicionalmente, el límite que puede suponer el contenido esencial presenta tal grado de imprecisión que, en la abstracta valoración de su constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, cualquier delimitación que no sea la absoluta privación del derecho se considera admisible, hasta el punto de que la propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario. Como afirmó el magistrado RODRIGUEZ BEREIJO en su voto particular a la STC 89/1994 de 17 de marzo, al que se adhirieron los magistrados CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ, afirmación generalizable a toda la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 33 CE, el contenido dominical *"será 1o que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico*"; y, por ello, *"huérfano de todo referente ex constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de 'contenido esencial' (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza*". O, en otros términos, el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos, tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso, también, de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

VII. Toda esta arquitectura jurídica del Tribunal Constitucional dando forma a la función social de la propiedad privada es, en cierto modo, una consecuencia del importante asunto de la expropiación, mediante Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, del grupo de empresas RUMASA, que ha originado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional (111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero), sosteniendo la adecuación a la Constitución de tan rigurosa decisión, lo que ha hipotecado, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior.

Para justificar dicha adecuación, el Tribunal Constitucional defendió la idea de que los deberes, prohibiciones y obligaciones impuestas al propietario en virtud de la función social del derecho de propiedad no constituyen limitaciones de éste, sino que forman parte del contenido mismo del derecho (confer.: STC 37/1987 (FJ 2).

Esta posición, sin embargo, no es sostenible por las siguientes razones:

a. Es un contrasentido afirmar que un deber o una obligación forma parte del contenido de un derecho. Que el legislador imponga una obligación al titular de un derecho no significa que aquélla forme parte de éste.

Si se integraran en el contenido esencial del derecho de propiedad privada o formaran parte del mismo, junto a las facultades que protegen el interés individual, las limitaciones, deberes y cargas, en suma, las obligaciones legales, no sólo quedaría desnaturalizada la propia institución civil, sino, también, la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, que devendría así en otro tipo de situación jurídica, no activa de poder, sino mixta o compleja.

b. Esa afirmación conduce a resultados manifiestamente contrarios a la reserva de ley establecida en los artículos 33 y 53.1 CE. El artículo 33.1 CE es una norma constitucional que establece un derecho que vincula directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que ha de ser respetado por todos ellos, incluso cuando la ley guarde silencio al respecto o incluso en contra de lo dispuesto por el legislador. El derecho a la propiedad privada no nace de la ley, sino inmediatamente de la Constitución.

c. En cambio, los deberes y obligaciones que pesan sobre los propietarios por razones de interés social no nacen directamente del artículo 33 CE, sino de las leyes que los han previsto. Si formaran parte del contenido mismo del derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 CE, esos deberes y obligaciones vincularían inmediatamente a todos los poderes públicos sin necesidad de intermediación legislativa, lo que sería incompatible con la reserva de ley que, para delimitar el contenido del derecho de propiedad y regular su ejercicio, han dispuesto expresamente los artículos 33 y 53.1 CE.

VIII. La tesis contraria, mantenida por el TC y por una parte de la doctrina, se fundamenta, en última instancia y, en particular, en materia de vivienda, en la idea de que la vía para facilitar el acceso a una vivienda en cualquier modalidad de tenencia —a lo que se refiere el artículo 47 CE— consiste en debilitar el derecho de propiedad —al que se refiere el artículo 33 CE— o de cualquier derecho real limitado sobre la vivienda. En otros términos, se fundamenta en la idea de que la vía para facilitar el acceso a la vivienda como bien de consumo, consiste en debilitar el derecho de propiedad sobre la vivienda como bien de producción.

Se trata de una tesis que no está basada en ninguna concepción teórica mínimamente consistente y que, además, está refutada por las evidencias empíricas disponibles, tanto nacionales como internacionales, pero que se ha convertido en la concepción imperante, que, por ello, se ha proyectado en numerosas normas jurídicas, lo que explica, en buena medida, la crisis habitacional que sufre una parte importante de los ciudadanos.

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada "por el derecho a la vivienda", es el más reciente y uno de los mejores ejemplos de ello. Y su impacto negativo

sobre el acceso a la vivienda es una buena prueba de las consecuencias a las que conduce elaborar leyes que contradicen las construcciones teóricas más sólidas sobre la función del derecho de propiedad privada, así como las evidencias empíricas disponibles.

IX. Aun cuando la Ley 12/23 de 24 de mayo se denomine "por el derecho a la vivienda", en realidad, no lo define. Se limita a repetir el artículo 47 CE y a enumerar ciertas facultades de actuación de los ciudadanos, tales como acceder a información pública (artículo 8.b), inscribirse en los registros de solicitantes de vivienda protegida (artículo 8.c) o participar en los programas públicos (8.d).

Ninguna de estas facultades atribuye a los ciudadanos posibilidades de actuación que no tuvieran ya, por obvias, ni les atribuyen el derecho a acceder a una vivienda digna en los términos que resultan del artículo 47 CE, puesto en relación con los artículos 96.1 CE y con el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015, el artículo 34.3 de la Carta Social Europea "*no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda basadas en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea"*. Es esta la perspectiva desde la cual hay que interpretar la STC de 21 de mayo de 2024, conforme a la cual "l*os compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos refrendan la existencia de un derecho a la vivienda (...) cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el art.47 CE*".

Dado que esta Ley no regula un derecho subjetivo a la vivienda, no menciona nada parecido a la obligación de proveer de vivienda a quien no la tenga, ni de facilitar una ayuda para acceder a una vivienda a quien no posea medios suficientes para ello, obligaciones que, en todo caso, deberían recaer en los poderes públicos, pues el mandato constitucional del artículo 47CE va dirigido a ellos, no a los ciudadanos que tienen una o varias viviendas en propiedad, por lo que el Estado no puede exonerarse de su responsabilidad traspasándosela a los mismos como sucede con cualquier obligación[109].

Sin embargo, la Ley introduce medidas en esta dirección, como las relativas a la intervención de precios de los arrendamientos o la ampliación de la prórroga forzosa para los arrendadores, con mayor intensidad si el arrendador es un gran tenedor, esto es, un arrendador profesional, lo que dificulta la profesionalización y, por lo tanto, el crecimiento del mercado de vivienda en general y, especialmente, del mercado arrendaticio. Por la vía de los artículos 10 y 11, los poderes públicos pueden trasladar a los ciudadanos las responsabilidades que en materia de vivienda impone a tales poderes, no a los ciudadanos, el artículo 47CE, como

puso de manifiesto el voto particular de RODRIGUEZ BEREIJO en la Sentencia 89/1994.

X. No deja de sorprender que en un país en el que el régimen de tenencia muy mayoritario de la vivienda —del 76% aproximadamente— es el de propiedad privada, adquirida con un gran esfuerzo ahorrador durante muchos años y mediante el recurso a préstamos hipotecarios en la gran mayoría de los casos, se haya desarrollado esta concepción de la función social de la propiedad.

En efecto, sorprende que se considere que la severa limitación de las facultades de goce y disposición que dicha concepción implica, no solo para los dueños de su propia vivienda sino, también, para los inversores en vivienda para destinarla al arrendamiento —y en tanta mayor medida cuanto más inviertan—, es el instrumento adecuado para que quienes no han podido o querido asumir sacrificios equivalentes a los primeros para acceder a una vivienda en cualquier régimen de tenencia puedan hacerlo.

Una política de vivienda, para ser eficiente, debe moverse dentro de los parámetros conceptuales que justifican la función del derecho de propiedad privada. Una política de vivienda adecuada debe ajustar incentivos para que los individuos, al perseguir su propio interés, generen la mayor rentabilidad social posible. En otros términos, debe ajustar incentivos para que el mercado genere la vivienda que una sociedad necesita. Solo donde no llegue el mercado, debe intervenir el Estado mediante la política social financiada con recursos fiscales.

Si, por el contrario, el Estado, en lugar de ajustar incentivos, pretende sustituir a los agentes del mercado, entonces impedirá que éste cumpla su función. El Estado puede sustituir a los agentes de un modo directo o, indirectamente, restringiendo la libertad contractual y debilitando el contenido de los derechos de propiedad. La consecuencia será, por un lado, que el Estado no cumplirá con su obligación de llevar a cabo una política social que cubra las necesidades de los sectores de población con menos recursos y, por otro, impedirá que el mercado cumpla con su función, por lo que el problema de la vivienda, inexorablemente, se agravará. La historia del arrendamiento de vivienda en España o el impacto negativo que está teniendo la Ley por el derecho a la vivienda, entre otros ejemplos, son buena prueba de ello.

A la actual crisis de acceso a la vivienda para una parte de la población no se ha llegado por una falta de contribución fiscal de los ciudadanos ni por una concepción del derecho de propiedad como un derecho ilimitado, sino por una regulación errónea caracterizada por la falta de respeto a los derechos de los propietarios y de los inversores en vivienda, en general, así como por una grave falta de inversión pública en vivienda social.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN B. *Economic Foundations of Property Law,* Little Brown & Company, 1975

AGUDO GONZÁLEZ J. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*, Revista de Administración Pública, n.º 185 (2011)

ALBALADEJO M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes,*vol 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994

ALONSO PÉREZ M. "La propiedad en el Código Civil"*,* en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX.*,Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999

ALSTON L. J y MUELLER B., "Property Rights and The State", en MÉNARD C. y SHIRLEY M.M. *Handbook of New Institutional Economics,* MÉNARD C. y SHIRLEY M.M., Ed.:Springer, Berlin Heidelberg, 2008

ÁLVAREZ BARBEITO P., *Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda en España*, *AFDUDC, 12, 2008*

ARNAIZ EGUREN R., *Terreno y Edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*,, Ed.: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010

ARRUÑADA B "La crisis del derecho de propiedad", en AA.VV., *La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2021

ARRUÑADAB.https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&qpvt=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&mid=D679BD4CFB2391A16D03D679BD4CFB2391A16D03&&FORM=VRDGAR

BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002

COASE R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994

DE SOTO H. *El misterio del capital*. Ed.: Península. Barcelona, 2001

DEMSETZ H. *Toward a Theory of Property Rights*. American Economics Review, n.º: 57, mayo 1967

DEMSETZ H., "Ownership and The Externality Problem", en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law,* pág. 145. Editores: ANDERSON T.L y McCHESNEY F.S, Princeton University Press, 2003

DEMSETZ H. "Ownership and Exchange" en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*. Ed.: Cambridge University Press, 2008

DÍEZ-PICAZO, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991

DNES A. W., *The Economic of Law. Property, Contracts and Obligations*, Ed.: Thomson-South-Western, Canadá, 2005

DOMENECH G. *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*,publicado el 15 de julio de 2024 en El Almacén del Derecho. https://almacendederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas

DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada. Consultado el 5 de agosto de 2024

DUGUIT L. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléón*, Ed.: Beltrán, Madrid, 1921

EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Coorperation, Conflict and Law,* ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003

ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en The Yale Law Journal, 1992-1993

FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, pp. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005

GARCIA DE ENTERRIA E: *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*, Revista de Administración Pública, 1996, n.º 141

GWARTNEY J., LAWSON R., y BLOCK W. *Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute

IHERING R. *El fin en el Derecho,* Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978

KEEFER PH. y KNACK S., *Why Don´t Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. Economic Inquiry 35: 590-562. 1997

LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil III, vol. 1.º.2.ª* p.2.ª ed. Barcelona, Bosch. 1988

LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría Económica del Derecho,* Ed.: Personal, Madrid, 2007

LASARTE C. "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad", Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto,* Vol.XXV, Enero-junio

LASARTE ALVAREZ C. *Principios de Derecho Civil*, T.IV, Ed.: Trivium,1998

LEPAGE H. *¿Por qué la propiedad?*, Ed.: Instituto de Estudios Económicos, 1986

LIBECAP G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989

LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015

MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *El alquiler forzoso de la vivienda desocupada*,InDret*,* mayo 2007

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Estado, Propiedad, Mercado.* RCDI, núm 708, 2008

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas.* Ed.: Titant Lo Blanch, 2024

MOLTÓ DARNER J.M., "Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI", en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017

MONTÉS. V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo,*, Ed.: Civitas, Madrid, 1980

MUÑOZ GUIJOSA M.ª A., *El derecho de propiedad del suelo:De la constitución a la Ordenación Urbana*, Ed.: Civitas-Thompson, 2009

NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19

NOGUERA FERNANDEZ, A.: "Regular los alquileres en un entorno hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España", en AA.VV., *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

NORTH D.C, *Estructure and Change in Economic History,* New York, W.W Norton, 1981

NORTH D.C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700).* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990

NORTH D. C. *Estructura y cambio en la historia económica.* Alianza Ed.: Madrid, 1994

NORTH. D.C. *Understanding The Process of Economic Change,* Ed.: Princeton University Press, 2005

NORTH D.C.,WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History,* Cambridge University Press, 2009

OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impresión —número veintidós, 2008—

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T. II,* Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999

POSNER R.. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998

PUGLIATTI S., "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954

REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006

RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986

RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: "Artículo 33", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. xl Aniversario,* Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018

SANTORO-PASSARELLI F., "Proprietà e lavoro in agricoltura", en *Libertà economica e proprietà fondiaria (Atti del IV Convegno dell´Unione giuristi cattolici italiani),* Roma 1953

SCHMITT C., *Teoría de la Constitución,* Ed.: Alianza, Madrid, 2001

SJAASTD E y BEOMLEY E.D, *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes,* en Development Policy Review, 18 (4)

SUGDEN R. *Spontaneous Order*, Journal of Economic Perspectives 3, n.º4, 1989
VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre)
VIEIGAS DE LIMA F.H., *Condominio em Edificaçoes*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2010
VINUESA J.; RIVA. J.M. y A.. PALACIOS A.J.,*El fenómeno de las viviendas desocupadas*, FUAM, 2008

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO L. M.ª, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pág.55

[2] SANTORO-PASSARELLI F., "Proprietà e lavoro in agricoltura", en *Libertà economica e proprietà fondiaria (Atti del IV Convegno dell´Unione giuristi cattolici italiani),* Roma 1953, págs. 64-86

[3] RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986, pág 240.

[4] RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986, pág.248

[5] MUÑOZ GUIJOSA M.ª A., *El derecho de propiedad del suelo:De la constitución a la Ordenación Urbana*, Ed.: Civitas-Thompson, 2009, págs..150 ss.. En sentido contrario, entre otros, PUGLIATTI, para el cual:" *La palabra propiedad no tiene hoy un significado unívoco, si es que alguna vez lo ha tenido. Por el contrario, designa demasiadas cosas, porque se puede utilizar con la pretensión de ser fácilmente entendida. En todo caso, su uso, con las cautelas y las aclaraciones necesarias, aunque se prolongará todavía en el futuro próximo, no puede mantener la ilusión de que a la unidad del término corresponde la unidad real de una institución sólida y compacta*". PUGLIATTI S., "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954, pág.,309.

[6] El contenido de este apartado núm 2. viene a ser una síntesis de lo expuesto al respecto en el artículo *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI n.º: 708, año 2008, en el que se desarrolla más ampliamente la función del derecho de propiedad privada. Me ha parecido necesario traer a este estudio una síntesis porque difícilmente se puede tratar el tema de la función social de la propiedad sin tratar previamente de su función, pues, en última instancia, la función social de la propiedad consiste en que la propiedad cumpla la función que justifica su existencia, como se argumenta a lo largo de este estudio.

[7] LIBECAP G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág.2.

[8] NORTH D.C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7

[9] NORTH D.C y THOMAS R. P.. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7. Dan, además, muy sólidos argumentos al respecto desde la perspectiva de la historia económica. Entre otros, exhiben el ejemplo español de los privilegios de la Mesta sobre los agricultores como ejemplo de derechos —los de los agricultores—, que, por no ser exclusivos, dificultaron el desarrollo económico en España. En efecto, los agricultores de diversas zonas no tenían la seguridad de recoger su cosecha —es decir, de apropiarse de sus ganancias— puesto que no podían evitar que los ganaderos llevaran sus ovejas a pastar a sus tierras. Los efectos del privilegio dado a la Mesta —e, inversamente, la falta de propiedad exclusiva de los agricultores —tuvieron efectos muy perniciosos, no solo sobre la voluntad de los agricultores de plantar sus cosechas cada año, sino sobre las inversiones en equipo capital —semillas, abancalamientos, drenajes— que aumentan la productividad y son la base del crecimiento a largo plazo.

Los derechos de propiedad los concedió el Rey a cambio de unos ingresos fiscales. De esta forma se estipularon unos derechos de propiedad que impidieron que el aumento de la tasa

social de beneficios derivada de los aumentos potenciales de la productividad de la tierra los llevasen a cabo los agricultores, porque no se podían apropiar de estos beneficios potenciales.

En conclusión, el sistema ineficiente de derechos de propiedad —la falta de derechos exclusivos— frenó el desarrollo en España. Algo parecido sucedió en Francia con los privilegios de ciertos monopolios locales. Por el contrario, en Inglaterra y Países Bajos, donde los intereses comerciales eran políticamente más fuertes, y la sociedad tenía cuerpos representativos más poderosos, el sistema institucional de derechos de propiedad permitió un uso más ágil de los recursos que, de un lado, promovía y, de otro, respondía a las necesidades crecientes de los mercados. Véase capítulo 8 de la citada obra.

[10] NORTH D.C y THOMAS R.P. op. cit. pp. 7-9.

[11] SJAASTD E y BEOMLEY E.D, *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes,* en Development Policy Review, 18 (4):365-89.

[12] DE SOTO H. *El misterio del capital*. Ed.: Península. Barcelona, 2001, pág. 184. Observa DE SOTO que es la ley la que fija y realiza el capital. En occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz, sino más bien por establecer un proceso o reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de esos activos. Hoy, en la mayor parte de los países del tercer mundo el desafío no consiste en poner todas las edificaciones y la tierra sobre el mismo mapa —algo que probablemente ya se ha hecho— sino en integrar las convenciones legales formales con las extralegales.

[13] SUGDEN R. *Spontaneous Order* en Journal of Economic Perspectives 3, n.º4, 1989, pp.85-97.

[14] En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente, dos acepciones: 1) La eficiencia en el sentido de PARETO. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por lo tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo pero con pocas aplicaciones en el mundo real; 2) Criterio de KALDOR-HICKS o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 —de hecho, con cualquier precio de venta entre 5 y 12— la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, p. ej., A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado —si hay alguno— a terceros —menos los beneficios que se les confieran— no excedan de 7. La transacción solo sería superior en el sentido de PARETO si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les causen. El concepto de KALDOR-HICKS también recibe el nombre de superioridad potencial de PARETO: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de PARETO, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia —de hecho, es el nervio de la Economía— está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de PARETO sino en el sentido KALDOR-HICKS. Véase POSNER R.. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21.

[15] HARDIN G. "The Tragedy of the Commons," en ACKERMAN B. *Economic Foundations of Property Law,* Little Brown & Company, 1975, pp 2-12. En relación a los problemas que plantea la propiedad comunal. OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impre-

sión —número veintidós, 2008—. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pág.45.

[16] LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría Económica del Derecho,* Ed.: Personal, Madrid, 2007, pág.12

[17] En relación a la diferente eficiencia de los regímenes de propiedad privada —cuando es posible—, propiedad comunal y bienes de acceso libre, véase ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en The Yale Law Journal, 1992-1993. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Estado, Propiedad, Mercado.* RCDI, núm 708, 2008.. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, especialmente páginas 29 a 67.

[18] NORTH D.C. y THOMAS R. P. *El nacimiento el mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI-Madrid, 1990, pp.: 157-160.

[19] Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm.: 708 (Julio-Agosto 2008), especialmente pp.: 1505-1523.

[20] .Véase NORTH D.C y THOMAS R.P., op. cit. especialmente capítulo 8 y NORTH D.C, en *Estructure and Change in Economic History,* New York, W.W Norton, 1981, especialmente el capítulo 3 "A Neoclassical Theory of the State". Véase, asimismo, NORTH. D.C. *Understanding The Process of Economic Change,* Ed.: Princeton University Press, 2005. NORTH D.C. WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History,* Cambridge University Press, 2009. En este ultimo trabajo argumentan que la lógica del control de la violencia en las *open access societies* —que corresponden en líneas generales a los Estados de Derecho—, incluye tres elementos:1)La organización consolidada de las fuerzas militares y de policía debe estar sujeta al control del sistema político; 2) el sistema político debe estar constreñido por un conjunto de instituciones y de incentivos que limiten el uso ilegítimo de la violencia,y 3) para que una facción política o partido permanezca en el poder debe contra con el apoyo de los intereses económicos y sociales ampliamente definidos. (op. cit. pp.: 21-22).

[21] Es ésta una idea general dentro de la economía neo-institucional. Además de las referencias de NORTH D.C. ya citadas, reviste especial interés BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002. Para BARZEL, el surgimiento —por razones de economía de escala— de un *force-using protector* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de *enforcement* que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights* (pág. 165). Una vision ligeramente distinta puede encontrarse en EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law,* ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003.. ALSTON L. J y MUELLER B., "Property Rights and The State", en MÉNARD C. y SHIRLEY M.M. *Handbook of New Institutional Economics,* MÉNARD C. y SHIRLEY M.M., Ed.:Springer, Berlin Heidelberg, 2008.

[22] Por "protección de los propietarios" no hay que entender la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de *"property rights*" que implica la protección de quienes hayan adquirido recursos escasos conforme a las reglas establecidas o reconocidas por el Estado. Cuanto mayor sea el alcance de la intervención del Estado en la definición y protección de estos derechos y más facilite su transferencia, mayor número de propietarios habrá, pues menores serán sus costes de protección. BARZEL Y., *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 32. Entre nosotros, esta idea ya fue resaltada por PEÑA BERNALDO DE

QUIRÓS, en relación a los bienes inmuebles, el cual afirmaba: "*El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito,y, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos)".* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T. II,* pág. 439. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

[23] Esta definición del Estado como *the organization of enforcers* es utilizada por NORTH D.C, WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. en op. cit.,pág.17, para referirse al Estado. Según estos autores, cuanto mayor sea el tamaño de una sociedad, mayor es el conjunto de *enforcers* que debe ser organizado. Teóricamente, sobre este punto, los argumentos pueden seguir dos caminos: el Estado puede ser tratado como un actor singular o como una organización de organizaciones. La mayor parte de los científicos sociales lo consideran como *the organization of the enforcers*, tratándolo como una entidad singular que actúa de reguladora, ostentando el monopolio del uso legítimo de la violencia. Como observan estos autores, este planteamiento, si bien simplifica el análisis, omite cómo la dinámica interna de las relaciones entre la élite afecta al modo como el Estado interactúa con toda la sociedad.

[24] Véase BARZEL Y.,*A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 46. Por otro lado, como ponen de manifiesto ANDERSON T. L. y McCHESNEY, hay al menos tres razones por las cuales los individuos atribuyen a un agente único —el Estado— el monopolio del uso legítimo de la violencia (op. cit. pág.: 196):

1. Un agente independiente con un poder de coerción sancionado colectivamente puede servir de salvaguarda contra los problemas del dilema del prisionero inherentes a los acuerdos privados. En el dilema del prisionero, una parte de un acuerdo pueda ganar rompiéndolo si la otra parte permanece en él, y viceversa. P. ej.: A y B acuerdan limitar el uso de un recurso de acceso abierto. Si A respeta el acuerdo, B puede ganar expandiendo su uso. Dado que ambas partes tienen un incentivo para romper el acuerdo, éste puede ser roto, y de este modo, se reproduciría la tragedia de los bienes comunes. Recurrir a una *"third party enforcer*" con el poder de forzar a las partes a permanecer en el acuerdo o de castigar a los incumplidores provee un potencial de ganancias netas suficientes como para organizar un Gobierno.

2. Relacionado con los problemas del dilema del prisionero, la acción colectiva puede hacer surgir el problema del "*free-rider*" en relación con los pagos necesarios por protección contra las fuerzas exteriores. Es un problema que afecta, en general, a los bienes públicos no exclusivos. La protección de la propiedad frente a las amenazas exteriores, especialmente las relacionadas con las fronteras nacionales, no escapa del problema del "*free-rider*" porque es difícil proteger a un individuo sin proteger a los demás. La capacidad para resolver el problema del *free-rider* suministra otra justificación económica para obligar coercitivamente a que todos los beneficiarios paguen.

3. A menudo, la acción colectiva puede defender el derecho de propiedad más eficientemente mediante el uso de la fuerza. En muchas situaciones hay economías de escala en el uso de la fuerza. Así, un ejército puede defender mejor un territorio que un número de individuos desorganizados. En este sentido, la atribución al Estado del monopolio del uso legítimo de la violencia se configura como un monopolio natural.

[25] Afirma DE SOTO que no sabemos encontrar el proceso clave que permite convertir el potencial económico de un inmueble en capital. Eso se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la

propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. DE SOTO H. *El misterio del capital,* pág. 65. Ed.: Península, Barcelona, 2001..

[26] 19 NORTH D. C. *Estructura y cambio en la historia económica.* Alianza Ed.: Madrid, 1994, p. 22.

[27] OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas.* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

[28] Véase NORTH D.C y THOMAS s R. P,*El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700).* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7, especialmente capítulo 8 y NORTH D.C, *Estructure and Change in Economic History.* Nueva York W.W Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3:"A Neoclassical Theory of the State". El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

[29] NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional desempeño económico.* Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995pp. 82-83.

[30] NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional desempeño económico.* Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995. pág. 73.

[31] BARZEL Y., *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002 pág. 4.

[32] POSNER R. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law.* Lttle Brown & Company, Boston & Toronto, 2.ª ed. 1977. En las páginas que siguen utilizaré indistintamente la expresión *derechos reales,*-que en español suele excluir el derecho de propiedad en sentido estricto y referirse únicamente a los derechos reales limitados que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio— y la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

[33] Véase DNES A. W., *The Economic of Law. Property, Contracts and Obligations*, Ed.: Thomson-South-Western, Canadá, 2005 16 y 17.

[34] Véase DNES A.W *The Economics of Law*. *Property, Contracts and Obligations*. Ed.: Thomson-South-Western, Canada, 2005, pp. 16 ss. Asimismo, Lepahe H. *Por qué la propiedad,* Ed.: Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986. Pp. 85 ss. También North D.C *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 53 ss.

[35] LEPAGE H. *¿Por qué la propiedad?*, pág. 100. Ed.: Instituto de Estudios Económicos, 1986.

[36] GWARTNEY J., LAWSON R., y BLOCK W., ponen de manifiesto cómo en economías con más altos niveles de libertad económica la renta *per capita* creció aproximadamente un 2.5%, frente a una caída del 1.5%, en economías con un menor grado de libertad entre 1980 y 1995. *En Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute. KEEFER PH. y KNACK S. afirman asimismo que la ausencia de seguridad en el imperio de la ley disminuye las tasas de crecimiento económico. En *Why Don´t Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. Economic Inquiry 35: 590-562. 1997. Asimismo, NORTON pone de manifiesto cómo la existencia de unos derechos de propiedad fuertes y de un entorno institucional de calidad se revelan como importantes factores en la mejora del bienestar humano. NORTON S.W. 1998. *Property Rights, the Environment, and Well-Beign*. En *Who Owns th Environment?*. Ed.: ANDERSON T.L. y HILL P.J.. LANHAM, MD: Rowman and Lttle Field Publishers, 37-54. Citados por estos últimos autores en op. cit. pág, 7.

[37] La idea de que la escasez de recursos se halla en el origen de la propiedad está muy extendida entre los autores. En este sentido. FUROBOTN y RICHTER sostienen que la regulación de la conducta es indispensable en un mundo de escasez. La relacionan también con la existencia de costes transaccionales. Véase FUROBOTN E.G y RICHTER R. *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, pp. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005. Desde otro punto de vista, LAMSDORFF-GALAGANE —partiendo de las ideas expuetas por HARDIN G.— pone de manifiesto que la propiedad privada es nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque éstos, sin dueño, desaparecen. Esta y no otra es la función social de la propiedad, pues permite optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos de nuestro planeta. Véase LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría económica del Derecho*,pp. 11-12, Edición personal. Madrid, 2007. Fundamental sobre la materia, Ackerman B. *Economic Foundations of Property Law,* Little Brown & Company.

[38] El modelo perfectamente competitivo —modelo walrasiano estándar neoclásico— parte de la premisa básica de información plena —cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones— y de racionalidad paramétrica —cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas. En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos información imperfecta nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico. Para el desarrollo de estas ideas, véase COASE R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994. ACKERMAN B.A *Economics Foundations of Property Law,* Little Brown and Company.

[39] Como afirma MONTÉS, en la concepción liberal, que inspira el Código civil español, el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales —de los grupos intermedios— solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. MONTÉS. V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo,* pág.54, Ed.: Civitas, Madrid, 1980.

[40] Como afirma DEMSETZ una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del propietario. Véase DEMSETZ H. "Ownweship and Exchange" en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág 96. Ed.: Cambridge University Press, 2008.

[41] En este mismo sentido puede verse LASARTE C. según el cual la propiedad es el "*poder de maxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas"*. LASARTE C. Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad*"*, Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto,* Vol.XXV, Enero-junio, pág.105.

[42] Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predican los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. ALONSO PÉREZ. los define del siguiente modo: "*La generalidad emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, puede el dominus ostentar sobre sus propios bienes. La abstracción, evocada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 26 marzo 1987 como característica esencial del tipo descrito en el artículo 348 del Código civil español español, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad fruitiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc). La elasticidad, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. "El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad contenido de un ius in re aliena que queda nullius o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la vis atractiva de ésta" "*. Véase ALONSO PÉREZ M. "La propiedad en el Código Civil", en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX.*, pág. 496. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez a LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil III, vol. 1.º.2.ª* p.2.ª ed. Barcelona, Bosch. 1988, pág. 24. En realidad las facultades no son sumandos, sino contenido o "aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario",ALBALADEJO M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes,*vol 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250,. Como ha señalado el Tribunal Supremo español en diferentes sentencias el "dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante

de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales" (STS de 2-oct-1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad *abstracta* definida por el artículo 348 del Código civil. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado —STC de 26 de Marzo de 1987— que "*la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil…(Es un error) identificar el contenido esencial de la propiedad, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada" (F.J 2.º)*

[43] La denominada "*función social de la propiedad*", es un concepto jurídico vago e indeterminado, introducido por LEON DUGUIT a principios del siglo XX – véase su obra, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléón*, Ed.: Beltrán, Madrid, 1921, y el progresivo intervencionismo estatal, paralelo a la consagración de los denominados derechos sociales, así como el gran desarrollo tecnológico y el crecimiento demográfico han ido teniendo como consecuencia que sean cada vez más los objetos susceptibles de aprovechamiento respecto de los cuales se vayan imponiendo restricciones a tal aprovechamiento, hasta el punto de que se discute la existencia de un contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad para que siga pudiendo hablarse del mismo. Una crítica sólida a las posiciones de DUGUIT, puede verse en LASARTE C., "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad", en *Estudios de Deusto* Vol. XXV (enero-junio 1977), págs.. 101 ss.. No se trata ahora de entrar en la discusión, sino, simplemente, de ponerla de manifiesto. La Constitución española reconoce el "derecho de propiedad privada" —art. 33.1.—, aunque no como derecho fundamental "en sentido estricto", y establece en su favor, como garantía constitucional, que las leyes deben respetar "su contenido esencial" —art. 53—. Pero, a la vez, la Constitución proclama que la función social de la propiedad "delimitará su contenido de acuerdo con las Leyes"; y admite, mediante la correspondiente indemnización, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y de interés social —art. 33—.Prevé, además, diversas limitaciones: para preservar el medio ambiente —art. 45—, conservar el legado histórico, cultural y artístico —art. 46— o utilizar adecuadamente el suelo urbano —art. 47—.Diferentes leyes han ido desarrollando con gran amplitud estas denominadas limitaciones de la propiedad, bien imponiendo un modo de ejercicio —construir, sembrar— en función de los intereses sociales, bien acotando el poder del propietario para no menoscabar los fines comunes a que los bienes, no obstante la propiedad, siguen estando afectos— art.: 128.1 CE:" *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general"—*.

[44] LIBECAP G., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág. 142

[45] El *ius abutendi* no significa "derecho de abusar" en un sentido coloquial, sino extraer de la cosa todas sus potencialidades hasta consumirla si preciso fuere. Véase ALONSO PÉREZ M. "La propiedad en el Código Civil", en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX.*, pág. 480. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

[46] El *Code* —que inspira al Código civil en esta materia— construye el sistema jurídico-civil sobre la libertad, proyectando la idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la pro-

piedad y el contrato. Es claro que la liberalización de la propiedad y la supresión de las cargas feudales hubiera tenido poco sentido si no hubiese sido acompañada por la plena posibilidad de hacer circular los bienes que son objeto de la misma propiedad. MONTÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo,*, Ed.: Civitas, Madrid, 1980, pp-54-58. En realidad, el *ius disponendi* es una característica esencial de la propiedad liberal y el contrato el instrumento jurídico para hacerlo efectivo.

[47] MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs..84-101.

[48] DEMSETZ H. *Toward a Theory of Property Rights*. American Economics Review, n.º: 57, mayo 1967, pp. 347 ss.

[49] DEMSETZ H., "Ownership and The Externality Problem", en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law,* pág. 145. Editores: ANDERSON T.L y McCHESNEY F.S, Princeton University Press, 2003, pp.: 282-301.

[50] Esta idea aparece desarrollada por NORTH D.C. *en Instituciones, cambio institucional desempeño económico.* Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995, especialmente págs, 53 ss. En esta obra el autor sostiene y desarrolla la tesis, fundamental en toda su obra, de que la eficiencia del sistema de derechos de propiedad depende de la eficiencia del sistema político, por lo que se requiere la elaboración de una teoría del Estado.

[51] https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&qpvt=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&mid=D679BD4CFB2391A16D03D679BD4CFB2391A16D03&&FORM=VRDGAR

[52] En relación a los problemas de gobernanza de la propiedad comunal véase OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impresión —número veintidós, 2008—. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pág.45.

[53] Un excelente estudio de las diferentes tipologías edificatorias y de su evolución jurídica y urbanística puede verse en ARNAIZ EGUREN R., *Terreno y Edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, especialmente págs.: 109-120. Ed.: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010. En el mismo sentido, véase el excelente trabajo de VIEIGAS DE LIMA F.H., *Condominio em Edificaçoes*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2010.

[54] LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pág.51

[55] El concepto de derechos de garantía institucional fue elaborado por C. SCHMITT partiendo del concepto de institución de M. HAURIOU. Afirma SCHMITT: "*mediante la regulación constitucional puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria.*" SCHMITT C., *Teoría de la Constitución,* Ed.: Alianza, Madrid, 2001,pág.175. Esta concepción tuvo una gran repercusión posterior entre la doctrina iuspublicista y fue recogida en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 19.2 dispone*:" En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*". Siguiendo esta misma línea, el artículo 53.1 CE dispone:"*Los derechos vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá respetarse el ejercicio de los derechos y libertades*". No cabe, por lo tanto, invocar la función social de la propiedad, a la que se refiere el artículo 33.2 CE, para erosionar el contenido esencial del derecho.

[56] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),pág.891.

[57] LASARTE ALVAREZ C. *Principios de Derecho Civil*, T.IV, Ed.: Trivium,1998, pág.64

[58] IHERING R. *El fin en el Derecho,* Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, págs. 251 ss.

[59] MOLTÓ DARNER J.M., "Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI", en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág.36.

[60] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T.*I,. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs.: 205-206

[61] LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, especialmente pág.41.

[62] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),págs..894-895.

[63] MOLTÓ DARNER J.M., "Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI", en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág.36.

[64] Sobre la distinción entre interés general, interés público e interés particular, especialmente en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, especialmente págs.. 33-36. Como resalta el Tribunal Supremo —Sala Tercera— en su Sentencia de 24 de noviembre de 1981, "*en la actualidad lo público y lo privado se entremezclan, a veces se confunden"*.

[65] DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada. Consultado el 5 de agosto de 2024. Como señala, esta concepción se refleja claramente, por ejemplo, en la STC 37/1987 (FJ 2), relativa a la reforma agraria andaluza. Y también se plasma en numerosas disposiciones legales, como la *Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana*, en cuyo preámbulo se afirma que «*la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho* [a la propiedad privada] *mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales*».

[66] Véase REY F*., El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006, págs. 959-995.

[67] En este aspecto, resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2013 —Nobel vs. Holanda—, conforme a la cual:*" Incluso suponiendo que el alquiler pagado no cubra todos los gastos relacionados con la vivienda, no puede decirse que la decisión del Tribunal Regional haya sido desproporcionada. El solicitante compró el edificio consciente de la cuantía del alquiler. Además, cabe suponer que una persona que compra un edificio para alquilarlo es consciente de las restricciones impuestas por el derecho interno en cuanto a la cuantía máxima del alquiler exigible por una determinada norma y los máximos aumentos anuales de alquiler permitidos. El Tribunal está de acuerdo con las autoridades nacionales que era responsabilidad del segundo solicitante incorporar este conocimiento en las negociaciones del precio cuando compró el edificio"*.

[68] MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pp.51-64.

[69] DOMENECH subraya que esta es una de las ideas destacables de la interpretación dominante del artículo 33.2 CE*:" Habida cuenta de que, conforme a la referida interpretación dominante, lo que se considera de interés público no es que los propietarios ejerzan sus facultades de usar y disponer libremente de ciertos bienes, sino que el legislador las restrinja, se comprende que muchos autores, disposiciones legales y sentencias eviten normalmente utilizar la expresión «función social del derecho de propiedad», que es la que emplea el artículo 33.2 CE, y hablen en su lugar de la función social de los correspondientes bienes. Sirva como ejemplo la citada Ley valenciana 2/2017, en la que la función social no se predica del derecho a la propiedad de la vivienda, sino de la vivienda misma*". DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada. Consultado el 5 de agosto de 2024

[70] Por ejemplo la Ley valenciana 2/2017, en la que la función social no se predica del derecho a la propiedad de la vivienda, sino de la vivienda misma.

[71] En este sentido RODOTÀ S. Según este autor, si se lleva a cabo un análisis atento de los datos históricos, no puede ocultarse el hecho de que siempre ha existido una distinción de los bienes por razón de interés público, siendo éste el único resultado seguro no solo para distinguir entre bienes productivos y de consumo sino también para considerar tal distinción como no definitiva o exclusiva. RODOTÀ S. *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.:Civitas, 1986, pág. 250

[72] LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, págs. 105-107.

[73] LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica,* ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pág.106.

[74] Ello plantea la interesante cuestión de qué sucede cuándo una persona tiene un número relativamente elevado de viviendas. Puede considerarse que aquellas que son usadas regularmente por el titular o su familia son bienes destinados a satisfacer sus necesidades habitacionales y, por lo tanto, son bienes de consumo. No puede afirmarse lo mismo de las que no son usadas, permaneciendo cerradas o lo son muy ocasionalmente. En estos casos, no cubren necesidades habitacionales, por lo que pueden considerarse bienes de producción, pero improductivos. De ahí que en todos los países de la UE haya un tratamiento singular para este tipo de viviendas. Véase, MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *El alquiler forzoso de la vivienda desocupada*,InDret*,* mayo 2007, ÁLVAREZ BARBEITO P., *Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda en España*, *AFDUDC, 12, 2008, 9-24,* VINUESA J.; RIVA. J.M. y A.. PALACIOS A.J.,*El fenómeno de las viviendas dsocupadas*, FUAM, 2008.

[75] RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: "Artículo 33", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario,* Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs.1257-1258.

[76] Véase DOMENECH G. *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*. El Almacén del Derecho,15 de julio de 2024, https://almacendederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas.

[77] DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada

[78] Sobre los efectos negativos para el acceso a la vivienda de las leyes de control de precios de los alquileres, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas.* Ed.: Tirant Lo Blanch, 2024*,* págs.160-171

[79] DOMENECH G. *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*,publicado el 15 de julio de 2024 en El Almacén del Derecho. https://almacendederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas.

[80] No obstante, no está de más recordar que el derecho a la propiedad privada no está entre los derechos más intensamente protegidos por la Constitución, no está en la sección primera del capítulo 2° del Título 1, sino en la sección segunda. Concretamente, no puede ser objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, carece de la protección judicial ordinaria "preferente y sumaria" a la que alude el artículo 53.2 CE, su regulación no se reserva a ley orgánica (art. 81.1 CE), Y no está protegido por la reforma constitucional más agravada del arto 168 CE. No extraña, por ello, que gran parte de la literatura española le niegue el carácter de "derecho fundamental". REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006, págs. 962-963.

[81] DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada

[82] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),pág.898.

[83] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),pág.896.

[84] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),págs..938-939..

[85] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006, pág.964.

[86] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.962.

[87] También es una consecuencia, según REY del "*arraigo que en la cultura jurídica española posee la concepción de la propiedad, prototípicamente la urbana, como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendría que decir, salvo, claro está, por lo que se refiere a la última (y casi única) barrera de protección, la garantía expropiatoria; por cierto, también muy debilitada a su vez*". *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.962.

[88] DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada

[89] DÍEZ-PICAZO L. M.ª, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, págs..84-85

[90] LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústi-*

ca, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015,pág.85. En el mismo sentido, AGUDO GONZÁLEZ —citado por LÓPEZ CÁNOVAS— según el cual la interpretación sistemática de los artículos constitucionales "exige entender (…) que en ningún caso la función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad". AGUDO GONZÁLEZ J. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*, Revista de Administración Pública, n.º 185 (2011), pág.27.

[91] DOMENECH G.,*La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho,jul,22,2024.https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada

[92] NOGUERA FERNANDEZ, A.: "Regular los alquileres en un entorno hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España", en AA.VV., *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág.24.

[93] GARCIA DE ENTERRIA E: *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*, Revista de Administración Pública, 1996, n.º 141, p. 134

[94] ARRUÑADA B "La crisis del derecho de propiedad", en AA.VV., *La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2021,pag.54

[95] VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada,* ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre),págs..875-876.

[96] RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: "Artículo 33", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. xl Aniversario,* Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs.1257-1258.

[97] DÍEZ-PICAZO, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, págs.152-1153

[98] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.974.

[99] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006, pág.975:"*Se impone, pues, como es corriente en la literatura y la jurisprudencia alemanas, una diferenciación "por escalas" de los distintos tipos de propiedad (semejante a la que se postula también en relación con otros derechos constitucionales igualmente abstractos, como los de libertad e intimidad)"*.

[100] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.976.

[101] REY F.*, El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.976.

[102] NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.5.

[103] Desarrollo más ampliamente esta idea en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas.* Ed.: Titant Lo Blanch, 2024, págs. 127-152.

[104] Los servicios sociales de interés general son aquellos que atienden a las necesidades de los ciudadanos más vulnerables y se basan en los principios de solidaridad e igualdad de acceso. Pueden ser tanto económicos como no económicos. Como ejemplos cabe citar los regímenes de seguridad social, los servicios de empleo y la vivienda social. Por ello, solo la vivien-

da social puede ser considerada como servicio social de interés general, lo que no obsta para poder considerarla como servicio de interés general, que son aquellos que las administraciones públicas de los Estados miembros de la UE consideran como tales y que, en consecuencia, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público. Pueden prestarlos tanto el Estado como el sector privado. Algunos ejemplos de servicios de interés general son los transportes públicos, los servicios postales y la asistencia sanitaria. Y, concretamente. como un servicio de interés general, de carácter no económico. Los servicios no económicos —por ejemplo, la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social— no están sometidos a ninguna legislación europea específica ni a las normas de competencia y mercado interior. Véase file:///Users/fpmendez/Documents/Vivienda%20Servicios%20de%20interés%20general%20-%20Comisión%20Europea.webarchive. Consultado el 28 de marzo de 2024.

[105] En este sentido NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, págs. 9 y 10. GÓMEZ GÁLLIGO J., *El Registro de la Propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio*, RCDI, núm.801, enero-febrero-2024, págs. 21-31

[106] "En el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía no se impugna el artículo 10 y del artículo 11 solamente el núm.1. e, sin trascendencia alguna en relación a las facultades de los propietarios. El 11.1.e dispone: *"1. Además de los deberes establecidos en la legislación estatal de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, de conformidad con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística de aplicación, el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes:… e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta Ley."*

[107] NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.19

[108] Si llegan a declararse constitucionales los artículos 10 y 11 de la Ley por el derecho a la vivienda, entonces podrían ser constitucionales medidas contenidas en leyes que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales, como ha puesto de manifiesto NASARRE AZNAR:"*…la STC 106/2018 (sobre la Ley 2/2017 de vivienda de Extremadura) afirmó que lo de imponer sanciones por viviendas vacías "no implica necesariamente una regulación que imponga el 'deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico' como configurador del real contenido esencial de aquel derecho*". Esta sentencia, recoge lo que previamente habían ya estipulado las SSTS 16/2018 (sobre Ley de vivienda de Navarra) y 32/2018 sobre la de Andalucía (esta vez, su Ley 4/2013 en este punto con el contenido del DL 6/2013 mencionado), pronunciándose esta segunda, en el sentido que "*este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su poliítica de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propieda*d". Y la primera que: "*Ello supone que el destino efectivo de la vivienda al uso residencial [...] no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda*" y que *"[los preceptos impugnados] no prevén, ni siquiera de un modo tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social*", de manera que el TC no vio que se habían vulnerado las competencias de los artículos 149.1.1 ni 149.1.8, es decir, competencia en Dere-

cho civil." NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.9

[109] NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.5.

Trabajo recibido el 20 de enero de 2025 y aceptado para su publicación el 24 de febrero de 2025

Problemática que plantea la partición realizada por el propio testador en el ámbito de la empresa familiar

Problem raised by the partition carried out by the testator himself in the field of family business

por
MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN: Uno de los principales problemas que se plantea en el ámbito de las empresas familiares es el relativo al proceso de sustitución en el liderazgo y en la propiedad, que debe realizarse de manera coordinada para entenderse plenamente culminado. La propiedad debe distribuirse de manera adecuada a la elección del líder, lo que, unido al sistema de legítimas, que regula nuestro Código civil, conlleva la necesidad de compensar a los demás para evitar su lesión.

La planificación de la sucesión aportará importantes beneficios, pues, la necesaria continuación del negocio requiere una mudanza fluida que permita reducir riesgos al tener identificado al futuro líder, quien debe estar preparado para asumir las competencias que le atañen, pero también, para evitar la paralización del funcionamiento de la empresa, y su descomposición, en el caso de existir una pluralidad de sucesores.

Precisamente, para evitar esta desarticulación, el precepto que examinamos permite, vía partición, atribuir la empresa a una sola persona. Esta es una vía útil para la conservación de las empresas familiares, pero se hace necesario profundizar en ella, proponiendo una serie de reflexiones, que nos alerten de las derivadas que se plantean.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.808.02

Así, se dedica este estudio a la problemática que plantea la partición realizada por el testador y su conexión con el ámbito de la empresa familiar. Se analizan sus elementos más significativos, la posición del adjudicatario de la empresa, la situación del resto de interesados, cómo se efectuará el pago de la legítima, qué garantías existen del mismo y si deberíamos contar con otros mecanismos jurídicamente convincentes, al estilo de la sucesión contractual del Derecho catalán o del *patto di familia* del Derecho civil italiano, para analizar que aportaciones se podrían realizar para la conservación de la empresa familiar.

ABSTRACT: One of the main problems that arises in the field of family businesses is the one related to the process of replacement in leadership and ownership, which must be carried out in a coordinated manner to be fully understood. The property must be distributed in a manner appropriate to the choice of the leader, which, together with the system of legitimate shares regulated by our Civil Code, entails the need to compensate others, to avoid their injury.

Succession planning will bring important benefits, since the necessary continuation of the business requires a fluid move that allows reducing risks by having identified the future leader, who must be prepared to assume the responsibilities that concern him, but also, to avoid the paralysis of the operation of the company, and its decomposition in the case of there being a plurality of successors.

Precisely, to avoid this disarticulation, the precept that we examine allows, via partition, to attribute the company to a single person. This is a useful way to preserve family businesses, but it is necessary to go into it in more depth, proposing a series of reflections that alert us to the consequences that arise.

Thus, this study is dedicated to the problem posed by the partition carried out by the testator and its connection with the scope of the family business. It will analyze its most significant elements, the position of the successful bidder of the company, the situation of the rest of the interested parties, how the payment of the legitimate portion will be made, what guarantees exist for it whether we should rely on other legally convincing mechanisms, such as contractual succession in Catalan law or the patto di famiglia in Italian civil law, to analyze what contributions could be made to preserve the family business.

PALABRAS CLAVE: Sucesión, testador, testamento, partición testamentaria, empresa familiar, conservación.

KEYWORDS: Sucession, testator, last will and testament, testamentary partition, family-owned business, continuity.

SUMARIO: I. LA PARTICIÓN: LEGITIMACIÓN PARA PEDIRLA Y TIEMPO PARA REALIZARLA.—II. TIPOLOGÍA DE LA PARTICIÓN.—III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR.—IV. LA FACULTAD CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. Quién puede ejercitar la facultad recogida en el párrafo segundo del artículo 1056 del código civil: el testador. 2. el adjudicatario de la empresa. 3. los demás interesados. 4. el objeto de la transmisión: la explotación económica o sociedad de capital. 5. razones para la adjudicación: la conservación de la empresa y el interés de la familia. 6. efecto: el pago en metálico de la legítima. 7. breve referencia al contador-partidor testamentario.—V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ¿UNA SOLUCIÓN PARA LA EMPRESA FAMILIAR? 1. El *patto di famiglia* del derecho civil italiano. 2. pactos sucesorios del derecho catalán.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—RESOLUCIONES.

I. LA PARTICIÓN: LEGITIMACIÓN PARA PEDIRLA Y TIEMPO PARA REALIZARLA

Tras la regulación de la figura de la colación, el Código civil dedica los artículos 1051 a 1072 a la ordenación del conjunto de operaciones dirigidas a llevar a cabo la división y adjudicación del activo de la herencia, dando lugar a la extinción de la comunidad hereditaria. Se trata de una serie de fases, que, si bien no están específicamente recogidas en el Código civil, si lo están en la Ley de Enjuiciamiento civil en los casos de división judicial de patrimonios[1] y han sido consideradas por la jurisprudencia, de manera positiva, como medio de garantía de que aquélla esté bien realizada; así, el inventario de bienes, derechos y deudas, el avalúo o valoración de los mismos, la liquidación de las deudas y demás cargas, la formación de lotes y la adjudicación de los bienes hereditarios a los herederos en función de sus respectivas cuotas; conformando un acto jurídico muy complejo que culmina el proceso sucesorio.

Son, por lo tanto, sujetos de la partición todos los llamados a la herencia a título universal, que hasta ahora conforman la comunidad hereditaria y los legatarios de parte alícuota. La partición podrá afectar a todos los bienes y derechos que conforman la comunidad hereditaria y de igual modo, incidir, únicamente sobre parte de los bienes, en cuyo caso, tendrá carácter parcial, manteniéndose la comunidad sobre los demás, que podrán ser objeto de una partición posterior.

Y esto es así pues ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia pudiendo, siempre que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, solicitar en cualquier tiempo la partición de la misma;[2]

y de ahí que el artículo 1965 del Código civil afirme que no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia.[3]

A pesar de lo anterior, el artículo 1051 considera la excepción de que sea el propio testador quien prohíba la división, prohibición que, a su vez, cederá si se diera alguna de las causas por las cuales se extinguen las sociedades,[4] si bien no debe afectar a los herederos que a su vez sean legitimarios pues ello supondría la existencia de una limitación e iría en contra del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima dado que sobre ella no se puede imponer ningún tipo de gravamen, condición o sustitución.[5]

De acuerdo con lo anterior, los más interesados y principales legitimados para pedir la partición son los coherederos,[6] como sucesores que han sido llamados a recibir una parte alícuota de la herencia, con independencia del título de atribución, testamentario o legal, siempre que sean herederos efectivos, que han adquirido dicha condición en virtud de la aceptación.[7] Por la misma razón, no competerá a los sucesores a quienes el causante haya atribuido la titularidad de bienes determinados, al haberlos designado como legatarios, pues adquieren la propiedad de los bienes asignados así como sus frutos y rentas pendientes desde que el testador muere[8] o si siendo herederos les benefició con bienes concretos para el pago de sus cuotas.

Para pedir la partición es requisito indispensable no tener limitado el ejercicio de su capacidad jurídica; por ello, si se contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en las mismas;[9] si se tratara de menores, la partición la tendrán que pedir sus progenitores o quien ejerza la tutela, de no estar sometidos a patria potestad y siempre que no exista conflicto de intereses que hagan preciso el nombramiento de un defensor judicial.[10]

Alguna duda plantea la situación del menor emancipado. Si tomamos en consideración el artículo 247 del Código civil debe poder pedir la partición. Este precepto le permite comparecer en juicio y, además, le habilita para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor, con limitaciones muy concretas, tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor. No se incluye la imposibilidad de pedir la partición y no me parece un obstáculo para ello que el artículo 1052 afirme que el heredero debe tener la libre administración y disposición de sus bienes, pues el emancipado la tiene, si bien con las limitaciones mencionadas, que le afectarán una vez que la partición esté realizada y se encuentre, en su caso, que la adjudicación incluye bienes respecto de los cuales se establecen limitaciones a su poder de disposición; idea que encuentra un apoyo añadido en el artículo 1058 del Código civil que sólo se refiere a la libre administración de los bienes, como requisito para que los herederos puedan distribuir la herencia de

la manera que consideren más conveniente, si el testador no hubiera hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad. Por último, para el caso de ausencia del heredero, se prevé que la partición sea solicitada por su representante legal y si no lo tuviera se convocará al Ministerio Fiscal.[11]

La petición de partición deberá dirigirse al resto de coherederos y legatarios de parte alícuota que constituyen la comunidad hereditaria, pues la titularidad del caudal que la conforma pertenece a todos ellos en proporción a las cuotas que les correspondan y además, de manera forzosa pues para su nacimiento basta la existencia de varios llamados a título universal que acepten la herencia; aceptación que les sirve para adquirir la cualidad de heredero pero que no implica convenio de comunidad entre los aceptantes (SANCHEZ CALERO, 2021, 430);[12] y por esto mismo, es incidental o transitoria pues no tiene una vocación de continuidad, siendo la petición de partición y la división del caudal hereditario la forma natural y más frecuente de extinguirse la comunidad hereditaria,[13] haciendo realidad el derecho que tienen los partícipes en la misma a convertir su cuota en la adjudicación de bienes concretos y singulares. Mientras no se practique la partición no se adquiere la propiedad de los bienes adjudicados, siendo los coherederos partícipes de una comunidad en la porción ideal que le asigne su cuota sobre la totalidad de los bienes de la herencia; razón por la cual, si el heredero o legatario de parte alícuota hubiera transmitido su cuota ideal a un tercero, perdería la legitimación para pedir la partición, que en este caso correspondería a los cesionarios o adquirentes de dicha cuota hereditaria.[14]

En atención a lo anterior, la doctrina mayoritaria y así se pronuncia la jurisprudencia, reconoce un carácter sustitutivo o especificativo a la partición, pues su principal efecto consiste en cambiar un derecho impreciso por otro que se concreta sobre bienes ciertos y determinados que pasan a formar parte del haber particular de cada heredero.[15]

Brevemente, en relación con la posición de los acreedores ante la partición se deben distinguir dos situaciones: de un lado, los acreedores del causante y de otro lado, los acreedores de los herederos. En cualquier caso, el punto de partida lo marca el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento civil que impide en su párrafo tercero que puedan instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que deberán ejercitar en el juicio declarativo que corresponda. En este sentido, se les reconocen determinadas facultades; así, el artículo 1082 del Código civil permite que los acreedores del causante, reconocidos como tales,[16] puedan oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia en tanto en cuanto se les paga o afianza el importe de sus créditos; y el artículo 1083, para los acreedores de los coherederos, permite que intervengan, a su costa, en la partición para evitar que esta se lleve a cabo en fraude o perjuicio de sus derechos. Se trata de una medida

de prevención que les permitirá estar perfectamente informados de los trámites que se llevan a cabo para evitar componendas que les haga imposible el cobro de las deudas.

II. TIPOLOGÍA DE LA PARTICIÓN

La partición de la herencia puede llevarse a cabo por vía judicial o extrajudicial. Para este segundo caso, se puede dar la situación en la que haya sido el propio causante quien haya expresado, a través de una declaración unilateral de voluntad, de manera concreta en su testamento qué bienes debe recibir cada heredero; la pueden haber acordado estos últimos y ser, por lo tanto, fruto de un pacto; se puede haber encomendado a un tercero, contador-partidor, nombrado por el propio causante en su testamento o designado, incluso, por los herederos. Al margen de estas posibilidades, la partición se puede llevar a cabo, si hay oposición, a través del procedimiento especial para la división de herencia recogido en los artículos 782 a 789 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que remite el artículo 1059 del Código civil. A todas estas vías podemos añadir la arbitral, bien porque haya sido acordada por los herederos, bien porque sea este el medio de resolución de conflictos previsto, en el testamento, para atender las controversias entre sucesores no legitimarios.[17]

Veamos, brevemente, cada uno de estos tipos de partición para situar el contexto, dejando para el próximo epígrafe el desarrollo de la partición que realiza el propio testador al ser el objeto principal de nuestro estudio.

— *Partición realizada por el testador*

El testador, como principal artífice de su sucesión, puede llevar a cabo la distribución concreta de sus bienes de la manera que considere más oportuna, como expresión de su última voluntad si lo hace *mortis causa*, o en un acto separado *inter vivos*, de manera verbal o escrita, en documento público o privado, que guarde conexión con su testamento. Con claridad el artículo 1056 del Código civil afirma que cuando el testador hace, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos. En estos casos, el testador no sólo señala la cuota[18] que corresponde a los herederos, sino que también señala los bienes que deben integrarla, evitando la creación de la comunidad hereditaria.

A la problemática que plantea este tipo de partición en relación con el análisis del segundo párrafo del artículo 1056 del Código civil y su conexión con el ámbito de la empresa familiar se dedicarán los dos próximos epígrafes.

— *Partición realizada por comisario o contador-partidor testamentario*

Según el artículo 1057 del Código civil en su párrafo primero, el testador puede encomendar, por acto *inter vivos* o *mortis causa,* la facultad de hacer la partición para después de su muerte a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, dado el interés directo de estos en el resultado de la misma. Se trata de una persona de confianza del testador que podrá actuar con libertad, pero sometido a las disposiciones testamentarias.

A pesar de su similitud no se trata de un albacea, que sería la persona, también de su confianza, nombrada por el testador con el encargo de ejecutar las disposiciones de su testamento, velando así por el cumplimiento de su última voluntad. Para ello, tendrá todas las facultades que expresamente le haya conferido el testador y si no se hubieran señalado, le corresponderá disponer y pagar los sufragios y su funeral; satisfacer los legados que consistan en metálico con el conocimiento y beneplácito de los herederos; vigilar la ejecución del testamento, sostener su validez en juicio y fuera de él y tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes.[19] En principio, por sus funciones son dos encargos diferentes, si bien el albacea, si así lo establece el causante puede ser a la vez contador-partidor. Además, al no estar regulada expresamente esta figura en el Código civil, la jurisprudencia acude analógicamente a la normativa del albaceazgo para establecer su régimen jurídico.

Al igual que en el caso del albaceazgo, el de contador-partidor es un cargo *voluntario* y por ello se puede aceptar o renunciar libremente, entendiendo que se acepta si no hay excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que se tiene noticia del nombramiento, o si este ya le era conocido, dentro de los seis días siguientes a aquel en que supo la muerte del testador;[20] es *personalísimo*, por lo que no puede delegarse; *temporal*, pues si el testador no hubiera fijado un plazo de actuación deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación; si el testador quisiera ampliar este plazo deberá señalar expresamente el de la prórroga; si no lo señala, se entenderá prorrogado por el plazo de un año; si transcurrida esa prórroga no se hubiera cumplido la voluntad del testador, podrán el secretario judicial o el notario conceder otra, por el tiempo que fuera necesario, atendidas las circunstancias del caso; también los herederos y legatarios, de común acuerdo, podrán prorrogar el plazo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo se adoptara sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año [21] y *gratuito*, dado que sólo existirá remuneración si así lo dispuso el testador, sin perjuicio de que si su nombramiento se debiera también a su pericia pueda cobrar los trabajos que, en el ámbito estricto de sus competencias, pudiera llevar a cabo.[22]

Se trata, por último, de un encargo *revocable* pues este nombramiento sólo surtirá efecto tras la muerte del testador, momento en el que nos hemos de remitir

a la que haya sido su última voluntad, y que, en su caso, debe desarrollarse de manera objetiva e imparcial.

Siendo su misión principal llevar a cabo la partición tiene la potestad de, de acuerdo con la voluntad del testador y la normativa aplicable, llevar a cabo las operaciones de inventario,[23] valoración de bienes, liquidación, formación de lotes y adjudicación de los mismos,[24] para lo que se le deben reconocer además, otras facultades necesarias para llevar la partición a buen término: así, la liquidación, en su caso, de la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo;[25] la interpretación del testamento, como requisito necesario para poder cumplir su encargo, lo que le puede llevar a leves subsanaciones por la necesidad de ajustar la voluntad del causante a las normas vigentes;[26] completar dentro del plazo establecido, con bienes omitidos, una partición anterior;[27]determinar el carácter colacionable de una donación; adjudicar bienes con la encomienda de pagar deudas de la herencia; y reducir legados si su valor es superior a la parte disponible.

El cuaderno particional que prepare no está sujeto a una forma determinada[28] ni tampoco a la aprobación de los coherederos que deben respetar la partición practicada por el contador partidor, no pudiendo instar la división judicial de la herencia; lo que no es óbice para que puedan impugnar la partición o solicitar su rescisión si consideran que la actuación del contador partidor les ocasiona perjuicio.

— *Partición realizada por los herederos*

Cuando el testador no ha hecho la partición, ni ha encomendado a otra persona esta facultad, los coherederos pueden, de común acuerdo y siempre que exista unanimidad [29] como requisito de validez, distribuir los bienes de la herencia de la manera que consideren más conveniente, incluso al margen de la voluntad del testador, realizando negociaciones y renuncias y sin atender a la igualdad de lotes que establece el artículo 1061 del Código civil.

Se trata, pues, de una partición convencional, basada en el principio de autonomía de la voluntad, de naturaleza contractual, cuya validez está avalada por el consentimiento de herederos y legatarios de parte alícuota, partícipes de la comunidad hereditaria. Si alguno de ellos hubiera enajenado su cuota, se habrá de contar con el beneplácito del adquirente de la misma. En cualquier caso, se requiere como requisito de capacidad la mayoría de edad y libertad en la administración de los bienes; lo que no supone un obstáculo para los menores de edad que podrán intervenir si están legítimamente representados por sus progenitores o tutores, ni tampoco para la persona con discapacidad, pues será el curador con facultades de representación quien actúe en la misma. Como explica el artículo 1060 del Código civil, el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada e igualmente el curador, una vez se haya practicado. Si la partición la realiza el defensor judicial,[30] designado para actuar en nombre de un menor o de

una persona a cuyo favor se hayan indicado medidas de apoyo, si existe conflicto de intereses, necesitará, igualmente, la aprobación del juez, salvo que se haya dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

La partición efectuada por los coherederos no está sujeta a especiales requisitos de forma para considerarla válida y eficaz. Se aplica el principio de libertad de forma, sin perjuicio, obviamente, de su necesaria documentación a efectos de la prueba de su existencia y para poder llevar a cabo la posterior inscripción de las adjudicaciones concretas en el Registro de la propiedad.

— *Partición realizada por contador partidor dativo*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el letrado de la administración de justicia, vía jurisdicción voluntaria, o el notario, a petición de herederos y legatarios de parte alícuota que representen, al menos el 50 por cien del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuera conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento civil y del Notariado establecen para la designación de peritos.[31] La partición así realizada requerirá aprobación del letrado de la administración de justicia o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios de parte alícuota.

A través de esta vía se evita acudir a la partición judicial si no se consigue la previa unanimidad entre los herederos, si bien la partición efectuada, el cuaderno particional, requerirá, para su eficacia, la confirmación expresa de todos ellos; razón por la cual se le puede atribuir, también en este caso, naturaleza contractual. No en vano, cuando el precepto alude a la intervención de los demás interesados, debemos considerar que hace un llamamiento al resto de partícipes en la comunidad hereditaria que no hubieran pedido este nombramiento de contador-partidor, a los acreedores del causante y al cónyuge viudo.

— *Partición realizada por la vía del arbitraje*

La partición de la herencia se puede llevar a cabo, también, recurriendo al arbitraje.[32] Esta modalidad de partición puede ser interesante para la empresa familiar, bien porque ésta haya sido la voluntad del testador y así lo haya instituido en alguna disposición testamentaria con la intención de solucionar diferencias de criterio entre herederos no forzosos[33] y legatarios, por cuestiones relativas a la administración y distribución de la herencia; bien porque sean los propios herederos los que ante controversias respecto a la división de la herencia, decidan el nombramiento de un árbitro para dirimirlas.

El convenio arbitral obligará a las partes a cumplir lo estipulado al tiempo que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje siempre que ello se invoque mediante declinatoria por quien tenga interés en ello.

Esta declinatoria no impedirá proseguir con las actuaciones arbitrales y del mismo modo, el convenio arbitral no impedirá que las partes soliciten de un tribunal la adopción de medidas cautelares.[34]

El laudo que se emita contendrá las operaciones particionales y deberá ajustarse a la normativa vigente en relación con la igualdad de los lotes que resulten. Las partes interesadas deben haber tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos y tanto ellas como el árbitro y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar confidencialidad de las informaciones que conozcan.[35]

El laudo deberá constar por escrito, estar motivado y firmado, constando la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. En él se pronunciarán también sobre las costas, honorarios y gastos. Se notificará a las partes en la forma y plazo que éstas hayan acordado o en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Dentro de los diez días siguientes a la notificación, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra parte, solicitar a los árbitros la corrección de cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico; la aclaración de algún punto; el complemento del laudo respecto de peticiones no resueltas en él; y la rectificación si se han resuelto cuestiones no sometidas a su decisión.[36]

El laudo producirá efecto de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación, y en su caso, la revisión de la manera establecida para las sentencias firmes en la Ley de Enjuiciamiento civil, norma por la que también se regirá su ejecución forzosa.[37]

— *Partición judicial*

Ante la ausencia de partición testamentaria, nombramiento de contador partidor,[38] imposibilidad de acuerdo unánime de los coherederos y si no se acude a la vía del arbitraje, no queda más solución a quienes estén interesados en la partición que acudir a la vía judicial. A la división judicial de patrimonios y en concreto, a la división de la herencia se refieren los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, a los que nos remite el artículo 1059 del Código civil, en el caso de que los herederos mayores de edad no se entiendan sobre el modo de hacer la partición.

Se trata de una vía de partición subsidiaria que queda supeditada a que las sendas previstas en los epígrafes anteriores no se hayan contemplado o no hayan resultado viables. Dicha subsidiariedad se deduce, igualmente, del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento civil que permite que, en cualquier estado del juicio, los interesados puedan separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

Este procedimiento se podrá iniciar a instancia de cualquier heredero o legatario de parte alícuota, siendo importante destacar que no persigue en sí mis-

mo la declaración de derechos, sino facilitar a los partícipes en la comunidad hereditaria un título que sea suficiente para llevar a cabo la transmisión de los bienes, pasando de un derecho abstracto sobre el patrimonio, a uno concreto sobre los bienes que les adjudiquen y al mismo tiempo, para el caso de los bienes inmuebles, un título que permita llevar a cabo la inscripción en el Registro de la propiedad. Este y no otro es su valor.

En este sentido, los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, y sobre el nombramiento de los peritos que deban intervenir en la valoración de los bienes. Si hay falta de acuerdo se designarán mediante sorteo.[39]

Una vez determinados, el Letrado de la Administración de justicia entregará los autos al contador y pondrá a disposición de los peritos los objetos, documentos y papeles que necesiten para hacer el inventario, en su caso, el avalúo, la liquidación y división del caudal hereditario. El letrado podrá fijar al contador un plazo para que presente las operaciones divisorias, siendo, en caso contrario, responsable de posibles daños y perjuicios.

Realizadas dichas operaciones,[40] el letrado emplazará a las partes para que en diez días formulen oposición por escrito. En ese plazo, podrán examinar los autos y operaciones divisorias. Si no hubiera oposición, el letrado dictará decreto aprobando las operaciones realizadas y mandando su protocolización. Si, por el contrario, los interesados no estuvieran conformes, se convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el tribunal, que se celebrará en los diez días siguientes. Si de la comparecencia resulta conformidad, se ejecutará lo acordado incluyendo, en las operaciones divisorias, las reformas convenidas. Si no hubiera conformidad, el tribunal oirá a las partes, admitirá las pruebas que se propongan siempre que no sean impertinentes o inútiles, continuándose la sustanciación de acuerdo con las normas previstas para el juicio verbal. La sentencia que recaiga se llevará a efecto, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos en el juicio ordinario que corresponda.

Aprobada definitivamente la partición, el letrado entregará a cada interesado lo que se le haya adjudicado con su título de propiedad; con una salvedad, si algún acreedor de la herencia ha manifestado su oposición a que se lleve a cabo la partición, no se hará la entrega de los bienes mientras sus créditos no estén completamente pagados o garantizados.

III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR

Como se anunció en un epígrafe anterior, la posibilidad de que sea el propio testador quien realice la partición de su herencia queda recogida en el artículo

1056 del Código civil que en su primer párrafo afirma que cuando sea el testador quien haga la partición de sus bienes, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad, se habrá de pasar por ella, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos; precepto que debemos completar con el artículo 1075, también del Código civil, según el cual, la partición que haga el difunto no se puede impugnar por causa de lesión, salvo en el caso de perjuicio para la legítima de los herederos forzosos o que aparezca o racionalmente se pueda presumir que fuera otra la voluntad del testador.

Es lógico que siendo *la voluntad del causante de la herencia la ley principal que debe regir cualquier sucesión,* se permita que sea el mismo quien lleve a cabo la división y distribución de sus bienes de la manera que mejor considere, evitando la previa y común situación de comunidad hereditaria, pues el resultado de la misma será el conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que para él se hayan señalado.

De acuerdo con lo anterior, el testador, en el propio testamento o en un acto separado, que guarde conexión con el anterior,[41] determinará que bienes concretos de su patrimonio atribuye a sus herederos. Se trata, pues, de adjudicaciones específicas de bienes, de carácter particional, que vienen a rellenar las cuotas de los instituidos herederos; razón por la cual la partición realizada por el propio testador impide que surja la comunidad hereditaria;[42] si bien se ha de tener en cuenta que estas asignaciones se tendrán que respetar aun cuando no se ajusten a dicha cuota, siempre y cuando las legítimas queden salvadas[43] y al margen de que el testador realice una partición que abarque todos los bienes que componen su patrimonio o sea necesaria con posterioridad una partición complementaria, si al tiempo de su muerte los bienes que conforman su patrimonio no coinciden exactamente con aquéllos de los que pudo disponer cuando realizó su testamento, lo que, por otra parte, es bastante habitual.

En atención al artículo 1056, se debe afirmar que la voluntad del causante *debe ser respetada por los herederos*, en cuanto no perjudique derechos legitimarios de los herederos forzosos.

Esto es, una vez que se haya determinado quiénes son los parientes que quedan a la muerte del causante, se haya analizado su testamento e interpretado las cláusulas que pudieran dar lugar a confusión o conflicto, se haya verificado quiénes son finalmente las personas interesadas en la herencia, se haya liquidado, en su caso, la sociedad de gananciales, se haya realizado el inventario y el avalúo de su patrimonio, para lo cual se habrán de tener en cuenta las donaciones llevadas a cabo por el causante y el carácter privativo o ganancial de algunos bienes, si no se hubiera hecho la liquidación de la sociedad ganancial, se haya llevado a cabo el pago de las deudas de la herencia, se haya determinado si debe operar algún tipo de reserva y por ello, el destino que se ha de dar a bienes concretos; se hará

el cálculo de las legítimas si existen legitimarios en dicha sucesión; para ello, se han de tener en cuenta posibles donaciones, que junto con los legados, si hubiera, habrán de imputarse y reducirse en su caso; sin perder de vista, eventuales supuestos de desheredación o preterición de herederos forzosos.

Respetadas las legítimas por el causante-testador, sus herederos deben acatar su voluntad soberana y acomodarse a los bienes que se les adjudiquen. La partición llevada a cabo por el causante es preferente y, además, no queda sujeta a la obligación de guardar la igualdad de lotes que establece el artículo 1061 del Código civil, en cuanto deben estar conformados por bienes de la misma naturaleza, especie o calidad. La libertad del testador, en este aspecto, es máxima; respetadas las legítimas puede formar lotes que no sean iguales ni homogéneos, incluso en el caso de que los herederos sean también legitimarios, siempre que sus legítimas sean respetadas desde un punto de vista cuantitativo,[44] pues si bien la legítima, en principio, es *pars bonorum* y debe ser satisfecha con bienes de la herencia, los artículos 841 y siguientes del Código civil consagran la posibilidad, tratándose de una sucesión de descendientes, de que ésta sea satisfecha en metálico; ello requerirá la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes o bien aprobación por el secretario judicial o el notario. Esta opción del testador no afectará ni a los legados de cosa específica ni a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas. En este caso, cualquier divergencia entre institución y partición ha de resolverse a favor de esta última.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto en los artículos 1069 y 1070 del Código civil, si el testador realiza la partición, no existirá obligación recíproca para los coherederos de *saneamiento por evicción o vicios ocultos* que afecten al valor de los bienes, siempre que el causante no se haya manifestado en sentido contrario de manera expresa; no se perjudique la legítima del heredero, si fuera legitimario;[45] o se deduzca tácitamente la voluntad favorable del causante al saneamiento, si no existiera correspondencia entre la ordenación testamentaria y los bienes adjudicados a los herederos. Se nos plantea de nuevo la divergencia entre la institución y la partición, de la misma manera que se puede plantear, si la partición se refiere a bienes que cuando se abre la sucesión ya no están en el patrimonio del causante porque ha dispuesto de los mismos. Es fundamental, de nuevo, la tarea interpretativa del testamento para averiguar la voluntad última del causante y proceder en consecuencia.[46]

Por todo ello, tampoco quedará sujeto a la pauta de *rescisión por lesión en más de la cuarta parte*, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas,[47] pues ello sólo será posible si el perjuicio lo es de la legítima o se puede constatar que fue otra la voluntad del testador, lo que nos lleva, de nuevo, a la cuestión de la discordancia entre la disposición testamentaria y la partición. Para algunos estudiosos, la solución del artículo 1075 Cc no ofrece tacha si la

partición discrepante se contiene en el mismo o ulterior testamento, pero se debe descartar cuando se verifica por acto inter vivos, pues la jurisprudencia lo ha degradado a una existencia como mero documento ejecutorio de un testamento cuyos llamamientos no puede contradecir (CARBALLO FIDALGO, 2011, 1733).[48]

A mi juicio no se puede dar una solución única y se ha de estar al caso concreto. Partiendo de que el artículo 1056 admite que la partición hecha por el testador puede estar contenida en un acto inter vivos o de última voluntad, debemos centrarnos en las características que debe reunir ese acto inter vivos. Así, debe ir referido, en todo caso, a un testamento del que trae causa y que lo justifica; de ahí, su carácter accesorio y que deba seguir sus vicisitudes. Esta declaración se plasmará en un documento público o privado,[49] con la consiguiente problemática que plantee la prueba de su existencia y el acceso al Registro de la propiedad, pero, en cualquier caso, deberá incluir una declaración de voluntad unilateral, en la que se requiera la misma capacidad que para realizar el testamento y en la que no existan vicios del consentimiento. Este acto tendrá un contenido limitado, hacer la adjudicación de bienes concretos en relación con una institución testamentaria y en ningún caso será posible la disposición de bienes de manera distinta a la inicialmente prevista pues ello lo invalidará al no haberse realizado con las solemnidades necesarias para testar; supuesto en el que, en caso de discordancia, deberá prevalecer la disposición testamentaria. En consecuencia, un testamento posterior del causante no sólo dejará sin efecto el testamento anterior sino también el acto inter vivos de partición asociado a aquél. Si este acto inter vivos reúne estos requisitos se habrá de respetar, aunque la adjudicación de bienes cree desigualdades entre los herederos llamados, siempre que las legítimas estén a salvo.

El perjuicio de la legítima ha de entenderse en la doble consideración que le otorga el principio de intangibilidad: cuantitativa y cualitativa. Así, las cuotas fijadas por la ley deben ser siempre respetadas y en función de la situación concreta, el valor que tengan las mismas, pues el legitimario tiene derecho a recibir íntegramente la legítima que le corresponda, para ello, si fuera necesario, se habrán de reducir las disposiciones realizadas por el causante, si con ellas se vulneran las legítimas; y, por otra parte, esos bienes han de recibirse libres de todo tipo de gravamen, carga, condición o sustitución.[50]

Por lo tanto, sólo en el supuesto de que la partición atentara contra la legítima, el legitimario perjudicado podrá actuar pidiendo el complemento de la misma; para ello, si fuera necesario, y según el caso, instará la reducción de la institución de heredero por haber recibido aquél más de lo que el causante podía atribuirle; podrá pedir la reducción de legados, lo que se llevará a cabo a prorrata a salvo que el causante hubiera declarado el carácter preferente de alguno de

ellos y podrá plantear la acción de reducción de donaciones, si a la muerte del causante y previa imputación de las mismas se comprueba que son inoficiosas.

En consecuencia, la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, siempre que las legítimas estén a salvo, a no ser que se pueda probar la falta de concordancia interna entre la voluntad reflejada al hacer la institución y la partición concreta que realiza; es decir, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.

Para ello será necesario que *la interpretación del testamento* nos lleve a dicha consideración pues en principio, debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, se puede prescindir de ese sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto;[51] esto sólo ocurrirá si existen términos o expresiones de dudosa significación que permitan descubrir en la declaración de voluntad un sentido real distinto del aparente; sin olvidar que la labor interpretativa tiene como finalidad la determinación de lo que el causante quería cuando testó, cuál era su verdadera voluntad, aquello que ha de producir sus efectos después de su muerte; para que de esa interpretación, el resultado sea armónico y congruente.

En su caso, la interpretación corresponderá a los herederos, al albacea designado o en su defecto, a la autoridad judicial. Del artículo 675 del Código civil resulta que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real o más probable del testador en el instante de otorgamiento del testamento. Para ello, el primer elemento de interpretación será el textual, presumiendo que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad, aun cuando se pueda acudir a la prueba extrínseca, destacando la importancia de factores tales como el teleológico o el sistemático, pues quien pudiera aclararla ya no vive y el carácter formal del testamento exige partir de los términos en los que la declaración aparezca redactada. Además, será lógico entender, cuando se trate de un testamento autorizado en una notaría que las palabras que se emplean en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento jurídico. Y partiendo de este criterio prioritario, se puede dar a las palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes, porque la voluntad del causante no necesariamente va a ser expresa, pero sí tiene que ser inequívoca.[52]

En conclusión, si no hay dudas de interpretación o si existiendo se solventan, el testador dispondrá la asignación de sus bienes con el único límite de las legítimas, pudiendo, además, señalar, en el supuesto del artículo 1056 párrafo segundo, que se analizará después, que su pago se realice en metálico.

De todo lo explicado se deduce *la necesaria existencia de un testamento previo*.[53] El artículo 1056 se refiere al *testador* que ha realizado una declaración

de última voluntad en la que al tiempo que designa a sus herederos determina los bienes concretos que quiere que reciban; y si lo hiciera en un acto extra testamentario inter vivos, éste debe ir referido a un testamento anterior dado que aquel no podrá ser revocado ni en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar,[54] y ello es así, pues la sucesión contractual no está admitida, hoy por hoy, en nuestro Ordenamiento jurídico; esto lleva a un efecto fundamental y es que si no existe aquel testamento previo del que este documento trae su causa y fundamento o para el que es referencia, esa partición practicada entre vivos ni va a tener efecto transmisivo alguno, ni va a afectar a la libertad testamentaria del disponente que podrá otorgar una declaración de voluntad posterior que lo modifique, varíe o anule.[55]

En atención a lo anterior, se debe destacar el carácter unilateral de la partición realizada por el testador y su condición *mortis causa,* de la que se infiere, a su vez, su naturaleza revocable y que el testador, mientras viva, no se desprenda de la propiedad y libre disposición de sus bienes, constituyendo una unidad compleja con el testamento que le sirve de base (LÓPEZ PELÁEZ, 2023, 2152)[56] en la que se pueden diferenciar los dos aspectos, que estamos examinando, la institución y la partición.

De igual modo, en ocasiones, la voluntad del causante aparece difuminada y no es clara en torno a si hay una *verdadera partición* o lo que existe es una voluntad *de que al hacer la partición* se incluyan en la distribución determinados bienes para determinadas personas. En estos casos, será necesaria la interpretación testamentaria para saber si nos encontramos ante una *partición ordenada por el causante* de obligado cumplimiento para los herederos o si se trata de *normas particionales del testador,* que hay que respetar pero que obligan a llevar a cabo una partición, con todas las operaciones particionales y de común acuerdo por los herederos. Se trata, más bien, de instrucciones o recomendaciones que deben tener en cuenta quienes realicen la partición, los coherederos, el contador-partidor o en la partición judicial; nos referimos a directrices del tipo de que se eviten adjudicaciones en condominio ordinario, atribuciones genéricas de categorías de bienes y de homogeneidad cualitativa de los lotes que resulten.

En la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 27 de octubre de 2023, se explica muy bien la diferencia entre estas dos situaciones. En ella se afirma que el causante puede pretender evitar la comunidad mediante disposiciones en las que lo dispositivo embebe la partición, o bien predeterminar la partición, indicando a los herederos el modo de realizarla, si bien en este último caso no hay partición propiamente dicha; así, la distribución de los bienes puede efectuarse tanto en forma propiamente particional como a través de asignaciones que agoten el caudal; para ello, el testador tendrá en su mente el inventario del activo y del pasivo de su haber y los correspondientes avalúos, pero

no es necesario ni que los detalle ni que los consigne (VALLET,1978,123-170).[57] Tampoco es preciso que los inmuebles se describan con los requisitos necesarios para proceder a su inscripción en el Registro de la propiedad, pues estos podrán llenarse en escritura complementaria, acta notarial o incluso mediante instancia.[58]

De acuerdo con lo anterior, cuando nos encontramos ante un auténtico testamento particional:

- En el propio testamento se da el acto de disposición y el acto de atribución.[59]
- Las disposiciones particionales del causante son obligatorias, los herederos deben pasar por ellas.[60]
- Se ha de dar eficacia inmediata a la partición efectuada por el testador, aunque no se hubiera procedido a la liquidación formal de la herencia, llevando a cabo de manera consecutiva las fases que la conforman: inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes y adjudicación.
- No hay que formalizarla en otro documento público. El testamento es título suficiente.[61]
- Suponen una atribución directa del dominio sobre los bienes adjudicados. Es la propiedad exclusiva a la que se refiere el artículo 1068 del Código civil. No hay comunidad hereditaria.
- Inexistencia de compensaciones para el caso de que el valor de los bienes adjudicados no coincidiese con la cuota. El valor real de los bienes se ha de tener en cuenta a efectos de hacer el cálculo de las legítimas, para que queden respetadas; al margen de ello, lo relevante es el bien en sí y no su valor objetivo concreto.[62]
- Es suficiente que cualquiera de ellos acepte su adjudicación respectiva. No es necesario que acepten y soliciten su inscripción todos los interesados. Es innecesaria su conformidad.[63]
- El propio testamento acompañado de la escritura que recoja la voluntad del adjudicatario de aceptar su designación constituye título inscribible.[64]
- Los adjudicatarios podrán tomar posesión de los bienes y harán suyos los frutos y mejoras de los mismos desde el fallecimiento. También asumirán los gastos que se puedan haber originado y sus posibles deterioros.
- Únicamente podrán oponerse los legitimarios si sus legítimas hubieran resultado vulneradas.
- Esta partición no será un obstáculo para llevar a cabo otra complementaria si hubiera bienes de los que no se hubiera dispuesto en el testamento.[65]
- Probablemente, se eviten conflictos y enfrentamientos entre los llamados a la sucesión por los problemas que podría generar la falta de acuerdo entre ellos.

Se puede afirmar en vista de lo anterior que esta no es una cuestión intranscendente, pero al no existir pautas específicas que nos permitan decidir si nos encontramos en un caso o en otro, adquiere una relevancia fundamental la manera en la que se haya expresado el testador, pues de la lectura del testamento se debe colegir, sin duda, que existe una verdadera y definitiva voluntad de adjudicación, si realmente ha querido llevar a cabo la partición, y no simplemente aconsejar o dar ciertas directrices y orientaciones, aunque sean vinculantes, a quien tenga que hacerla.[66]

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece ir por otros derroteros y la doctrina que podemos encontrar en sus sentencias,[67] en la mayoría de las ocasiones, es mucho más restrictiva si bien existen sentencias contradictorias. Así sólo considera que existe una verdadera partición testamentaria, que excluye que la partición se tenga que hacer de otra manera, si se da lo que considera una *regla de oro*: que el testador haya practicado todas las operaciones particionales; por lo que si no hay inventario previo, el avalúo correspondiente, y liquidación y formación de lotes, lo que hace el testador es manifestar su voluntad de que en el momento de la partición bienes determinados se adjudiquen a determinados herederos, es decir se trata de normas particionales y no de partición *stricto sensu*.

A ello se añade que, para considerar la partición del testador, como tal, se exija que la misma afecte a todos los bienes del causante, de modo que, no sea necesaria una partición complementaria posterior. En este sentido, la declaración expresa que haga el testador afirmando que está realizando la partición de su herencia no se toma en consideración si no se incluye un inventario completo de los bienes que, tras su valoración, deben ser adjudicados a lotes concretos.[68] Se valora, además, positivamente que el testador diga con claridad que la adjudicación se realiza *en pago69* de los derechos del heredero, que no podrá reclamar la adjudicación de otros bienes si dicha atribución no cubriera íntegramente su cuota inicial.

Así, según esta jurisprudencia, si el testamento no contiene todas las operaciones particionales, los efectos nada tendrán que ver con los explicados con anterioridad dado que, nos encontraremos ante una situación de comunidad hereditaria que habrá que disolver; las disposiciones testamentarias no producirán de manera inmediata la transmisión del dominio de los bienes a los que afecten; no será posible la inscripción separada de dichos bienes en el Registro de la propiedad y si fuera necesario, se habrán de llevar a cabo las compensaciones que correspondan entre los herederos hasta cubrir la cuota en la que preliminarmente se les hubiera instituido.

A mi juicio, esta doctrina del Tribunal Supremo apuesta por una mayor seguridad jurídica acudiendo a los que son los cánones clásicos y tradicionales de la partición; nos insta a aplicar un modelo con las proporciones perfectas de una partición bien hecha, muy necesario porque el testador ya no está; pero, al mismo

tiempo, esos requerimientos, que nos llevan a un alto nivel de certeza, nos pueden impedir averiguar y aplicar la verdadera última voluntad del causante, lego, por lo general, en materia sucesoria y que en la mayoría de las ocasiones, se puede traducir, sencillamente, en su deseo de que determinados bienes los disfruten determinadas personas cuando ya no esté, sin más.

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, la responsabilidad se traslada al notario quien, en una fase previa y cumpliendo con su deber de información,[70] tendrá que poner al testador en antecedentes de esta situación, cumpliendo con las funciones que la normativa le atribuye de asesorar ampliamente y aconsejar a sus clientes. Dicho asesoramiento imparcial dará a conocer al testador los medios jurídicos que tiene a su alcance y de los que dispone para el logro de los fines lícitos que se proponga y le permitirá aclarar todas las dudas que tenga para que pueda prestar un consentimiento libre y verdaderamente informado.

La afirmación anterior se traducirá en que el notario, conociendo la tendencia jurisprudencial existente, debe tenerla en cuenta al tiempo de la redacción del testamento y una vez indagada la voluntad del causante, si su intención es llevar a cabo la partición y no sólo dar pautas para que otros la lleven a cabo, no conformarse con la declaración genérica y expresa de que se está haciendo la partición, sino instar al testador a desarrollar la misma en un documento extratestamentario adjunto, que contenga todas las operaciones particionales, comprenda todos los bienes de los que dispone en ese momento de otorgar el testamento y en el que se afirme que se adjudican en pago de sus derechos hereditarios.[71]

A pesar de lo anterior, insisto en que, si hacemos una interpretación tan restrictiva, en muchos casos no se va a respetar la voluntad del testador; pero es que, además, no se está dando a la función del notario la trascendental importancia que tiene. En este sentido, si el testador realiza un testamento notarial y declara que además de la institución de herederos está ordenando la partición de acuerdo con las adjudicaciones de bienes concretos que detalla y en función de lo dispuesto en el artículo 1056 del Código civil, no debiera haber ninguna oposición al respecto, se haya cumplido o no la regla de oro de incluir las distintas operaciones particionales, excluyendo así la situación de indivisión;[72] ahora bien, si su voluntad no estuviera tan clara, se deberá hacer la interpretación del testamento para reconstruirla, y averiguar la que debe ser la ley de la sucesión, todo un reto para los operadores jurídicos.

Por ello, en todo este laberinto, se debe reconocer y destacar el lugar que ocupa el notario, quien juzgará la capacidad del testador, podrá darle un amplio asesoramiento, deberá redactar el testamento de modo que transcriba fielmente su voluntad, adecuándola a las disposiciones de nuestro Ordenamiento jurídico, y así generar la confianza que este acto de última voluntad necesita. Lo contrario supone, a mi juicio, considerar intranscendentes la intención, el interés y deseos

del testador y restar importancia a la obligación, que compete al notario, de asesorar jurídica e imparcialmente, interpretar, configurar y autentificar con arreglo a la legalidad, la voluntad del causante.

IV. LA FACULTAD CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando el objeto de una herencia o parte del mismo es una empresa familiar, el fenómeno sucesorio cobra especial relevancia pues convergen dos intereses del empresario-testador; de un lado, el específicamente sucesorio, pues como hemos analizado podrá disponer de sus bienes de la manera que considere más oportuna, haciendo incluso la partición de los mismos, con la obligación única de respetar los derechos legitimarios existentes; y de otro lado, el empresarial-familiar, pues es conveniente que el procedimiento sucesorio interfiera lo menos posible en el funcionamiento de la empresa cuando llegue el momento de la transmisión del liderazgo y la propiedad de la misma. No en vano, la continuidad y conservación de la empresa son las preocupaciones principales que suelen dirigir al empresario al tomar sus decisiones para después de su muerte.[73]

Este es, precisamente, uno de los mayores problemas que suelen plantearse en el ámbito de las empresas familiares, el relativo a la organización de todos los aspectos que afectan a su continuidad. Por ello, y para asegurar su porvenir, se buscan los mecanismos más adecuados para compatibilizar, de una parte, la supervivencia de la misma, lo que exige, además, una transmisión operativa de su liderazgo, que requiere personas que sepan gestionarla, administrarla y dirigirla de la forma más adecuada; y de otro lado, el hecho constatado de que en la mayoría de las ocasiones, cuando el fundador de la empresa tiene varios hijos, suele ser su deseo que sus bienes, y entre ellos se encuentra su empresa, sean repartidos por partes iguales, o al menos de manera equilibrada entre los mismos. Se trata, en definitiva, de programar su sucesión del modo más adecuado a los intereses empresariales y familiares, pues no se debe olvidar que ese interés legítimo de asegurar la pervivencia de la empresa familiar puede chocar con restricciones jurídicas, que el Código civil impone a la libertad de testar a través del sistema de legítimas;[74] lo que se hace más acuciante, en los supuestos en los que la empresa sea el único bien o el más importante en la herencia del causante por los posibles problemas relacionales entre los miembros de la familia, generalmente hermanos, ante la desigual distribución de los bienes por parte de sus padres.

Con la intención de salvar, al menos, los escollos jurídicos, se incorpora a nuestro Código civil el párrafo segundo del artículo 1056, modificado por la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad limitada

nueva empresa,[75] cuyo objetivo es facilitar en vida del empresario el relevo generacional y la sucesión de la empresa,[76] manteniendo la indivisión de la misma. Para ello, se le otorga la facultad de atribuir la empresa a alguno/s de los herederos disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados, siempre que el testador lo haga en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, razones por la cuales desea mantener indivisa la explotación económica o bien mantener el control de aquella.[77]

De acuerdo con este postulado general, vamos a analizar este precepto, examinando sus elementos más significativos, cuál es la posición del adjudicatario de la empresa, la situación del resto de interesados, cómo se llevará a cabo el pago de la legítima, qué garantías existen del mismo y si contamos o deberíamos contar con otros mecanismos jurídicamente convincentes para alcanzar un efecto similar.

En el ámbito de la empresa familiar, es obvio que es necesario anticiparse al fallecimiento del titular de la empresa, tanto en el ámbito del liderazgo de la misma, como en el ámbito de la transmisión de la propiedad.[78] Por ello, es importante advertir que, si bien el proceso de sucesión puede comenzar con la transmisión del liderazgo, este debe venir acompañado, tarde o temprano y de manera coordinada, de la sucesión en la propiedad de la empresa.[79]

La planificación de la sucesión, para lo que se puede recurrir al protocolo familiar,[80] aportará importantes beneficios, pues, la necesaria continuación del negocio requiere una mudanza fluida que permita reducir riesgos al tener identificado a quien va a ejercer como futuro líder, quien debe estar preparado para asumir las competencias que le atañen pero también, para evitar la paralización del funcionamiento de la empresa, y sobre todo, la disolución de la misma o su descomposición en el caso de existir una pluralidad de sucesores.[81]

Precisamente, para evitar esta desarticulación, el precepto que examinamos permite atribuir la empresa a una sola persona, a quien se puede designar como heredera o legataria. Probablemente, sea una vía útil para la conservación de las empresas familiares, pero vamos a profundizar en el mismo, proponiendo una serie de reflexiones, que nos permitan ser conscientes de las derivadas que se plantean.[82] Se abordarán las siguientes cuestiones, que nos llevan a analizar los elementos personales, reales y formales que servirán de base a la aplicación del precepto:

1. Quién puede ejercitar la facultad recogida en el párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil: El testador.

El precepto se refiere al testador,[83] que debe tener legitimarios y la titularidad de la empresa, acciones o participaciones que le permitan mantener el control de la explotación, para encontrarnos dentro del ámbito de aplicación material de

este precepto.[84] Si no hubiera legitimarios, no hay controversia. Así, se presupone la existencia de un testamento en el que el causante hace uso de esta facultad, como persona libre y con los requisitos de edad y capacidad necesarios, para disponer el destino de sus bienes para después de su muerte, con mayor o menor amplitud en función de sus concretas circunstancias familiares. El testamento es el cauce de expresión de la última voluntad y como es sabido, puede albergar disposiciones de distinta naturaleza, estrictamente patrimoniales o de otra índole.[85]

En principio, no debe haber inconveniente para que el testador utilice cualquiera de las clases comunes de testamento que recoge nuestro Ordenamiento jurídico, abierto, cerrado y ológrafo; si bien, dado su carácter solemne, con la finalidad de aportar certeza y seguridad jurídica a la sucesión voluntaria, que nos permita identificar con claridad su voluntad inequívoca de hacer testamento y disponer en él de los bienes de una manera concreta, se exige que esta se manifieste cumpliendo de manera escrupulosa determinadas reglas formales.[86] Lo contrario provocaría la nulidad de dicho testamento y el recurso a las normas de la sucesión abintestato.

En este ámbito de libertad y autonomía de la voluntad es deseable, como hemos tratado en epígrafes anteriores, que esa declaración aparezca lo más clara e indubitada posible y que técnicamente sea viable, por lo que el testamento cerrado y el ológrafo, en cuya redacción no interviene el notario, probablemente sean desaconsejables cuando se persiguen efectos muy concretos y con una finalidad muy específica como ocurre en el supuesto que nos ocupa.

2. El adjudicatario de la empresa

En cuanto al adjudicatario, favorecido con la explotación económica, no debe haber inconveniente en que sea más de una persona; se puede interpretar ampliamente el precepto y, además, es posible que esto facilite el abono de las legítimas en metálico al resto de hijos del causante, pues la deuda será menor y, por lo tanto, más asequible.

En cuanto a si puede ser adjudicatario un tercero no legitimario, existen opiniones divergentes al respecto; así, hay quien considera que nada impide que sea beneficiario cualquier sujeto, en atención a las siguientes razones: *legislativa*, del artículo que estamos analizando, no se desprende impedimento para designar adjudicatario a un extraño; *sistemática,* el legislador ha optado por ceder el interés de los legitimarios frente al interés del testador por mantener la unidad de la explotación económica; *literal,* cuando el artículo habla de pagar la legítima a los demás interesados se refiere a todos aquéllos que, además del adjudicatario

de la explotación están interesados en la sucesión; razones éstas que avalan que el adjudicatario no tenga que ser legitimario (GARCÍA ALEMANY, 2017,687).[87]

En sentido contrario (PALAZÓN GARRIDO, 2006, 316)[88] opinión a la que me sumo, la norma sólo permite que el testador nombre adjudicatario a cualquiera de los legitimarios, nunca a un extraño. Y ello en atención a los siguientes argumentos: *legal,* La Ley 7/2003, se refiere a la empresa familiar, por lo que una interpretación que favorezca la transmisión de la propiedad fuera del ámbito familiar carece de sentido; *literal,* cuando el precepto establece que se ha de pagar en metálico su legítima *a los demás interesados,* incluye dentro del concepto interesados al destinatario de la explotación, que por lo tanto también ha de ser legitimario; además, si bien en la redacción originaria se decía "disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos", y ello se ha sustituido por "demás interesados", lo que se debe entender es que se amplía el concepto para incluir a hijos y nietos, en su caso, pero finalmente todos legitimarios; *sistemático,* es cierto que se quiere mantener la unidad de la explotación económica, pero esta unidad va referida concretamente a una empresa familiar, que perdería esta esencia y naturaleza, si se pudiera atribuir a un tercero que nada tenga que ver con la familia, pues se trata de equilibrar en la medida de lo posible la conservación de la empresa y el interés de la familia, dado que desde el punto de vista de la paz familiar, confluyen intereses económicos, cierto, pero también familiares; *económico,* la adjudicación a un extraño sólo podría considerarse dentro del tercio de libre disposición, por lo que todo lo que exceda del mismo deberá compensarse a los legitimarios, dos tercios de la herencia, lo que debilitará la situación del adjudicatario y de la empresa, a pesar de contar con un plazo de cinco años para el pago y de poder hacerlo con fondos de la propia explotación. A los anteriores, se puede añadir un argumento estrictamente *sucesorio*, cual es la quiebra del principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima.

3. Los demás interesados

Según hemos analizado, el beneficiario será uno de los legitimarios, en cuanto a *los demás interesados*, perceptores del metálico, el concepto abarca tanto al resto de hijos y descendientes, como al cónyuge y ascendientes legitimarios, según el caso concreto. La amplitud del precepto permite la aplicación de esta facultad si el testador no tuviera hijos, pero si ascendientes o cónyuge.

Los supuestos más habituales, dentro del marco de la multitud de variantes que se puedan imaginar, serán: de un lado, aquel en el que el testador, padre o madre, adjudique la empresa familiar a uno de sus hijos a través de una institución de heredero, y a los demás, les atribuya su legítima, por vía de legado de

cuota;[89] y de otro lado, aquel en el que designe herederos por partes iguales a sus hijos, pues no desea diferencias cuantitativas, pero quiere que la empresa la reciba íntegramente uno de ellos. En ambos casos y utilizando este precepto, señalará, vía particional, que el favorecido con la institución de heredero reciba la empresa familiar e indicará que sea éste quien abone, bien la legítima en metálico al resto de sus hermanos, en el primer caso, bien su cuota hereditaria, en el segundo; ello no excluye al viudo, si se diera el caso. El pago se podrá realizar con metálico extrahereditario, pudiendo el testador señalar el aplazamiento del mismo dentro del plazo de cinco años, si no hay bienes en la cantidad necesaria en el conjunto del patrimonio, pues la legítima, en principio, ha de satisfacerse en bienes de la herencia.

Si se opta por la institución de heredero únicamente para el adjudicatario de la empresa, es fundamental una expresión testamentaria nítida, en la que el causante declare y aclare si el resto de interesados han de recibir su legítima corta o larga, lo que además evitará su preterición. Si fuera la corta, existe una clara mejora, expresa o tácita, según los términos en los que se haya expresado el causante, para el adjudicatario, que abarcará también el tercio de libre disposición; si fuera la larga, será el valor que se atribuya a la misma, al que tenga que hacer frente el adjudicatario, pudiendo atribuirse únicamente la parte de libre disposición. En caso de duda, y si el testamento no arrojara la luz necesaria al respecto, se puede considerar como criterio de interpretación, dado que la intención fundamental es conservar la empresa y su continuidad, que el adjudicatario tendrá que abonar la legítima estricta del resto de herederos forzosos y que para él existe una evidente mejora tácita.

Si la institución de heredero lo fuera por partes iguales a todos los hermanos, esta facultad particional cobra especial relevancia si el valor de la empresa agota íntegramente o casi íntegramente el valor de su patrimonio, siendo pues la inexistencia de metálico o de otros bienes en la herencia en la cantidad necesaria para el pago de las legítimas o de la cuota hereditaria de aquéllos, la situación que nos sirve de base para la aplicación del párrafo segundo del 1056.

Si el causante optase por la institución de un legado, se entenderá que el adjudicatario ha sido mejorado en la medida que el causante establezca, y si no lo hiciera expresamente, si no cabe en la parte libre, entendiendo que existe una mejora más o menos amplia en función del valor de la empresa y del resto de los bienes que existan en la sucesión.

Si el adjudicatario fuera el cónyuge viudo, se vería obligado a abonar como mínimo, la cuota correspondiente a la legítima estricta de sus descendientes y la nuda propiedad del tercio de mejora, dado que la legítima que por ley le corresponde es el usufructo de los bienes que componen el tercio de mejora y que la parte de libre disposición le puede ser atribuida si así lo determina el testador. Si

concurriera con ascendientes, tendría que abonar la cuota correspondiente a un tercio de la herencia, según dispone el artículo 809 del Código civil.

4. El objeto de la transmisión: La explotación económica o sociedad de capital.

El artículo 1056 del Código civil se refiere, en concreto, a una explotación económica o a mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, a través de acciones o participaciones sociales.[90] De la literalidad del precepto se deduce que es viable la aplicación de este instrumento sucesorio de contenido particional tanto a las empresas individuales, como a cualquier otro tipo de actividades económicas no estrictamente empresariales, y a sociedades mercantiles únicas o en grupo, bajo una dirección económica unificada. La amplitud del precepto permite, al no hacerse referencia alguna al objeto de la explotación, que tenga cualquier actividad, incluso no siendo estrictamente empresarial, pero siempre que tenga un fin de mercado que exija organización y unidad.[91]

5. Razones para la adjudicación: La conservación de la empresa y el interés de la familia.

Según el artículo que estamos analizando, el causante que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, puede utilizar la facultad que aquí se le concede cuando quiera conseguir alguna de estas finalidades o las dos: la conservación de la empresa o el interés de su familia.

a) La conservación de la empresa

Este principio debe ser aplicable con independencia de la naturaleza y características de la empresa familiar, ya sea industrial, comercial, de servicios en general, profesional, de intermediación, de comunicaciones, de transportes, turística, forestal, de construcción, agrícola, ganadera, o pesquera, entre otras.[92]

La conservación de la empresa implica que el causante desea llevar a cabo las actuaciones necesarias para mantenerla y cuidar su permanencia e integridad, para ello hay que preservar el capital social y ponerlo en manos de quien vaya a ponerse al frente de la creación de su causante.

A través del artículo 1056, el legislador facilita una medida que permite que subsista la explotación cuando es objeto de transmisión hereditaria; pero creo que más allá de lo que pueden ser los intereses privados y subjetivos que puedan llevar al causante propietario de la empresa a actuar de una manera u otra, hay al mismo

tiempo, un interés social o general en su pervivencia y conservación, un objetivo de política económica, dada la evidente influencia que las empresas familiares tienen para la economía nacional, su carácter transversal y el peso que ejercen en el binomio economía-derecho como instrumentos de creación de riqueza.[93]

b) El interés de su familia

La dificultad que plantea el proceso de sucesión en las empresas familiares se describe objetivamente con los tres famosos círculos que representan tres esferas interconectadas: empresa, familia y propiedad.[94] Las intersecciones de estos círculos denotan la complejidad de las mismas, y es preciso considerarlos para comprender completamente la dinámica de una empresa familiar, dado que a los elementos estructurales que acompañan a cualquier tipo de empresa se ha de añadir un elemento emocional que dificulta las relaciones entre los integrantes de las mismas y que suele ser germen de conflictos familiares que influyen negativamente en su proyección.

Una de las notas distintivas de este tipo de empresas es que es la familia la propietaria de la misma y por esta razón, el control de las decisiones estratégicas recae en sus miembros, quienes tienen el interés y el deseo explícito de que ese control perdure en el futuro. En este sentido, la unidad familiar es un aspecto crítico para la supervivencia del negocio; para preservar el legado del causante, mantener vivos los valores familiares y transmitirlos a las nuevas generaciones, manteniendo vital la empresa familiar a largo plazo.

En atención a lo anterior, a mi juicio y aun cuando el precepto utiliza una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo *o,* no quiere expresar una alternativa entre dos opciones diferentes y excluyentes, conservar la empresa o el interés de la familia, sino que expresa una equivalencia denominativa, pues ambas finalidades están intrínsecamente ligadas cuando nos referimos a la empresa familiar;[95] se trata de facilitar el relevo generacional y al mismo tiempo, la indivisión de la misma, lo que se puede conseguir tanto adjudicándola a una sola persona como a varias, siempre que estas continúen el negocio. De hecho, es precisamente la conexión entre estas dos finalidades la que legitima la utilización del artículo 1056 del Código civil frente a los artículos 841 y siguientes, que también permiten al testador o contador-partidor, expresamente autorizado por él, adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios a algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.[96]

6. Efecto: El pago en metálico de la legítima

Puede hacerse con metálico hereditario o no hereditario,[97] de modo que, si bien la regla general considera la legítima como *pars bonorum,* este precepto

constituye una excepción al permitir que sea configurada como *pars valoris bonorum*. En cualquier caso, y en tanto en cuanto el pago en metálico se hace efectivo, ese carácter de *pars bonorum* sigue vigente, a modo de garantía, pues la afección de los bienes se mantendrá hasta que los legitimarios hayan recibido lo que les corresponde, esto es, la valoración en metálico de dicha *pars bonorum*.

El quantum de la legítima se fijará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 818 y siguientes del Código civil y en cualquier caso debe existir un acuerdo entre los legitimarios y el adjudicatario de la actividad empresarial. Si no existe acuerdo y el legitimario recibe menos de lo que le corresponde podrá pedir el complemento de la legítima y rescindir la partición.[98] Lo importante, a estos efectos, es la valoración que se haga de la empresa y del resto de bienes del causante, si existieran. Esta valoración podría hacerse en dos momentos diferentes, lo que puede ser germen de nuevos conflictos; de un lado, al tiempo de la apertura de la sucesión, siguiendo el criterio del artículo 818 del Código civil; y de otro lado, al tiempo de la liquidación, si tomamos como referencia el artículo 847.

A mi juicio, siempre que el testador no se haya manifestado al respecto, señalando expresamente el momento en el que quiere que se haga la estimación, se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, es un momento objetivo en el que los bienes tendrán un valor determinado, el que sea, en torno al cual se debe calcular el valor de las legítimas. Demorar la tasación al tiempo en que se lleve a cabo la liquidación puede dar lugar a que se produzcan alteraciones en el valor del objeto, simplemente, por ejemplo, porque haya una coyuntura económica diferente, en perjuicio de alguna de las partes. Ello no será un obstáculo, sin embargo, para que el crédito devengue el interés legal desde la liquidación.

Una vez que se ha fijado el valor de las legítimas, el adjudicatario debe proceder a su abono. Cabe la posibilidad de que el testador y el contador-partidor testamentario establezcan un aplazamiento para el pago que puede señalarse hasta los cinco años, a contar desde el fallecimiento del testador[99] y ampliarse, en su caso, por voluntad de los interesados. Ello facilitará el cumplimiento de la obligación de pago para el adjudicatario y, al mismo tiempo, será una garantía de subsistencia de la propia empresa. El sucesor podrá hacer los abonos con los beneficios que el negocio genere, la empresa no tendrá que descapitalizarse y se reducirá la necesidad de financiación externa, lo que protegerá su continuidad.[100] También es viable un pacto sobre el fraccionamiento del pago. En cuanto a la posibilidad de que el aplazamiento genere intereses, no especifica nada el precepto, por lo que salvo que el testador o contador-partidor testamentario establecieran esta obligación accesoria, no deben devengarse,[101] con la excepción de que se puedan pactar si al aplazamiento se une un fraccionamiento del pago o al primer aplazamiento se une una prórroga solicitada por el adjudicatario de la empresa,

con el fin de preservar el equilibrio de las contraprestaciones. Considero que, si hubiera varios adjudicatarios y, por tanto, deudores, la deuda vigente con los legitimarios sería solidaria.[102]

Para el caso de que el adjudicatario no cumpliera con la obligación de pago a los legitimarios, debemos considerar que quedaría sin efecto la atribución realizada en su beneficio por el testador, cuya voluntad se incumple. Ello abriría la posibilidad a los legitimarios insatisfechos de reclamar la efectividad de su derecho sobre bienes de la herencia.

Si no se hubiera establecido la forma de pago, los legitimarios podrán exigir su legítima en bienes de la herencia. Entendiendo que *establecer la forma de pago* implica que el testador ha señalado el abono de las legítimas en metálico y la posibilidad de su aplazamiento, si se diera el supuesto en el que no hubiera dado instrucciones a este respecto, tenemos necesariamente que distinguir dos situaciones: de un lado, que la empresa familiar entre a formar parte del patrimonio hereditario conjuntamente con otros bienes o bien que se trate de un bien único.

Si hubiera otros bienes, la legítima se podrá satisfacer con los mismos, y la conservación y continuidad de la empresa familiar será viable; pero en caso contrario, parece lo más lógico entender que debería primar la voluntad del testador de mantener su continuidad y que se puedan satisfacer con dinero extrahereditario, aunque esta posibilidad no se haya mencionado; lo contrario, esto es, establecer una comunidad o un proindiviso en la explotación o repartir las acciones y participaciones, aun siendo conforme a la literalidad del precepto, es contrario a su fin último, a la voluntad manifestada por el causante en su testamento y poco aconsejable aplicado al negocio familiar, pues será fuente inagotable de conflictos, provocando, al mismo tiempo, la paralización en la toma de decisiones de la vida de la empresa. Si no se hubiera señalado aplazamiento, el pago debería hacerse de forma inmediata.

En cuanto a las posibles garantías registrales, y dando por hecho que la explotación económica tendrá, en la mayoría de las ocasiones, un inmueble que sirva como base para la inscripción, podemos considerar de aplicación el artículo 15 de la Ley hipotecaria, de modo que la mención del derecho del legitimario se hará de oficio al tiempo de la inscripción y sobre dicho inmueble de la empresa, a modo de anotación preventiva. Se podrán llevar a cabo dos tipos de menciones, concreta o abstracta, en función de si los derechos de los legitimarios están o no cuantificados. Ello servirá de respaldo para el derecho de los legitimarios expectantes al cobro de su legítima y, además, dará a conocer a posibles terceros adquirentes a título oneroso que dichos bienes están afectos a su pago, quedando advertidos de dicha circunstancia.[103]

Podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, incluida la dación en pago, previo consentimiento de los legitima-

rios, si hubiera acuerdo entre los interesados. Así, renuncia a la legítima por el legitimario, confusión de derechos de acreedor y deudor, la compensación de la obligación de pago o la novación, extintiva o modificativa, en los términos del artículo 1156 y concordantes del Código civil.

7. Breve referencia al contador-partidor testamentario

El precepto que analizamos se refiere al mismo en los siguientes términos: "… y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado, aplazamiento …"

Es una referencia muy escueta, pero está claro que se refiere al contador-partidor testamentario. Con su nombramiento, el testador puede evitar posibles enfrentamientos entre los herederos, pues estos deben respetar la partición practicada por aquél, no pudiendo instar la división judicial de la herencia,[104] como se expuso en un epígrafe anterior.

Probablemente en ámbitos como este que tratamos de la empresa familiar y por las implicaciones que puede tener el hecho de que la explotación pueda absorber en mayor o menor medida el valor del caudal relicto, es interesante que el testador haya optado por contar con su presencia, pues si bien únicamente se le pueden atribuir facultades particionales, en ningún supuesto de contenido dispositivo, es de gran interés, dado que en las tareas de *contar y partir* se debe incluir el hacer el inventario de los bienes y la valoración de los mismos, cuestión de gran relevancia para poder llevar a cabo el cálculo de las legítimas al tiempo del fallecimiento del testador. Junto a ello, como establece el precepto, si se ha dispuesto el pago de las legítimas con metálico extrahereditario, podrá decidir sobre el aplazamiento del pago en un periodo que no supere los cinco años a contar desde que fallece el testador.

V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ¿UNA SOLUCIÓN PARA LA EMPRESA FAMILIAR?

Según el análisis realizado, se puede constatar que nuestro sistema legitimario supone un importante obstáculo a la transmisión de la empresa familiar al dificultar el mantenimiento de su unidad. A ello se ha de añadir, que nuestro Ordenamiento jurídico únicamente considera viables la sucesión testamentaria, la intestada y, en su caso, la mixta entre ambas; no se admite la sucesión contractual, siendo la regla general la prohibición de los pactos sucesorios,[105] por la importancia que se atribuye a la persona, a su autonomía y a la que sea su última

voluntad, si bien existen algunas excepciones[106] en los Derechos forales, que la admiten y regulan en numerosos supuestos.[107]

Precisamente, para paliar estos negativos efectos en relación con la empresa, el artículo 1056 párrafo segundo, como hemos tenido oportunidad de explicar, recoge la partición inter vivos hecha por el causante que, por supuesto, tiene carácter revocable y mantiene inalteradas las facultades del testador-empresario, que podrá modificar su voluntad, si así lo estima conveniente, vía nueva partición, vía nuevo testamento, e incluso disponer de la misma durante su vida a través de cualquier negocio jurídico válido.

Sin embargo, no son pocos los autores que entienden que esta es una solución insuficiente para conseguir la conservación de la empresa y que probablemente acudir a la sucesión contractual, al estilo de los ordenamientos forales, podría suponer un remedio y la tabla de salvación de su continuidad y conservación, al atribuir al disponente-causante una libertad mucho más amplia al no tropezar con las legítimas. Se trataría, pues, de pactar en vida la transmisión del negocio, transmisión que tendría eficacia a la muerte del causante, sin que se pueda revocar por la sola voluntad del mismo dicha ordenación. Siguiendo este hilo vamos a exponer brevemente la regulación que, de la sucesión contractual, se realiza en Cataluña y en el *patto di famiglia* del Derecho italiano, para observar qué aportaciones se podrían realizar a la conservación de la empresa familiar.

1. El *patto di famiglia* del Derecho civil italiano

Este pacto desplaza la sucesión de la empresa familiar al ámbito de los contratos, buscando dar más libertad al causante testador. Se trata de una institución jurídica que permite que el empresario pueda transmitir, inter vivos, de presente, y de forma gratuita, su empresa a uno o varios de los potenciales legitimarios quienes habrán de compensar a los restantes con dinero o bienes (NAVARRO CARO, 2022,1695-1696).[108]

Los sujetos de este contrato son, de un lado el empresario y de otro los descendientes beneficiarios de la empresa, hijos o nietos, pero en ningún caso ascendientes, cónyuge viudo o terceros ajenos al grupo familiar. El resto de legitimarios tendrá derecho a ser compensado en bienes o en dinero por el valor de la cuota que le correspondería en ese momento,[109] siendo aquéllos obligados solidarios a dicho pago. En cualquier caso, se requiere la conformidad de todos los posibles interesados.

Siendo la empresa el objeto del contrato, éste producirá sus efectos desde el momento de su celebración, si bien lo que se produce es la transmisión de la nuda propiedad, manteniendo el empresario el usufructo de la misma; no se difieren

sus efectos, por lo tanto, a la apertura de la sucesión, son de presente. Los adjudicatarios consolidarán su posición tras la apertura de la sucesión.

2. Pactos sucesorios del derecho catalán

El art. 431 de la Ley 10/2008[110] regula los pactos sucesorios, que define como aquéllos en los que dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular. Estos pactos pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, tener carácter recíproco o ser a favor de terceros.

En pacto sucesorio, que para ser válido debe estar otorgado en escritura pública, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento e imponerse cargas a los favorecidos que, en su caso, deben figurar expresamente. Si éstas tuvieran carácter determinante también se debe hacer constar la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto; pues bien, dentro de estas cargas se contempla la posibilidad de imponer el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. Puede contener estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad.

Deben hacerse constar en el Registro de actos de última voluntad, siendo el notario quien deberá realizar la comunicación procedente.[111] Si la finalidad del pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro mercantil, con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio de que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo.

Si se trata de un heredamiento[112] y su finalidad fuera el mantenimiento o la continuidad de una empresa familiar o de un establecimiento profesional, se puede pactar que su transmisión onerosa, o la de las acciones o participaciones sociales que la representen, así como la renuncia al derecho de suscripción preferente, deba hacerse con el consentimiento expreso de la persona instituida, si es otorgante del pacto sucesorio, o de terceros. También pueden establecerse normas sobre la administración de la empresa por el heredante o por el heredero, que pueden incluirse en los estatutos sociales de la empresa familiar y publicarse en el Registro mercantil.

Vemos, pues, que a través de este pacto sería viable acordar la atribución *mortis causa* de la empresa familiar bien a través del heredamiento o de una

atribución particular de la herencia. El beneficiario de la misma no adquiriría la titularidad hasta el momento de la muerte del causante, si bien, el acuerdo únicamente se podría revocar por causa de indignidad sucesoria; por causas pactadas expresamente; por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido; por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto; por producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento; o si se tratara de un heredamiento preventivo.[113]

VI. CONCLUSIONES

I. La sucesión intestada es uno de los principales enemigos para la empresa familiar. El testamento del empresario es un instrumento indispensable para mantenerla viva.

II. El procedimiento sucesorio debe interferir lo menos posible en el funcionamiento de la empresa cuando llegue el momento de la transmisión del liderazgo y la propiedad de la misma. La continuidad y conservación de la empresa son las preocupaciones principales que suelen dirigir al empresario al tomar sus decisiones para después de su muerte.

III. Es necesario anticiparse al fallecimiento del titular de la empresa, tanto en el ámbito del liderazgo de la misma, como en el ámbito de la transmisión de la propiedad. Por ello, es importante advertir que, si bien el proceso de sucesión puede comenzar con la transmisión del liderazgo, este debe venir acompañado, tarde o temprano y de manera coordinada, de la sucesión en la propiedad de la empresa.

IV. Se trata, en definitiva, de programar la sucesión del modo más adecuado a los intereses empresariales y familiares, pues no se debe olvidar que ese interés legítimo de asegurar la pervivencia de la empresa familiar puede chocar con restricciones jurídicas, que el Código civil impone a la libertad de testar a través del sistema de legítimas; lo que se hace más acuciante, en los supuestos en los que la empresa sea el único bien o el más importante en la herencia del causante por los posibles problemas relacionales entre los miembros de la familia, generalmente hermanos, ante la desigual distribución de los bienes por parte de sus padres.

V. El beneficiario será uno de los legitimarios, en cuanto a los demás interesados, perceptores del metálico, el concepto abarca tanto al resto de hijos y descendientes, como al cónyuge y ascendientes legitimarios, según el caso concreto. La amplitud del precepto permite la aplicación de esta facultad si el testador no tuviera hijos, pero si ascendientes o cónyuge.

VI. En caso de duda, y si el testamento no arrojara la luz necesaria al respecto, se puede considerar como criterio de interpretación, dado que la intención fundamental es conservar la empresa y su continuidad, que el adjudicatario tendrá que abonar la legítima estricta del resto de herederos forzosos y que para él existe una evidente mejora tácita.

VII. Hay una relación directa e inseparable entre la conservación de la empresa y el interés de la familia. El deseo del testador de mantener indivisa la empresa va intrínsecamente unido al interés familiar. Si la empresa sale del ámbito de la familia este objetivo no se cumple y, por ende, la finalidad superior del precepto, tampoco.

VIII. El problema al que trata de dar solución el artículo 1056 párrafo segundo es aquel en el que los bienes que conforman el haber hereditario no son suficientes para compensar al resto de legitimarios, dado que la explotación o bien el paquete de acciones o participaciones sociales son el bien más importante o, incluso, el único bien dentro del mismo. Esta facultad particional facilita la atribución de la empresa familiar y con ello, la continuidad y conservación de la misma, minimizando las consecuencias negativas que la división forzosa que impondrían las legítimas pueda tener para la unidad empresarial.

IX. La amplitud del precepto permite, al no hacerse referencia alguna al objeto de la explotación, que tenga cualquier actividad, incluso no siendo estrictamente empresarial, pero siempre que tenga un fin de mercado que exija organización y unidad. Si el testador fuera propietario únicamente de una cuota, ésta debe permitirle tener el control de la explotación.

X. A través del artículo 1056, el legislador facilita una medida que permite que subsista la explotación cuando es objeto de transmisión hereditaria; pero va más allá de lo que pueden ser los intereses privados y subjetivos que puedan impulsar al causante propietario de la empresa, dado que hay al mismo tiempo, un interés social o general en su pervivencia y conservación, un objetivo de política económica, dada la evidente influencia que las empresas familiares tienen para la economía nacional, su carácter transversal y el peso que ejercen en el binomio economía-derecho como instrumentos de creación de riqueza.

XI. Aun cuando el precepto utiliza una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo *o,* no quiere expresar una alternativa entre dos opciones diferentes y excluyentes, conservar la empresa o el interés de la familia, sino que expresa una equivalencia denominativa, pues ambas finalidades están intrínsecamente ligadas cuando nos referimos a la empresa familiar; se trata de facilitar el relevo generacional y al mismo tiempo, la indivisión de la misma, lo que se puede conseguir tanto adjudicándola a una sola persona como a varias, siempre que estas continúen el negocio.

XII. Siempre que el testador no se haya manifestado al respecto, señalando expresamente el momento en el que quiere que se haga la estimación, se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, es un momento objetivo en el que los bienes tendrán un valor determinado, el que sea, en torno al cual se debe calcular el valor de las legítimas. Demorar la tasación al tiempo en que se lleve a cabo la liquidación puede dar lugar a que se produzcan alteraciones en el valor del objeto en perjuicio de alguna de las partes.

XIII. En cuanto a la posibilidad de que el aplazamiento genere intereses no especifica nada el precepto, por lo que, salvo que el testador o contador-partidor testamentario establecieran esta obligación accesoria, no deben devengarse, con la excepción de que se puedan pactar, para preservar el equilibrio entre los interesados, si al aplazamiento se une un fraccionamiento del pago o al primer aplazamiento se une una prórroga solicitada por el adjudicatario de la empresa. Si hubiera varios adjudicatarios y, por tanto, deudores, la deuda vigente con los legitimarios sería solidaria.

XIV. El testador debe incluir un contador-partidor testamentario dado que en las tareas de *contar y partir* se debe incluir el hacer el inventario de los bienes y la valoración de los mismos, cuestión de gran relevancia para poder llevar a cabo el cálculo de las legítimas al tiempo del fallecimiento del testador. Además, si se hubiera dispuesto el pago de las legítimas con metálico extrahereditario, podrá decidir sobre el aplazamiento en un periodo que no supere los cinco años a contar desde que fallece el testador.

XV. La posibilidad que ofrece el artículo 1056 del Código civil eleva en la balanza la situación de la empresa frente a los derechos de los legitimarios.

XVI. La inclusión de una figura similar al *patto di familgia* italiano requeriría la modificación del artículo 1271. 2 del Código civil, pues aun siendo un pacto que se materializa *inter vivos* y es irrevocable, por la sola voluntad del empresario, realmente regula una transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, dado que dicha cesión sólo se consolidará a la muerte del causante-disponente en aquellos descendientes elegidos por él en el círculo, muy concreto, de sus descendientes legitimarios.

XVII. Probablemente la normativa catalana al regular los pactos sucesorios de una manera relativamente flexible permite una mejor adaptación a las necesidades de la empresa familiar, lo que colabora a la planificación de su continuidad y conservación; sin embargo, ello requeriría en el Derecho común, no sólo un cambio normativo sino también un cambio de concepción que afecta a una idea fundamental cual es la posibilidad de mantener hasta el último momento la opción de modificar la última voluntad, lo que está tan arraigado en nuestra cultura que probablemente provocara la infrautilización de la figura si se decidiera por el legislador su incorporación al Ordenamiento jurídico.[114]

BIBLIOGRAFÍA

BATALLA DE ANTONIO, A. (2014). La empresa familiar y el análisis del art. 1056. 2 del Cc. En O. Balmaseda, F. Lledó, P. Ferrer, JA Torres (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado (pp. 133-152).

BELAUSTEGUIGOITIA RIUS, I. (2011). *Empresas familiares. Su dinámica, equilibrio y consolidación*. México: Mc Graw Hill.

CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas (pp. 1732-1735).

DÍEZ SOTO, CM. (2010). La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones. En M. Sánchez (coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*. Cizur Menor: Thomson-Civitas (pp. 141-166).

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferrol*, Vol. 1, Valencia: Tirant Lo Blanch (pp.1249-1269).

FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Navarra: Aranzadi.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessoes.* Coimbra: Almedina (pp. 497-520).

GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, 631-731.

GARCÍA LÓPEZ, P. (2022). El defensor judicial del menor. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson (pp.359-367).

HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, 93-138.

LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch.

LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, 2147-2190.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2024). La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. *El Notario del siglo XXI*. Revista 62, 1-9. (En línea), disponible en: https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J. (2017). Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* extraordinario, 765-851.

MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio,* extraordinario, 581-630.

MERINO ESCARTÍN, JF. (2016). Partición hecha por el propio testador. *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*, núm.136, pp.1-4. (En línea), disponible en: https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145

NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 16, 1694-1715.

PALAZÓN GARRIDO, ML. (2006). La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo art. 1056, párrafo segundo del Código civil. En FJ Sánchez (coord.), *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 309-345).

PÉREZ GIMÉNEZ, MT. (2008). El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria. *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*. Aranzadi, núm. 18, 11-27.

REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia. *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, 766-789.

SAIZ GARCÍA, C. "La partición de la herencia", pp. 1-19. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf

SÁNCHEZ CALERO, FJ. (2021). La comunidad hereditaria. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 429-435).

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). La partición de la herencia. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 465-483).

VALLET de GOYTISOLO, JB. (1978) Comentario al art. 1056 Cc. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2.º. Madrid: Edersa (pp. 123-170).

RESOLUCIONES

- R DGSJFP de 27 de octubre de 2023 (BOE-A-2023-23695).
- R DGSJFP de 22 de junio de 2023 (BOE-A-2023-16342).
- R DGRN de 26 de febrero de 2003 (BOE-A-2003-7350).

NOTAS

[1] *Vid* art. 786 LEC.

[2] *Vid* arts. 1051 y 1052 Cc.

[3] Aclara SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). La partición de la herencia. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 466, que la imprescriptibilidad de la acción de división no impide la prescripción de las acciones sobre los bienes del caudal, o la adquisición de estos por usucapión, incluso por uno de los comuneros que ha pasado a poseer en exclusiva, previa inversión del título posesorio y ha continuado poseyendo por tiempo suficiente.

[4] El art. 1700 Cc dice que la sociedad se extingue: 1. Cuando expira el término para el que fue constituida. 2. Cuando se pierde la cosa o termina el negocio que le sirve de objeto. 3. Por muerte o concurso de cualquiera de los socios. 4. Por voluntad de cualquiera de los socios. 5. Cuando en relación con alguno de los socios se hubieran dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial. Podría darse, también, la circunstancia de que los propios coherederos acordasen mantener la indivisión durante un tiempo (analogía con el segundo párrafo del art. 400 Cc) o que sea la incertidumbre sobre quiénes son los herederos la que impida llevar a cabo la partición (por ej, llamamiento a un *nasciturus,* art. 966 Cc).

[5] *Vid* art. 813. Se deja a salvo el usufructo viudal y lo establecido en los arts. 782 y 808 Cc, referentes a la sustitución fideicomisaria en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en situación de discapacidad.

[6] El art. 782. 1 LEC concede también el derecho a promover la división judicial de la herencia a los legatarios de parte alícuota, como integrantes de la comunidad hereditaria.

[7] No tendría esta posibilidad un heredero sometido a condición suspensiva hasta que esta se cumpla; si bien podrán pedirla el resto de coherederos, asegurando el derecho de aquél para el caso de cumplirse la condición. En cualquier caso, la partición será provisional hasta saberse que la condición ha faltado o no se ha podido verificar.

[8] *Vid,* art. 882 párr. 1.º Cc.

[9] De acuerdo con la nueva consideración de la capacidad jurídica de las personas tras la Ley 8/2021, de 2 de junio.

[10] *Vid,* arts. 163 y 235.1 Cc para la patria potestad y la tutela, respectivamente. Según el art. 783.4 LEC, el Letrado de la administración de justicia convocará al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores y no tengan representación legítima.

[11] *Vid* art. 783.4 LEC. La representación cesará cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse.

[12] SÁNCHEZ CALERO, FJ. (2021). La comunidad hereditaria. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p.430. Si antes de hacer la partición muere uno de los coherederos, dejando a su vez dos o más herederos, bastará que uno de estos pida la partición para llevarla a cabo, si bien todos ellos deberán comparecer bajo una sola representación (*vid* art. 1055 Cc).

[13] Aunque en otro tiempo existieron disquisiciones doctrinales, en la actualidad doctrina y jurisprudencia entienden que cada partícipe de la comunidad hereditaria tiene, sobre el conjunto de los bienes que la conforman, la titularidad de una cuota global conocida como derecho hereditario *in abstracto*, pendiente de la partición, que según los arts. 42.6 y 46 LH puede acceder al Registro de la propiedad mediante un asiento de anotación preventiva en las

hojas registrales de las fincas o derechos pertenecientes al causante de la herencia. No se trata pues de un añadido de varias copropiedades sino de una única comunidad cuya base objetiva es la herencia.

[14] *Vid* art. 403 Cc, sobre división de la cosa común.

[15] Junto a ella la teoría de la *naturaleza traslativa* de la partición, según la cual se produce una transmisión recíproca de los derechos que corresponden a cada comunero sobre los bienes que no le han sido adjudicados y la teoría de la *naturaleza declarativa* de la misma, que afirma existir una mera declaración del derecho de cada comunero sobre los bienes que le han sido adjudicados, como si los hubiera recibido directamente del causante, reconociendo a la partición eficacia retroactiva. El art. 1068 Cc dispone que *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*.

[16] Según el art. 782.4 LEC, el reconocimiento de su condición se puede haber realizado en el testamento por el causante, por los propios coherederos, o tener su derecho documentado en un título ejecutivo. La petición se podrá realizar en cualquier momento anterior a la entrega de bienes adjudicados a cada heredero, pues según el art. 788.3 LEC, para poder hacer esa entrega, una vez formulada la oposición, los acreedores deben estar completamente pagados o garantizados sus créditos.

[17] *Vid,* art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

[18] No se deben, por ello, confundir estos actos de carácter particional con los legados. Para LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, p. 185, el señalamiento por el testador de bienes concretos que han de integrar una cuota abstracta deja sin significación la cuota misma, como si su régimen equivaliese al de la institución de heredero *ex re certa.*

[19] *Vid* art. 902 Cc.

[20] Resulta muy interesante, a este respecto, la R. DGSJFP de 22 junio 2023 (BOE-A-2023-16342), en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador, por la que se suspende la inscripción de una escritura de entrega de legado por contador partidor. La DG da la razón al registrador pues no se puede solicitar la prórroga de un plazo ya vencido ni por lo tanto proceder a otorgar la escritura de entrega de legado por el albacea contador partidor. Su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior. Así, ocurrido el fallecimiento del testador, si conocía el nombramiento, a los seis días del óbito si no se excusa del cargo; y si no lo conocía, seis días a contar desde que tuvo conocimiento del nombramiento, una vez abierta la sucesión. (Se deduce pues que a partir de este momento comienza el cómputo del plazo y sus posibles prórrogas y que el encargo debe llevarse a cabo dentro del mismo).

[21] *Vid* arts. 898, 904, 905, 906 y 910 Cc para el albacea.

[22] *Vid* art. 908 para el albacea.

[23] El párr. tercero del art. 1057 Cc, para el caso de que algunos de los coherederos estuvieran sujetos a patria potestad o tutela, exige que el inventario de los bienes de la herencia se haga con citación de los representantes legales de dichas personas. Y, si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas.

[24] De acuerdo con el ar. 1061 Cc, para guardar la posible igualdad se harán lotes o adjudicaciones de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. Por su parte, el art. 841 Cc, permite al contador-partidor, expresamente autorizado por el testador, la adjudicación de todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

[25] En virtud del art. 1321Cc, el ajuar de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge viudo *ex lege,* al margen de sus derechos hereditarios.

[26] En este sentido, la R. DGRN de 26 febrero 2003 (BOE-A-2003-7350), en el recurso interpuesto frente a la negativa del registrador a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales. En ella se da la razón al registrador y se afirma que las funciones del contador-partidor son las necesarias para transformar el derecho hereditario *in abstracto* en titularidad sobre bienes y derechos concretos para lo que habrá de ajustarse a la ley y a la voluntad del testador; ello no impide que se puedan admitir una serie de actuaciones, necesarias, para el desempeño de la anterior, entre las que se incluye, la interpretación del testamento; tarea que puede ayudar a subsanar y corregir ciertos defectos del mismo, pero que en ningún caso engloba que el contador-partidor se pueda atribuir funciones decisorias privativas del testador, tales como, desheredar, revocar disposiciones testamentarias o declarar la ineficacia total o parcial de cláusulas del testamento, pues esta es una función de los tribunales de justicia para el caso de que la impugnación de las mismas fuese solicitada por los herederos.

[27] *Vid* art. 1079 Cc.

[28] El art. 80.1 a) RH para la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios requiere escritura de partición o acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las leyes.

[29] El art. 1080 Cc, para el caso de partición realizada de buena fe con preterición de alguno de los herederos, considera que no se rescindirá, si bien establece la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. A mi juicio, la preterición procede del testamento y se arrastra a la partición, pues de no ser así, es difícil mantener la buena fe de los herederos.

[30] Sobre la figura del defensor judicial, *vid*, GARCÍA LÓPEZ, P. (2022). El defensor judicial del menor. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, pp.359-367.

[31] *Vid* arts. 783 y ss LEC.

[32] Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En su art. 9.1 se considera válido el arbitraje instituido a través de disposición testamentaria. La voluntad del testador habrá de ser acatada por todos los llamados a la herencia que la hayan aceptado; por su parte, el art. 10, aclara que el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, pero deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje respecto de determinada relación jurídica, contractual o no contractual. En igual sentido, *vid*, art. 464.7.1 del Código civil de Cataluña.

[33] En principio, las discrepancias que existan entre legitimarios no pueden someterse a arbitraje, dada la naturaleza imperativa de la regulación de las legítimas. Ello sólo será viable si son los propios herederos forzosos quienes suscriben el convenio arbitral. En este sentido, el art. 2 Ley 60/2003 considera susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias que, conforme a derecho, sean de libre disposición. La arbitrabilidad depende, pues, de la disponibilidad de la materia.

[34] *Vid* arts. 7 y 11 Ley 60/2003.

[35] *Vid* art. 24 Ley 60/2003.

[36] *Vid* arts, 37a 39 Ley 60/2003.

[37] *Vid* art. 44 Ley 60/2003. Según el art. 36, si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo, los árbitros darán por terminadas aquéllas con respecto a los puntos acor-

dados y si los interesados lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

[38] Aun habiendo contador-partidor, se puede solicitar la partición judicial si no hubiera realizado la división en el plazo establecido o si ya hubiera cesado en su cargo.

[39] *Vid* art. 784 LEC.

[40] El contador está sujeto a la voluntad manifestada por el causante en el testamento y a las normas legales aplicables a la sucesión. Obviamente, no podrá perjudicar las legítimas y según el art. 786 LEC, tampoco evitar la indivisión o la excesiva división de fincas. LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2150, hace referencia a las llamadas "normas particionales", ruegos o recomendaciones del testador para que se adjudiquen determinados bienes a determinados coherederos en su momento, sin que esto suponga adjudicación actual de los mismos, de manera que sigue haciendo falta la asignación o partición posterior.

[41] Dice CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1732, que, bajo el presupuesto de la necesaria existencia y validez del testamento, la partición extra testamentaria se concibe siempre y en todo caso como un acto complementario de aquél, cuyas disposiciones ejecuta y de cuya naturaleza participa, a modo de negocio *per relationem* que contempla y se integra en otro considerado como principal. No tendría otro alcance que el de dispensar a la partición de la necesidad de ajustarse a las solemnidades testamentarias, sin afectar a las reglas rectoras sobre capacidad para partir, al carácter esencialmente personalísimo del acto, ni muy especialmente, a su eficacia claudicante como acto de última voluntad libremente revocable. Además, cuente o no con la anuencia de los llamados a la sucesión, carece *per se* de efecto transmisivo. La eficacia del negocio pasa por la existencia de un testamento concordante del que trae su fuerza el acto.

[42] REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.769, considera equívoca la expresión "partición por el testador", pues la adjudicación de los bienes coincide con la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia.

[43] También las reservas, si se diera el caso. *Vid,* arts. 811 y 968 y ss Cc. Se habrá de determinar qué bienes son reservables y qué destino deben tener los mismos.

[44] LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2157. En la p. 256, destaca la idea de que cuando el testador opta por el pago en metálico de la legítima, su decisión no tiene que obedecer a ninguna causa determinada, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1056, párr. 2.º, cuya razón es mantener indivisa una empresa o explotación económica. Para CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1734, la partición por el causante, prevista en el 1056. 1 no constituye una excepción al derecho del legitimario a una *pars bonorum*. Aun cuando las excepciones a tal derecho se han visto enormemente ampliadas en 1981, con la opción regulada en los arts. 841 y ss, su elusión directa por el causante sigue limitándose a los supuestos recogidos en los arts. 821, 829, 1056.2 y 1062; fuera de ellos, conservan los legitimarios su derecho a percibir bienes hereditarios, aun cuando, partiendo el causante no hayan de ser de la misma naturaleza, calidad o especie que los recibidos por otros sucesores. LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, p. 149, consideran que el art. 1061 Cc tampoco se aplica a la

partición que llevan a cabo los coherederos, pues pueden dividir la herencia de la manera que entiendan más conveniente. Ahora bien, ese acuerdo requiere unanimidad a la hora de realizar el cuaderno particional.

[45] En función del nuevo valor del patrimonio, al que se resta un bien o se disminuye su valor, se debe llevar a cabo la computación (*relictum + donatum)* y sobre esa base determinar la legítima global e individual en función del número de legitimarios.

[46] Dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, pp.785-786, que, en principio correspondería al heredero adjudicatario soportar la pérdida o menoscabo, sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima. Sin embargo, aclara, parte de la doctrina considera que la partición debería ser modificada con compensación al heredero del valor de ese bien. Por ello, estos supuestos deberían estar previstos en el testamento, sobre todo si la voluntad del testador es que cada heredero soporte el deterioro, pérdida o inexistencia del bien adjudicado, sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima.

[47] *Vid* art. 1074 Cc.

[48] CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1733.

[49] Dice SAIZ GARCÍA, C. La partición de la herencia, p. 8. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf p. 8, que se puede tratar de un documento público, privado o, incluso, hacerse verbalmente. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf

[50] *Vid* art. 813 Cc. A salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo legal del cónyuge viudo y lo establecido en los arts.782 y 808 Cc, en relación con la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en beneficio de un descendiente con discapacidad; los gravámenes sobre la mejora en beneficio de descendientes, ex. art. 824 Cc, la *Cautela Socini* (usufructo universal a favor del viudo y nuda propiedad de los bienes para los hijos) y que la privación de la legítima obedezca a causa de desheredación, según los arts. 848 y ss Cc y sea justa.

[51] *In claris non fit interpretatio*. El elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, su literalidad. Sólo si surgen dudas, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del propio testamento. Precisamente, de manera combinada y para determinar el sentido exacto de las palabras, se debe acudir a los conocidos recursos interpretativos en materia contractual: gramatical, sistemático y lógico. Si todo esto no fuera suficiente, podríamos acudir a los conocidos como medios extrínsecos de interpretación que, en ocasiones, permiten aclarar y precisar las disposiciones testamentarias. Se trata de datos externos al testamento que, de algún modo, permiten hacer la interpretación desde el punto de vista del testador pues son variadísimas las circunstancias que en cada caso pueden concurrir.

[52] En este sentido, la R DGSJFP DE 27 de octubre de 2023 (BOE-A-2023-23695).

[53] La mayoría de la doctrina niega la viabilidad de una partición unilateral inter vivos realizada por quien no ha otorgado testamento, aunque el reparto de bienes se efectuara de acuerdo con las normas de la sucesión intestada. No supone un obstáculo que el art. 1075 Cc se refiera al *difunto* y no al testador pues la interpretación de las normas se ha de hacer de manera sistemática.

[54] *Vid* art. 738 Cc.

[55] La sucesión contractual sí está admitida en otros ordenamientos jurídico-civiles del Estado español, como Navarra, Aragón, País Vasco, Galicia, Cataluña o Islas Baleares; en ellos se reconocen y regulan los pactos sucesorios; aquéllos en los que una persona acuerda con otra la ordenación de su sucesión *mortis causa*, de modo que no la podrá revocar por su sola voluntad. Se puede tratar de pactos de suceder, pactos de no suceder o de renuncia en vida del causante o pactos sobre la sucesión de un tercero. Dice SAIZ GARCÍA, C. La partición de la herencia, p, 8, que teniendo en cuenta el art. 1271 Cc, los contratos entre el causante y los herederos, cuando tengan por objeto el reparto del caudal hereditario son perfectamente válidos. Sin embargo, no se producirá la transmisión hasta que no se produzca la muerte del causante, como sucede en la *donation partage* del Derecho francés, que defiende un sector minoritario de nuestra doctrina. Disponible en: https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf Para GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 697, la división por acto *inter vivos* del patrimonio es un acto *mortis causa*, cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión.

[56] LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2152.

[57] VALLET de GOYTISOLO, JB. (1978) Comentario al art. 1056 Cc. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2.º. Madrid: Edersa pp. 123-170.

[58] BOE-A-2023-23695, p.155371.

[59] Se puede tratar, también, de un acto extra testamentario, documento independiente, referido a un testamento anterior o simultáneo. MERINO ESCARTÍN, JF. "Partición hecha por el propio testador". *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*. N.º 136, 2016, p. 3. Disponible en: https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145, considera que el testamento puede ser anterior, simultáneo o posterior.

[60] MERINO ESCARTÍN, JF. (2016). Partición hecha por el propio testador. *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*, núm.136, pp.1-4. (En línea), disponible en: https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145 p. 3. considera que salvo que haya terceros interesados legitimados para exigir el cumplimiento del *modo particional* ordenado por el testador, los herederos mayores de edad pueden por unanimidad partir haciendo caso omiso de lo ordenado por el testador. Es también de esta opinión, FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Navarra: Aranzadi, pues dado que la partición efectuada por el testador atribuye directamente los bienes a los herederos por el solo hecho del fallecimiento, estaríamos en presencia no de un negocio particional, sino de otro tipo de negocio de disposición.

[61] En el caso de un testamento ológrafo se requeriría copia del acta de protocolización.

[62] Para REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.784, el testador no está vinculado por valor alguno, tampoco por el valor de mercado propio de la partición por los herederos o el contador-partidor, y lo relevante no es su valor objetivo, sino los bienes en sí, con el valor subjetivo que el testador implícitamente les ha atribuido.

[63] Trata el tema de la partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia desde la doble perspectiva de que existan o no legitimarios, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2024). La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. *El Notario del siglo XXI*. Revista 62, 1-9. (En línea), disponible en: https://

www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios, considera peligrosa y perturbadora la interpretación que hace la DGRN y sus argumentos poco convincentes cuando afirma que han de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, pues de esta forma se obstaculiza sin base legal alguna, la partición realizada por el testador, pues se llama para inscribir los inmuebles a favor del adjudicatario a todos los herederos, precisamente uno de los problemas que el testador pretende evitar cuando hace la partición.

[64] En la escritura de aceptación se realizará la descripción de los bienes asignados con todos los requisitos necesarios, que exige el art. 9 LH, para que se pueda proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

[65] *Vid,* art. 1079 Cc. Se puede tratar de bienes adquiridos con posterioridad o que por olvido no se incluyen en la partición, siempre que su valor no sea relevante en la consideración del conjunto del patrimonio. El testador podrá incluir en su testamento una disposición genérica de atribución por partes iguales de estos bienes a todos los herederos, en cuyo caso, el testamento será mixto, en parte particional y en parte no particional, o en su defecto, la adjudicación de los mismos habrá de hacerse de acuerdo con las normas previstas para la sucesión intestada. Creo, sin embargo, que no puede afirmarse lo mismo de ser al contrario; es decir, adjudicar uno o dos bienes en el testamento y dejar el resto del patrimonio sin dividir ni adjudicar pues dicha atribución conjunta requeriría, necesariamente, operaciones particionales posteriores. Sería difícil mantener, en este último caso, la existencia de un testamento particional del causante.

[66] En esta tarea adquiere importancia fundamental la intervención del Notario. Según el art. 147 RN, el notario debe indagar, interpretar y adecuar la voluntad de los otorgantes al Ordenamiento jurídico y según el art. 695 Cc el testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico material o humano su última voluntad al notario, para que pueda redactarlo con arreglo a ella, informándoles del valor y alcance de su redacción.

[67] *Vid* STS de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998,6395) muy citada en otras posteriores.

[68] Como dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.774, esta doctrina jurisprudencial en la práctica acaba reduciendo la partición por el testador a los casos en los que realiza un completo y clásico cuaderno particional incluyendo todos sus bienes, con avalúo y formación de lotes, normalmente en documento público extratestamentario al que se remite el testamento, que se limita a la institución de herederos, y, en su caso, a incorporar legados.

[69] Si la adjudicación fuera *para el pago de su haber*, deberá completarse con otros bienes de la herencia hasta alcanzar la cuota instituida.

[70] *Vid* arts. 1, 145, 175 y 193 RN.

[71] Como dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.775, de este modo se puede evitar la interpretación que en la mayoría de los supuestos concluye en la existencia de normas particionales y no de partición, como consecuencia de una incompleta, imprecisa o equívoca redacción de las cláusulas testamentarias, a las que el TS no vincula los efectos legales de la partición por el testador.

[72] Además de que el inventario, el avalúo de los bienes y las deudas que existan no tienen por qué coincidir cuando se otorga el testamento particional o se hace el documento

extratestamentario y cuando se produzca el fallecimiento del testador-partidor; la exigencia de realización de todas estas operaciones por el testador y un excesivo formalismo, puede anudar la consecuencia de que este, informado, se vea inclinado a posponer la misma a un momento posterior, quizás más cercano a su muerte y pueda inducirle a pensar, erróneamente, que ya no puede o debe disponer de esos bienes que conforman su patrimonio.

[73] MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio,* extraordinario, p. 584, considera que las dos cuestiones básicas que preocupan al testador son la elección de su sucesor o sucesores y correlativamente, el reparto justo y equilibrado entre los restantes herederos.

[74] Otras limitaciones en el Código civil son la prohibición de pactos sobre la herencia futura y la prohibición del testamento mancomunado.

[75] La sociedad limitada nueva empresa (SLNE) fue una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada. Este tipo de sociedades mercantiles fueron creadas por la legislación española en el año 2003 para facilitar la constitución de las sociedades que cumplieran una serie de requisitos. Estaban reguladas en el RD Lg 1/2010, de 2 de julio, por el que se modificó el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital. Este tipo de sociedad fue derogada por el por el art. 2.6 de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Según la DT 3.ª de dicha ley: "Las sociedades nueva empresa existentes a la entrada en vigor de esta ley se regirán por las disposiciones reguladoras de las sociedades de responsabilidad limitada y utilizarán la denominación SRL".

[76] La Exposición de motivos de esta norma decía concretamente que se introducían transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones y que estas modificaciones se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado. Al margen de este precepto, podríamos mencionar otras vías; así, la posible aplicación analógica del art. 821 Cc, el legado de empresa; y del art. 829 Cc, la mejora en cosa determinada. En ambos casos, y dado que son preceptos que se refieren a la transmisión de cosas indivisibles, únicamente podríamos referirlos a supuestos de empresas familiares individuales y no a la transmisión de acciones o participaciones en empresas familiares societarias.

[77] GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessoes.* Coimbra: Almedina, p. 516, señala que, ya desde su redacción originaria el precepto tenía un fundamento evidente, ofrecer una norma que impidiera que la rígida aplicación del sistema legitimario llevara a la división de las explotaciones económicas, con los consiguientes problemas que para su pervivencia podían generar; añade que se procuró, además, un acercamiento a las legislaciones forales y que con él se produjo una mutación en la naturaleza jurídica de las legítimas de los hijos a voluntad del testador, pues la misma pasa de ser *pars bonorum* o *pars hereditatis*, para algunos, a *pars valoris bonorum*, de modo que los legitimarios se convertían en titulares de un simple derecho de crédito y en acreedores del legitimario adjudicatario de la explotación.

[78] Dice BELAUSTEGUIGOITIA RIUS, I. (2011). *Empresas familiares. Su dinámica, equilibrio y consolidación*. México: Mc Graw Hill, p. 201, que la sucesión representa la verdadera prueba de fuego para las empresas familiares, por lo que deben enfrentarla con plena conciencia.

[79] GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessoes*. Coimbra: Almedina, p. 501, considera que el poder en una sociedad, en última instancia, corresponde al capital y si este no se distribuye de forma apropiada al relevo en el liderazgo, la sucesión no será adecuada.

[80] *Vid,* PÉREZ GIMÉNEZ, MT. (2008). El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria. *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*. Aranzadi, núm. 18, 11-27.

[81] Como dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessoes.* Coimbra: Almedina, p. 501, la sucesión en el liderazgo y en la propiedad supone la aceptación por la mayoría de los miembros de la empresa familiar e implica un proceso de preparación. Debe, además, respetar las condiciones necesarias de poder para que el designado como sucesor en el liderazgo pueda mantener la empresa con mando fuerte y ordenado. Se necesita un perfil específico en el elegido: la confianza y el respeto de los socios familiares y trabajadores, suficiente experiencia y formación empresarial, vocación por la empresa y voluntad de ser el sucesor.

[82] Si el dueño de la empresa optara por la vía de la donación en vida, y dado que, las legítimas del resto de sucesores deben protegerse, estos últimos podrían reclamar su reducción por resultar inoficiosa, si el valor de la empresa absorbe el total o la mayoría del valor de la herencia (arts. 636, 654, 656 Cc). Al margen de ello, se debe destacar que no es operativo que el causante muera intestado, pues de ser así, no podrá influir en la distribución de los bienes, lo que conllevará un reparto de la herencia al margen de lo que realmente convenga a la supervivencia de la empresa familiar, sea individual o societaria. La sucesión intestada es uno de los principales enemigos para la empresa familiar. El testamento del empresario es un instrumento indispensable para mantener viva la empresa familiar.

[83] El precepto en su redacción originaria se refería al *padre.* Esto lleva a algunos autores, *vid,* BATALLA DE ANTONIO, A. (2014). La empresa familiar y el análisis del art. 1056. 2 del Cc. En O. Balmaseda, F. Lledó, P. Ferrer, JA Torres (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado, p. 140, a considerar que se amplía el ámbito personal que deja de estar circunscrito a padres e hijos.

[84] Esta circunstancia aboca al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Si el empresario casado lo estuviera en régimen de sociedad de gananciales, cabría la posibilidad de un acuerdo con su cónyuge para llevar a cabo la partición de los bienes comunes en dos testamentos independientes y revocables, pero con exacto contenido.

[85] Frente al contenido típico del testamento, designación de los sucesores, herederos y legatarios, se habla del contenido atípico, reconocimiento o condonación de una deuda, por ejemplo y demás declaraciones, no estrictamente sucesorias que, en su caso, producirán su efecto tras la muerte del causante, pero que pueden pervivir al margen de las vicisitudes que pueda sufrir el testamento.

[86] *Vid* arts. 688 y ss Cc, para el testamento ológrafo; arts. 694 y ss Cc, para el testamento abierto notarial y 706 y ss Cc, para el testamento cerrado.

[87] GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 687. Se suma a esta opinión GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomia no Direito*

da Família e no Direito das Sucessoes. Coimbra: Almedina, p. 518; para él, no se exige que el adjudicatario sea un legitimario, ni que sea un familiar del testador, y lo argumenta en atención a que ya no es únicamente el interés familiar el que justifica la norma, sino también el más genérico principio de conservación de la empresa.

[88] PALAZÓN GARRIDO, ML. (2006). La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo art. 1056, párrafo segundo del Código civil. En FJ Sánchez (coord.), *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 316 y ss.

[89] El causante que opta por esta vía lo hará, probablemente, para separar la responsabilidad de unos y otros. El heredero debe hacer frente a las deudas de la herencia, los legatarios no son responsables de las mismas. En este supuesto, cobra especial importancia esta distinción teniendo en cuenta que el adjudicatario se convierte en propietario desde el principio y por ello, puede disponer de forma inmediata; lo que se agrava si, además, se ha señalado un aplazamiento para el pago con dinero extrahereditario.

[90] *Vid* art.1 RD Lg 1/2010, 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Las sociedades de capital, todas ellas de carácter mercantil, son la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En la primera de ellas, el capital está dividido en participaciones sociales, en las otras dos en acciones. En cualquier caso, tiene que haber siempre una relación, previamente estudiada, entre la pretensión del testador y las normas estatutarias, pues perfectamente podría ocurrir que no se alcanzara la finalidad prevista en el testamento si los estatutos fijan un derecho de adquisición preferente de las acciones o participaciones en caso de fallecimiento del titular de las mismas.

[91] En este sentido, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, p. 125, considera que el legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada con el objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes. Impera la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. La referencia a sociedades de capital no debe ser entendida como excluyente. No se requiere que la actividad tenga un carácter empresarial estricto. Incluso, admite su aplicación a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes, pues aspectos formales y fiscales aparte, ninguna diferencia de fondo existe entre un patrimonio familiar ordinario y una sociedad familiar meramente patrimonial o de tenencia de bienes.

[92] DÍEZ SOTO, CM. (2010). La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones. En M. Sánchez (coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, p. 151, excluye de su ámbito a las sociedades o entidades patrimoniales de mera tenencia de bienes, pues de lo contrario, se podría eludir con facilidad el sistema de legítimas.

[93] Las empresas familiares españolas crean cerca del 70% del empleo privado. Son responsables de más de 6,58 millones de puestos de trabajo, representan el 89% de la masa empresarial y generan alrededor del 60% del PIB del sector privado español, según los datos disponibles del Instituto de la Empresa Familiar (IEF). Además, el 37% de las empresas españolas que facturan más de 1.000 millones de euros hoy son grupos familiares nacionales, y el 70% de ellas cotiza en bolsa. *Vid,* https://www.iefamiliar.com/peso-empresa-familiar-en-la-economia/; además y según los datos del *European Family Businesses,* España es el país europeo con mayor presencia de empresas familiares debido al menor tamaño medio de sus empresas. Estos datos justifican afirmar que la continuidad y conservación de la empresa no atañen únicamente a quien va a recibirla sino también a los acreedores de la empresa, suministradores, distribuidores, etc.

[94] En 1982, Davis y Tagiuri crearon el *modelo de los tres círculos* para dar a conocer la complejidad de las empresas familiares.

[95] Coincido plenamente con ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferrol*, Vol.1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 1263, quien considera que el legislador, de forma incorrecta técnicamente hablando, sólo ha querido confirmar la tesis doctrinal generalizada que siempre entendió que el interés de la familia debía materializarse a través de la conservación de la empresa.

[96] En sentido contrario, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, p. 126, entiende que el testador puede atribuir la empresa, acciones o participaciones, ya lo haga en interés de la familia, ya para asegurar la conservación de la empresa. La conservación de la empresa es una finalidad alternativa al interés de la familia, no son cumulativas, ni están vinculadas. No se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve.

[97] Para HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, p. 128, el párrafo segundo del 1056 sólo tiene sentido cuando en el caudal relicto no existe dinero u otros bienes para pagar la legítima, pues si lo hubiera nos encontraríamos en el marco del párrafo primero. Es más, el aplazamiento y que sea de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones solo son aplicables cuando el abono ha de efectuarse con dinero extrahereditario.

[98] *Vid* arts. 815 y 1075 Cc.

[99] Si no se hubiera previsto el aplazamiento, el abono de las legítimas se debería llevar a cabo en el momento en que se determine su valor. Esta posibilidad no se ofrecía con anterioridad a la reforma del precepto, por lo que el pago debía ser coetáneo a la adjudicación de la explotación.

[100] Dice GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 690, que esta obligación que se impone al favorecido con el patrimonio empresarial puede participar de la naturaleza del *modo testamentario*; por lo que, únicamente renunciando a la herencia podrá librarse de la obligación impuesta frente a los interesados. En igual sentido, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, p. 128, citando a VALLET.

[101] HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 50, p. 131, alega que el 1056.2 Cc no contine ninguna previsión en este sentido, tampoco remite al art. 847 Cc y, además, obedece a una motivación muy específica, cual es la conservación de la empresa y el interés de la familia, elemento finalista, que justifica un régimen más favorable para el adjudicatario de la empresa.

[102] Es de la misma opinión, MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio,* extraordinario, p.609, por aplicación del art. 1084 Cc y porque así lo aconseja la adecuada protección de los legitimarios. Por su parte, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J. (2017). Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* extraordinario, p. 781, considera que la referencia en el propio cuerpo del artículo 1056 a las causas de extinción de las obligaciones y el texto del artículo 847, que expresamente los exige, inducen a pensar que sería defendible que el legitimario perjudicado los reclamara.

[103] Según el art. 15 LH, durante *los cinco primeros años* de la fecha de la mención, quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las leyes determinen. La mención quedará sin efecto, si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dichas legítimas o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia. *Transcurridos los cinco primeros años,* si no se hubiera fijado el importe de dichas legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes determinados para su pago, continuará surtiendo plenos efectos la mención solidaria expresada con anterioridad, hasta cumplidos *veinte años* del fallecimiento del causante. Dice MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio,* extraordinario, p.607, que la garantía es diferente a la de los perceptores de metálico de los arts. 841 y ss del Cc, que son simples legatarios de cantidad, cuya protección deriva del sistema del art. 844 párrafo segundo del Cc.

[104] *Vid* art. 782.1 LEC.

[105] *Vid,* art. 1271 Cc. También el art. 816 Cc prohíbe la transacción o renuncia sobre la legítima entre el causante y sus legitimarios.

[106] *Vid,* arts. 826 y 827 Cc, promesas de mejorar y no mejorar, y la mejora irrevocable en capitulaciones o mediante contrato oneroso celebrado por tercero y 1341 párrafo segundo, donación de bienes futuros. Dice MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio,* extraordinario, p.615, que las formas excepcionales de sucesión admitidas en nuestro derecho común apenas son utilizadas, como pueden atestiguar los notarios en sus despachos profesionales.

[107] *Vid,* arts. 100 a 109 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco; Leyes 120 a 126 y 172 a 183 en Navarra; arts. 6, 8 a 13, 50 y 51 y 72 a 77 en las Islas Baleares; arts. 209 a 227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; arts. 377 a 404 en el caso de Aragón; Ley 10/2008, Libro IV del Código civil de Cataluña, art. 431.

[108] NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 16, 1695-1696.

[109] Según NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 16, 1706-1707, la cuota de legítima ha de calcularse en relación al bien objeto de disposición, la empresa familiar, que se tasa ya en ese momento y no en relación al entero patrimonio del empresario-disponente; y se abonará con bienes o derechos extra hereditarios dado que esta operación se realiza en vida del causante, por lo que no se puede hablar ni de herencia ni de bienes relictos.

[110] Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

[111] De igual modo, los heredamientos y atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y, si incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios.

[112] El heredamiento es un pacto sucesorio de institución de heredero que confiere a la persona instituida la calidad de sucesora universal del heredante con carácter irrevocable, con las excepciones de los apartados 13, 14 y 21 del art. 431.

[113] En cuyo caso es revocable unilateralmente por medio de un testamento posterior, que debe ser necesariamente notarial y abierto, o un nuevo pacto sucesorio. Este carácter preven-

tivo no se presume nunca por lo que debe pactarse de forma expresa, dejando clara su revocabilidad (art. 431-21).

[114] De hecho, según ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferrol*, Vol.1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 1251, en la práctica se demuestra que en los territorios forales apenas se hace uso de los pactos sucesorios.

Trabajo recibido el 7 de enero de 2025 y aceptado para su publicación el 24 de febrero de 2025

Las liberalidades objeto de colación hereditaria: equívocos y supuestos sujetos a discusión

Liberalities subject to hereditary collation: misunderstandings and assumptions under discussion

por

ANA LÓPEZ FRÍAS

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Granada

RESUMEN: A pesar de que la colación hereditaria es una institución de vigencia inmemorial en nuestro Derecho, continúa planteando problemas terminológicos y conceptuales en la práctica sucesoria y en el ámbito judicial. En el presente trabajo se analizan algunos de estos problemas en relación con el objeto de la colación, examinando diversos supuestos en los que resulta discutido si es aplicable o no esta operación particional o sobre qué bien o derecho debe operar. La retirada de dinero procedente de las cuentas del causante, las donaciones remuneratorias, la adquisición de inmuebles con dinero de los padres, la donación de la nuda propiedad o del usufructo y la cesión gratuita del uso de ciertos bienes del causante son las situaciones que reciben una atención específica en este artículo porque, debido a sus peculiaridades, en los últimos años han planteado dudas ante los tribunales en orden a su eventual colación en el reparto del patrimonio hereditario.

ABSTRACT: In the Spanish legal system, the collation is a partitioning operation that occurs when several heirs with right to a reserved share concur in an inheritance, in which case they are obliged to bring to the inheritance the value of what they received during the life of the deceased gratuitously. Despite the fact

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.808.03

that the collation of inheritances is an institution of immemorial validity in Spanish Law, it continues to pose terminological and conceptual problems in inheritance practice and in the judicial sphere. This paper analyses some of these problems in relation to the object of the collation, examining various cases in which it is discussed whether or not this partitional operation is applicable or on which asset or right it should operate. The withdrawal of money from the deceased's accounts, remunerative donations, the acquisition of real estate with money from the parents, the donation of the bare ownership or usufruct and the free transfer of the use of certain assets of the deceased are the situations that receive specific attention in this paper because, due to their peculiarities, in recent years they have raised doubts before the courts regarding their eventual collation in the distribution of the inherited estate.

PALABRAS CLAVE: Colación, herencia, liberalidades, donación remuneratoria, donación de la nuda propiedad, cesión gratuita del uso, problemas terminológicos y conceptuales.

KEYWORDS: Collation, inheritance, liberalities, remunerative donation, donation of the bare ownership, free transfer of use, terminological and conceptual problems.

SUMARIO: I. COMPUTACIÓN Y COLACIÓN EN SENTIDO PROPIO: PERSISTEN LOS EQUÍVOCOS.—II. ¿COLACIÓN DERIVADA DE LA IMPUTACIÓN? III. EL OBJETO DE LA COLACIÓN EN SENTIDO PROPIO: ALGUNOS SUPUESTOS DISCUTIDOS. 1. El dinero retirado o transferido desde la cuenta del causante. *A) Las soluciones de la jurisprudencia menor. B) Posición personal.* 2. Las donaciones remuneratorias. *A) Doctrina y jurisprudencia sobre la colación de estas donaciones. B) Posición personal.* 3. Los inmuebles adquiridos con dinero de los padres. 4. La donación de la nuda propiedad o bien del usufructo. 5. La cesión gratuita del uso de bienes inmuebles.— IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. COMPUTACIÓN Y COLACIÓN EN SENTIDO PROPIO: PERSISTEN LOS EQUÍVOCOS

La colación hereditaria es un ejemplo muy claro de la importancia que tiene la terminología legal en la configuración de las instituciones jurídicas. En concreto, constituye una muestra de lo necesario que es utilizar términos precisos y diferentes para conceptuar actos que tienen semejanza pero son distintos y están

sometidos a un régimen jurídico diverso. En materia de colación el Código civil no cumple ese objetivo de precisión pues no se caracteriza en absoluto por la claridad terminológica, como se puede apreciar, entre otros, en los artículos 818 y 1036[1]. Por otra parte, a pesar de las numerosas explicaciones de la doctrina científica y de algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el significado técnico de la palabra colación y su diferencia con las operaciones relativas al cálculo de la legítima, la confusión aún se advierte en la práctica sucesoria, en las demandas relacionadas con cuestiones hereditarias y también en bastantes sentencias de las instancias inferiores.

Recordemos que según la doctrina dominante, en el Código civil se hace necesario leer en clave distinta el artículo 818, por un lado, y los artículos 1035 y siguientes, por otro, aunque en ambos casos se hable de donaciones colacionables. Como sabemos, el artículo 818 se refiere al procedimiento para determinar el importe de la legítima, siendo la base del cálculo la suma del caudal relicto y de las donaciones realizadas por el causante (con resta de las deudas). A pesar de que el Código afirme que en esa ecuación se agrega el valor de las donaciones "colacionables", realmente sobra el calificativo, pues han de sumarse todas las donaciones realizadas por el causante, salvo los regalos de uso. Solo así se puede determinar a cuánto asciende verdaderamente la legítima habida cuenta de que esta constituye una cuota de los bienes que el causante ha dejado al morir o ha transmitido inter vivos a título gratuito. Por su parte, los artículos 1035 y siguientes se refieren a la operación específica de la colación. Aunque son muchos los extremos que aún hoy se discuten, como punto de partida y según la postura más extendida podemos afirmar que la colación tiene lugar cuando concurren a la sucesión, como herederos, dos o más legitimarios, habiendo recibido alguno o algunos de ellos donaciones u otras atribuciones gratuitas en vida del causante[2]. La colación incide en el reparto final de los bienes hereditarios entre esos sucesores porque implica la suma del caudal y del valor de las liberalidades realizadas a dichos legitimarios (solo estas liberalidades, no todas las realizadas por el fallecido) para que después cada legitimario-heredero tome de menos tanto como ya hubiera recibido. Ello salvo que el causante haya dispensado al donatario de la colación o los afectados renuncien a que se practique[3].

Vemos así que la computación prevista en el artículo 818 y la colación ex artículos 1035 y ss. del Código civil son operaciones distintas. La primera es imperativa si hay legitimarios (el causante no puede impedir que se realice) y tiene por finalidad no solo conocer el importe de la legítima, sino también servir de base a la imputación de las donaciones y legados y a la determinación del carácter inoficioso de los mismos, en su caso. La segunda operación (colación) tiene carácter dispositivo pues, como hemos dicho, puede dispensarla el causante, y no persigue la protección de la legítima sino hacer el reparto hereditario bajo la

premisa de que lo recibido mediante donación por los herederos-legitimarios constituye un anticipo de la cuota hereditaria que les corresponda.

Esta diferenciación, que podemos considerar clásica, es acogida por numerosos autores[4] y por la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, de la que son un claro exponente las SSTS de 17 de septiembre de 2019 (sentencia 468/2019, ECLI:ES:TS:2019:2854), 24 de mayo de 2023 (sentencia 807/2023, ECLI:ES:TS:2023:2376) y 7 de enero de 2025 (sentencia 13/2025, ECLI:ES:TS:2025:32)[5]. La STS de 19 de febrero de 2015 (sentencia 738/2014, ECLI:ES:TS:2015:1414) recoge también la esencia de la distinción aunque se decanta por entender que el artículo 818 CC utiliza el término colación en un "sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima" mientras que la aplicación técnica o jurídica del concepto colación se encuentra en los artículos 1035 y ss. CC. Doble significación del término legal que reiteran diversas sentencias de las Audiencias provinciales[6].

Pero lo cierto es que son abundantes las sentencias de la jurisprudencia menor que reflejan la tendencia a mezclar o confundir la colación en sentido propio con otras operaciones sucesorias, sin que se lleven a cabo las oportunas distinciones. A veces el problema se advierte en la formulación de las pretensiones de las partes, pues se solicita la "colación" de determinadas donaciones pero en realidad se está pidiendo que se computen a efectos de calcular la legítima[7] o que se incluyan en el inventario de la herencia[8]; o bien se ejercita una "acción declarativa de donación colacionable" cuando lo que se quiere obtener es la reducción de una donación por ser inoficiosa[9]. Otras veces es el contenido de la propia sentencia lo que adolece de falta de claridad, entrelazando sin la necesaria precisión la figura de la colación hereditaria con los mecanismos de protección de la legítima[10]. En esta línea encontramos sentencias que yuxtaponen desordenadamente los preceptos que regulan la computación o la imputación con los de la colación en sentido propio[11] o que denominan "colación" sin mayor especificación bien a la computación dirigida a calcular la legítima[12] o bien a la reducción de una donación que la perjudica[13].

Estos equívocos terminológicos son especialmente frecuentes cuando el trámite que se está resolviendo es la formación judicial del inventario en el procedimiento de división de la herencia[14]. En este ámbito son bastantes los casos en los que se discute si una determinada donación debe excluirse del inventario al haber alegado una de las partes que no es colacionable. Es entonces cuando algunas Audiencias entran a analizar el carácter colacionable o no en sentido estricto de la donación, y en función de ello acuerdan la inclusión o exclusión del bien donado del inventario[15]. Tal planteamiento suscita la duda, previa a la cuestión de fondo, de si las donaciones realizadas por el causante verdaderamente forman

parte del inventario de la herencia. La mayoría de las sentencias consultadas lo dan por hecho[16], pero algunas resoluciones matizan que, aunque deba tenerse en cuenta el valor de los bienes donados al hacer el inventario, en realidad tales bienes no son una partida propia del mismo ya que no pertenecen al caudal relicto[17]. Al margen de esta oportuna matización, parece claro que no puede omitirse el importe de lo donado cuando, concurriendo legitimarios a la sucesión, se está cuantificando el haber sobre el que se determinarán los derechos de los sucesores del causante, y en ese sentido las donaciones han de quedar reflejadas de algún modo en la primera operación particional, en el inventario[18]. Ahora bien, es importante aclarar que la referencia a lo donado en el inventario no se puede limitar a las atribuciones gratuitas colacionables en sentido estricto, sino que ha de abarcar todas las donaciones pues solo así podrá llevarse a cabo correctamente el cálculo de la legítima y solo así podrá analizarse si se ha producido lesión de la parte correspondiente a cada legitimario. Por tanto, no es correcto decidir si una donación debe incluirse en el inventario en función de si es colacionable o no ex artículo 1035 y ss. CC. No es correcto, tampoco, excluir en el trámite del inventario el valor de una donación por el hecho de que el causante haya dispensado de colacionarla. Como antes hemos comentado, todas las donaciones se computan, con dispensa de colación o sin ella, y será posteriormente, cuando se vaya a concretar la porción de bienes que corresponden a cada sucesor, el momento de decidir si procede o no colacionar determinadas donaciones atendiendo a lo dispuesto por el causante[19].

La falta de precisión terminológica de las operaciones particionales, y particularmente la costumbre de utilizar la palabra colación cuando de lo que se trata es de computar los bienes del causante, está en el fondo del error comentado: identificar la computación con la colación lleva a omitir en el inventario la referencia a las donaciones no colacionables por dispensa del causante, con el riesgo que ello supone para la protección de la legítima[20]. Sin duda contribuiría a que cesase esa identificación computación-colación, fuente de equívocos, una pequeña modificación del artículo 818 CC dirigida a eliminar el adjetivo "colacionables" que actualmente acompaña a las donaciones que han de agregarse al caudal relicto para calcular la legítima[21].

II. ¿COLACIÓN DERIVADA DE LA IMPUTACIÓN?

Otra de las dificultades conceptuales que presenta la colación se debe a que su efecto característico (que el sucesor-donatario "tome de menos") no es exclusivo de esta figura. Ese tomar de menos (o, a veces, no tomar nada del caudal) puede producirse, aun no concurriendo los requisitos de la colación, como con-

secuencia en ciertos casos de la imputación de la liberalidad, y ello puede llevar a entender que se ha colacionado una determinada donación cuando en sentido estricto no se dan los presupuestos de dicha operación particional. Tenemos un primer ejemplo de ello en la STS de 15 de febrero de 2001 (sentencia 142/2001, ECLI:ES:TS:2001:1026). La causante, madre de tres hijos (Juan José, Pilar y Lourdes), instituyó heredera a su hija Lourdes y no atribuyó nada en testamento a sus otros dos hijos, afirmando haberles dejado en vida sobradamente el importe de su legítima. Concretamente y en cuanto a su hija Pilar manifestó la testadora haber gastado en educación (carrera profesional de magisterio) y en ajuar cantidades que cubrían con exceso su legítima. Una vez fallecida la causante, Pilar solicitó judicialmente que se declarase la inexistencia de la "obligación de colacionar" por su parte en relación con los gastos efectuados por su madre. Pero el TS resolvió que las dos "atribuciones a título gratuito" recibidas por la demandante eran colacionables ex artículos 1042 y 1044 CC y habían de imputarse a su legítima[22].

El caso es parecido al que enjuicia la SAP de Madrid, sección 21.ª, de 27 de enero de 2022 (sentencia 12/2022, La Ley 57226/2022), aunque en esta sentencia es distinta y más clara la argumentación del tribunal. La causante instituye heredera a una sobrina y deja a su hijo la legítima, que dice tiene pagada con donaciones. Este hijo solicita que se declare que no está obligado a colacionar con la heredera y que tiene derecho como único legitimario a heredar dos terceras partes del caudal, correspondiendo a la sobrina heredera el tercio de libre disposición. La Audiencia desestima la petición tal y como ha sido formulada tras aclarar acertadamente que no se plantea en el caso un problema de colación en sentido estricto sino de imputación en cuanto que las donaciones hechas a los hijos se imputan en su legítima (artículo 819 CC) y por eso "si el legitimario ya hubiera recibido íntegramente su legítima por vía de donación ya carece de derecho para reclamar" por ese concepto.

En realidad en ninguno de los dos casos procede la colación ex artículo 1045 CC (según se concibe mayoritariamente en la doctrina) pues la persona donataria no es heredera y además en el segundo caso la heredera no es legitimaria. Pero lo destacable desde nuestro punto de vista es que en este tipo de situaciones, por efecto de la imputación y atendiendo a lo dicho por el testador, el legitimario ha de restar lo ya recibido al igual que ocurre en la colación.

La recientísima STS de 7 de enero de 2025 (sentencia 13/2025, ECLI:ES:TS:2025:32) es también un ejemplo de esta imputación con "toma de menos", aplicable en otro caso similar a los ya comentados. Ahora la causante instituye heredera a su hija y deja la legítima estricta a varios de sus hijos, ordenando respecto de uno de ellos "que traiga a colación en su herencia y se compute para el pago de dicha legítima, la cantidad de doscientos mil euros que ya se le ha entregado en vida". Este hijo interpone demanda contra sus hermanos

alegando que no ha recibido cantidad alguna de su madre fallecida, por lo que debe pagársele íntegramente la legítima estricta y reducirse la institución de heredera. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestiman la demanda y el demandante interpone recurso de casación invocando como infringido el art. 1035 CC. El Tribunal Supremo, que estima parcialmente el recurso, aclara que en realidad el recurrente no se refiere a que sea inaplicable al caso la colación en sentido técnico, "sino a la improcedencia de imputar a lo que por legítima le corresponde ninguna donación por no haber recibido liberalidad alguna". Concluye entonces el Alto Tribunal, a la vista de los hechos probados, que la testadora efectivamente donó cantidades por diversos conceptos a su hijo (pero no doscientos mil euros como habían entendido las instancias inferiores), de modo que, para el cálculo de lo que a este hijo le corresponde del caudal como legítima estricta, ha de tomarse en consideración lo que verdaderamente recibió a título gratuito en vida de la causante. Esto es: debe imputarse a su legítima, como parte de la misma, las liberalidades acreditadas a su favor. Y ello al margen de que el supuesto de hecho no sea propiamente el de la colación particional regulada en los arts. 1035 y ss.

El fenómeno de imputación con efecto de resta como el de la colación se puede manifestar igualmente en relación al cónyuge viudo, independientemente de que este sujeto, según confirma la última jurisprudencia, no esté obligado a colacionar en sentido propio. Lo veremos analizando la STS de 24 de mayo de 2023 (sentencia 807/2023, ECLI:ES:TS:2023:2376). El causante, casado y padre de tres hijos, nombró heredera a una hija y a sus otros dos hijos les dejó la legítima estricta. Igualmente legó a su esposa el pleno dominio del tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria. Se daba la circunstancia de que el testador había condonado a su mujer parte de la deuda derivada de un préstamo que él le había concedido, ascendiendo la cantidad condonada a 45.000€. Tras el fallecimiento del causante, los hijos que no habían sido nombrados herederos iniciaron un procedimiento de división de la herencia y se suscitó en el mismo la cuestión de si el importe condonado constituía una donación colacionable por parte de la viuda. Así lo entendió tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia[23]. En cambio el Tribunal Supremo considera más adecuado mantener que el viudo no se ve afectado por la colación. Y ello debido a su especial condición de legitimario usufructuario y porque "la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos" al ser su finalidad, recogida en la STS 25 octubre 2000 (sentencia 955/2000, ECLI:ES:TS:2000:7705), "la de igualar a los iguales"[24]. Ahora bien, aunque la viuda no haya de colacionar las cantidades condonadas, aclara la sentencia que tal donación habrá de computarse a efectos del cálculo de la legítima e imputarse a la parte libre, si bien no entra en estas cuestiones por no haber sido objeto del procedimiento.

Por tanto, el cónyuge viudo no colaciona en sentido estricto o propio con los descendientes legitimarios, pero en casos como el de la STS de 24 de mayo de 2023 se produce un resultado similar al de la colación como consecuencia de la imputación de la donación recibida por el viudo, la cual ha de tenerse en cuenta a la hora de adjudicar los bienes hereditarios. Recordemos que el testador había legado el tercio libre a su esposa además de su legítima. Pero eso no significa que la esposa pueda quedarse sin más con un tercio del caudal relicto (además de su usufructo legal). Es preciso calcular a cuánto asciende el tercio libre tras sumar al caudal el valor de todas las donaciones. La viuda tendrá derecho a bienes por importe de ese tercio (junto a su cuota de legítima), pero a la hora de determinar qué bienes de los que ha dejado el causante se le adjudican será necesario restar el valor de lo que recibió por donación, que se imputa a lo disponible para ella (parte libre y usufructo vidual)[25]. Y ello porque si no se hiciera esa resta se estaría perjudicando la legítima de los hijos del causante, pues la participación de la viuda invadiría el espacio de los dos tercios destinados imperativamente a los descendientes[26]. En este sentido, el cónyuge ha de tomar de menos, pero no con la finalidad de igualar su participación con la de otros sucesores, sino por la necesidad de no vulnerar la legítima de los demás interesados en la sucesión. Por el mismo motivo, si, tras la imputación, el valor de lo donado excediese de la partes disponibles para el viudo, procedería la reducción del exceso[27].

III. EL OBJETO DE LA COLACIÓN EN SENTIDO PROPIO: ALGUNOS SUPUESTOS DISCUTIDOS

Uno de los aspectos de la colación que se discute en los tribunales, y respecto del cual también se aprecian algunos equívocos, es la determinación de qué liberalidades en concreto están sujetas a ella. El artículo 1035 CC dispone que han de traerse a colación los bienes y valores que haya recibido el heredero forzoso inter vivos y por cualquier título lucrativo[28]. Poco después, los artículos 1037 y ss. CC regulan varias situaciones para incluirlas o excluirlas de la colación[29], pero queda fuera de la enumeración legal una parte importante de la casuística que se presenta en las particiones hereditarias en cuanto a los bienes y derechos colacionables. Nos referimos por ello, a continuación, a algunos de los supuestos de interés que se han planteado sobre esta materia en la práctica sucesoria y a nivel judicial.

1. El dinero retirado o transferido desde la cuenta del causante

En los últimos años (o meses) de vida de algunas personas se realizan en sus cuentas corrientes transferencias o reintegros de dinero por parte de alguno

de sus hijos que tiene la condición de autorizado en dichas cuentas o conoce las claves para operar online. Posteriormente, una vez abierta la sucesión, ocurre a veces que los demás hijos consideran que se han producido atribuciones gratuitas de esas cantidades de dinero a quien ha llevado a cabo la disposición de las mismas, y por ello solicitan su colación. Esta situación se ha planteado en bastantes ocasiones ante los tribunales, los cuales han de decidir si las cantidades retiradas o transferidas son objeto colacionable.

A) Soluciones de la jurisprudencia menor

Encontramos algunas sentencias que consideran que las cantidades de dinero detraídas de las cuentas del progenitor antes de su fallecimiento constituyen "donaciones colacionables" conforme a los artículos 1035 y ss. CC. En el caso de la SAP de Madrid, sección 10.ª, de 18 de enero de 2021 (sentencia 15/2021, La Ley 21938/2021), la causante era madre de varios hijos y se encontraba en situación de discapacidad. Una de sus hijas retiró 35.000€ de una cuenta de la que la madre era titular. Tras el fallecimiento de esta y habiéndose promovido la división judicial de la herencia, otro hijo impugna el cuaderno particional elaborado en el seno del procedimiento para solicitar la inclusión como colacionable del importe retirado. Aunque el Juzgado desestima tal pretensión, la Audiencia considera que deben incluirse en la partición, como donación colacionable, los 35.000€, "cantidad que fue recibida por la ordenante y sin que se haya acreditado que el destino de dicha cantidad fuera para sufragar los gastos y alimentos de su madre y su hermana". La misma solución acoge la SAP de Cantabria, sección 4.ª, de 24 de enero de 2023 (sentencia 66/2023, La Ley 94715/2023), aunque en un caso en el que se discute la composición del inventario de la herencia[30]. En este supuesto la causante (doña Rosalía) también era una persona con discapacidad y los reintegros discutidos se hicieron en virtud de un poder otorgado por dicha señora a sus hijos. El tribunal estima, atendiendo a los datos del caso, que cabe presumir que las disposiciones de importe superior a 1.000€ realizadas por uno de los hijos de la causante "se justifican por la existencia de donaciones de Doña Rosalía en favor de su hijo", entendiendo que las disposiciones de igual o inferior cantidad a la indicada sí tienen por finalidad la atención de las necesidades de la madre y no suponen atribuciones gratuitas[31]. Por su parte, la SAP de Madrid, sección 25.ª, de 5 de noviembre de 2021 (sentencia 392/2021, La Ley 279317/2021) afirma que habrá donación colacionable respecto de aquellas cantidades retiradas por un hijo de la causante en las que haya constancia de que se han gastado en interés del propio hijo, mientras que el resto de los reintegros en los que no concurra esa circunstancia no han de formar parte del inventario.

Frente al criterio de las sentencias anteriores que reconducen el problema a la colación, siguen una orientación distinta otras resoluciones en las que la retirada o disposición del dinero por parte de alguno de los hijos del causante no es calificada como donación y por tanto no se considera objeto de colación hereditaria. Destaca a este respecto la SAP de Sevilla, sección 5.ª, de 29 de abril de 2022 (sentencia 231/2022, La Ley 189161/2022), relativa a un caso en el que se produce el vaciamiento de una cuenta de la causante en sus últimos tres meses de vida mediante continuos reintegros con tarjeta y transferencias a favor del hijo que convivía con la fallecida. La Audiencia subraya que la colación solo tiene por objeto las disposiciones patrimoniales que el causante hace en vida voluntariamente y con ánimo de liberalidad a favor del heredero forzoso, de forma que no procede aplicar tal figura cuando, como ha ocurrido, el demandado se ha apropiado indebidamente de las cantidades detraídas aprovechándose de la confianza que su madre puso en él. Procede entonces la restitución al activo hereditario de todas las sumas que debían figurar en las cuentas corrientes de la causante a la fecha de su fallecimiento. Y ello por faltar la voluntad de donar y habida cuenta —añade la sentencia— de que no consta que esas cantidades se hayan utilizado para atender gastos y necesidades de la causante.

En la misma línea se pronuncia la SAP de León, sección 2.ª, de 7 de octubre de 2016 (sentencia 264/2016, La Ley 154926/2016). En este supuesto es una hija de la causante la que alega que las cantidades retiradas por ella de una cuenta de titularidad de su madre habían sido donadas a ella misma y a su hija. Pero afirma la sentencia, con invocación de doctrina del Supremo, que la donación requiere la acreditación del *animus donandi*, el cual no se presume, "perjudicando la falta de prueba a quien alega la existencia de la donación"[32]. La consecuencia es la confirmación de la sentencia del Juzgado que había ordenado incluir en el inventario de la herencia las cantidades retiradas por la demandada[33].

La falta de prueba del destino de las cantidades retiradas que se aprecia en la SAP de Sevilla citada provoca igualmente en otros supuestos la decisión de incorporar a la masa hereditaria el dinero transferido o retirado cuando no consta en qué se ha utilizado[34]. Sin embargo, también hay sentencias que acogen una posición diferente en relación con la prueba aportada (o no) por las partes, pues desplazan la carga de la prueba del destino de las sumas detraídas a quien solicita su consideración como donaciones colacionables o su reintegro al caudal relicto, de forma que no procede incluir las cantidades discutidas en el activo hereditario si no se ha acreditado que las disposiciones se realizaron sin justificación alguna y sin consentimiento del titular o si no se demuestra que su finalidad no fue atender las necesidades de la causante[35]. Faltando esa prueba negativa, el dinero retirado queda excluido en estos casos de la distribución de la herencia a todos los efectos.

B) Posición personal

A nuestro juicio, en los casos en que queda claro que quien ha hecho la transferencia o la retirada del dinero no es el causante sino el propio hijo destinatario del mismo, no hay verdadera donación salvo que se demuestre la autorización del causante para la disposición y su *animus donandi*. Y si no hay donación, faltando esos elementos, no hay tampoco colación posible, como afirman algunas de las sentencias recogidas en el apartado anterior: el dinero extraído de las cuentas corrientes del causante sin que este haya querido atribuirlo gratuitamente no constituye una liberalidad objeto de colación hereditaria.

Cuestión distinta es si, no teniendo el carácter de donación, esas sumas deben restituirse o no al caudal relicto. La respuesta vendrá dada normalmente por las circunstancias particulares del caso: cuantía de las disposiciones, momento en que se llevan a cabo, periodicidad, si quien las realiza se encarga o no del cuidado del causante, etc.[36]. Ello no obstante, sin perjuicio de adoptar una u otra solución en función de todos los datos concurrentes, como regla parece correcto excluir de la restitución las sumas que no sean de cuantía elevada si son periódicas y las realiza el hijo o hijos que atienden las necesidades del causante o que gestionan su patrimonio porque él no puede hacerlo: habrá que entender, en principio, que ese dinero no forma parte de la herencia porque lo ha gastado el propio finado. En cambio, cuando las cantidades extraídas de las cuentas son abultadas o muy continuas en un tiempo limitado anterior al fallecimiento del titular, ya no cabe presumir que su destino sea la manutención y el cuidado del causante. Pensamos que en estos casos, para enervar la solicitud de restitución al caudal, corresponderá demostrar su finalidad a quien retira o transfiere el dinero a su favor, que es quien está en mejores condiciones de llevar a cabo la prueba (artículo 217.7 LEC). Nos parece más correcto este criterio que el de exigir a la otra parte, es decir, a quien solicita el reintegro de ese dinero en el activo hereditario, la prueba negativa consistente en acreditar que no se utilizó el dinero en gastos generados por el causante.

2. Las donaciones remuneratorias

Entre las cuestiones relativas al objeto de la colación que resultan especialmente discutidas se encuentra la pregunta de si son colacionables las donaciones remuneratorias, es decir, aquellas que se realizan en agradecimiento al comportamiento del donatario o a los servicios que ha prestado. Se trata de una pregunta que se puede plantear con frecuencia en la práctica porque muchas de las donaciones que el padre o la madre hacen a un hijo tienen su origen en el deseo del donante de recompensar a quien se ha ocupado de él o le ha ayudado espe-

cialmente. Por ello, cuando posteriormente se abre la sucesión y ese donatario es llamado como heredero junto a otros hijos del causante, resulta necesario saber si hay que restar o no de su cuota hereditaria el importe de lo ya recibido mediante la liberalidad inter vivos.

A) Doctrina y jurisprudencia sobre la colación de estas donaciones

Estamos ante un problema clásico en la doctrina científica, cuyas opiniones pueden reconducirse a tres posturas distintas:

a) La mayoría de los autores vincula su respuesta al régimen jurídico de la donación remuneratoria que en su opinión deriva del artículo 622 CC. Recordemos que este precepto establece que las donaciones remuneratorias se rigen por las reglas del título II del Libro IV del Código (relativo a la donación) "en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto". Ahora bien, dado que no se impone ningún gravamen en las donaciones remuneratorias, considera este grupo de autores que ha de referirse ese valor al servicio prestado. Partiendo de ahí, procedería aplicar la normativa de la donación simple a una parte de la donación remuneratoria, concretamente al importe que supone un exceso en relación a la valoración del servicio. Esa sería —se afirma— la cuantía de lo donado sujeta a colación[37].

b) Otros autores niegan que las donaciones remuneratorias sean colacionables, ni en todo ni en parte[38]. Y ello debido a la naturaleza y finalidad propias de estas donaciones, en las que la intención de remunerar los servicios constituye un motivo causalizado. Se destaca que cuando la donación es remuneratoria el donante quiere realizar la liberalidad, no como anticipo de la cuota hereditaria del favorecido, sino como recompensa por los servicios prestados, y de ahí que no haya obligación de colacionar[39]. En esta línea, aunque desde otra perspectiva, se ha indicado también que en las donaciones remuneratorias existe una dispensa tácita de colación, "pues resulta difícil imaginar que el donante pretenda remunerar los servicios y que a la vez imponga traer lo recibido a colación"[40].

c) Puede identificarse una tercera posición doctrinal para la que ha de colacionarse la donación remuneratoria por entero al entender que se trata de una donación simple, completamente gratuita, y sometida en todo a las reglas de este negocio. Ello salvo voluntad en contra del causante, como ocurre en cualquier donación[41].

Esta última es la tesis que sigue la STS Pleno de 20 de julio de 2018 (sentencia 473/2018, ECLI:ES:TS:2018:2756). Tras descartar la teoría de la naturaleza

mixta (onerosa y gratuita) de la donación remuneratoria, afirma el Supremo que esta donación debe tratarse como una donación simple tanto a efectos de computación como a efectos de colación. Ello significa que la colación no se aplica solo en cuanto a una parte de lo donado sino respecto a la totalidad. En este sentido la sentencia argumenta, entre otras consideraciones, que el Código civil prevé la colación de las donaciones sin distinción, que el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe entender que el causante solo quiso donar en cuanto al exceso sobre el valor del servicio, y que la remuneración constituye un móvil subjetivo para hacer la donación pero no su causa, la cual es indivisible y responde al ánimo liberal. El Tribunal Supremo indica, no obstante, una peculiaridad en la colación de las donaciones remuneratorias: "que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione"; si bien queda rebajado el alcance de esa peculiaridad porque también afirma la sentencia que "la colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante" y que en ese sentido "resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria". En el caso, aunque al hacerse la donación remuneratoria el causante había manifestado su carácter no colacionable, posteriormente ordenó en testamento la colación de la misma. Para la sentencia es esa última voluntad la que ha de prevalecer, quedando revocada la dispensa previa por tratarse de un acto de naturaleza y eficacia mortis causa (por tanto, revocable)[42].

Con posterioridad a la STS de 20 de julio 2018 no ha habido otros pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la colación de las donaciones remuneratorias. Sí hay en cambio sentencias que abordan el tema en la jurisprudencia menor. Respecto de estas, encontramos alguna que mantiene la aplicación de la normativa de la donación a las liberalidades remuneratorias solo en cuanto al exceso del valor del servicio prestado (teoría del acto mixto), y en base a ello decide que, en el caso, no ha de colacionarse la donación porque el importe de lo donado no excede del valor del servicio (SAP de Zamora, sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2021, sentencia 453/2021, La Ley 314136/2021). Otras sentencias, que son claramente mayoría, recogen y se apoyan en la citada resolución del Supremo. Ello no obstante, como ahora veremos, no todas las sentencias de las instancias inferiores que dicen aplicar la doctrina de la STS de 2018 enjuician el tipo de problema contemplado en ella. La SAP de Toledo, sección 2.ª, de 25 de febrero de 2021 (sentencia 36/2021, La Ley 31730/2021) y la SAP de Ávila, sección 1.ª, de 31 de marzo de 2023 (sentencia 110/2023, La Ley 70705/2023) se refieren a la colación de donaciones cuyo carácter remuneratorio no está del todo claro, pero afirman ambas Audiencias, tras citar la doctrina del Tribunal Supremo, que aunque tengan dicho carácter procede colacionarlas porque no consta la voluntad

del causante de dispensarlas de la colación. En sentido análogo se pronuncia la SAP de Jaén, sección 1.ª, de 16 de septiembre de 2021 (sentencia 946/2021, La Ley 283123/2021), pero lo cierto es que esta sentencia constituye un ejemplo más de las confusiones terminológicas y conceptuales que se aprecian en parte de la jurisprudencia menor sobre colación hereditaria, porque en el caso el problema no es de colación en sentido estricto (que es la cuestión a la que se refiere la doctrina de la STS citada); lo discutido es en realidad la computación de ciertas donaciones a efectos de determinar su posible inoficiosidad y en ello sabemos que no es relevante la voluntad del causante en orden a la colación.

Merece también destacarse la SAP de Castellón, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2021 (sentencia 924/2021, La Ley 323414/2021), relativa a la inclusión o no en el inventario de una donación de 40.000€ recibida por una hija del causante, donación cuya naturaleza remuneratoria no ofrece duda según la prueba testifical practicada. Alega la donataria que dicha donación no debe formar parte del inventario de la herencia debido a su carácter no colacionable. La Audiencia le da la razón al quedar acreditado que el causante quería mejorar a su hija por haberle cuidado, estando también acreditada su intención de dejarle toda la herencia en perjuicio de su hermano (lo que no llegó a hacer porque falleció poco después de efectuar la donación). La sentencia considera así cierta la voluntad del causante de dispensar de la colación a su hija y por ello excluye el dinero donado de la masa hereditaria. Sin embargo, como ya hemos explicado anteriormente, a nuestro juicio no es correcto decidir si una donación ha de incluirse en el trámite del inventario en función de si es colacionable o no en sentido propio ni tampoco es adecuado excluirla del mismo en base a la dispensa de colación. Por ello creemos que tanto esta última sentencia como la de la SAP de Jaén antes citada no enfocan de manera adecuada el objeto realmente debatido, y en ese sentido cabe decir que no aplican correctamente la doctrina del Supremo.

B) Posición personal

Al margen de insistir nuevamente en el problema terminológico y conceptual, que está presente en muchas de las cuestiones que se plantean en relación con el objeto de la colación, procede ahora exponer la posición que personalmente más nos convence sobre el funcionamiento de esta operación particional en las donaciones remuneratorias.

A nuestro juicio, reconducir la cuestión al artículo 622 CC lleva a un callejón sin salida habida cuenta de la oscuridad del precepto[43], cuya aplicación exige en cualquier caso forzar su tenor y recurrir a interpretaciones correctoras.

Por ello nos parece más adecuado orientar el problema en función de lo que la colación significa[44]: lo donado constituye un anticipo de la herencia a no ser que el causante manifieste su voluntad en contra; voluntad que ha de ser clara pero que no necesita expresarse formalmente, tal como admite la doctrina y la jurisprudencia[45]. Pues bien, el hecho de tener la donación carácter remuneratorio constituye, en nuestra opinión, un indicio muy fuerte de que la voluntad del causante es que el valor de los bienes donados no se reste de la cuota hereditaria del donatario. Habitualmente será así porque cuando el donante persigue recompensar a uno de sus hijos lo normal es que lo quiera distinguir y beneficiar de forma especial, primándolo al margen de sus futuros derechos hereditarios. Es cierto, no obstante, que el hecho de ser la donación remuneratoria no significa automática y necesariamente que el donante excluya la colación, pues puede que su voluntad sea recompensar al donatario pero en el sentido de hacer posible que disfrute y disponga de los bienes donados sin esperar a la apertura de la sucesión, es decir, puede ser su propósito adelantar en el tiempo el momento de recibir los bienes aunque luego los mismos formen parte de la cuota que corresponde al donatario como heredero. Por tanto, no podemos decir categóricamente que las donaciones remuneratorias no son colacionables por hipótesis. Pero creemos que lo procedente no es aplicar la colación de la donación remuneratoria salvo voluntad manifestada expresamente en contra por el causante. Pensamos que, atendiendo a la naturaleza y finalidad propias de este tipo de donación, la forma de operar debe ser la opuesta: entender que no hay colación en estos casos (porque se considera tácitamente dispensada) salvo que el causante exprese en la propia donación o posteriormente que quiere que se aplique la repetida operación particional[46]. La peculiaridad del supuesto de hecho justifica que, una vez acreditado por el donatario el carácter remuneratorio de la liberalidad, se presuma dispensada de la colación. Lo importante a nuestro juicio es que la intención de agradecimiento y recompensa sea inequívoca, que no siempre lo es. Pero si se demuestra que verdaderamente esa es la razón de ser de la donación, desde nuestra perspectiva debe darse por buena la dispensa salvo prueba en contra. En todo caso, no puede decirse que esta inversión de la regla sobre la operatividad de la dispensa cuando la donación es remuneratoria encuentre apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo[47].

3. Los inmuebles adquiridos con dinero de los padres

Otro supuesto en el que ha planteado dudas el objeto de la colación surge cuando un hijo del causante figura como comprador de un inmueble en escritura pública pero se da la circunstancia de que el precio de la finca se ha pagado con

dinero procedente de su padre, el causante. La pregunta es si en estos casos ha de entenderse que, a efectos de la colación, el objeto donado por el padre es el dinero entregado como precio al vendedor o bien lo es el inmueble adquirido por el hijo.

Obviamente las consecuencias de responder en uno u otro sentido son distintas, pues se colaciona el valor de lo donado en el momento de la partición (según la interpretación dominante del artículo 1045.1 CC), y en ese momento normalmente no se va a corresponder el valor real del inmueble con el importe del dinero que se pagó, aunque se actualice en función de los años transcurridos. Es decir: si el objeto de la donación es el metálico, el importe a colacionar habitualmente será menor que si lo que se ha de restar de la cuota sucesoria es el valor de la finca adquirida. La cuestión también es relevante en relación a la forma del negocio o negocios celebrados, porque la donación de dinero, como cosa mueble, no requiere escritura pública para su validez, a diferencia de la donación de bienes inmuebles que sí exige que la voluntad específica de donar se manifieste en escritura pública (artículo 633 CC). Por ello, si se considera que el objeto de la donación es dinero no procederá plantear una posible simulación en el contrato de compraventa del inmueble ni, en consecuencia, podrá aplicarse la doctrina sobre la nulidad por defecto de forma de la escritura pública de compraventa que encubre la donación de una finca[48].

Algunos autores consideran que si el progenitor da a su hijo dinero para adquirir un inmueble, cuando concurra como heredero con otros hijos del causante debe colacionar el dinero actualizado, no la finca adquirida[49]. Pero también se ha defendido la posición contraria, o sea, que lo realmente donado es el inmueble y que es su valor lo que se ha de tener en cuenta a la hora de colacionar[50].

Encontramos igualmente autores que, sin dar una respuesta única sobre cuál es el objeto de la colación en la hipótesis que nos ocupa, aportan un criterio para decidir en cada caso en una u otra dirección. Así, se ha afirmado que la cuestión ha de resolverse en función de quién sea la persona que verdaderamente se obliga frente al vendedor en la operación de adquisición del bien, de forma que si compra el causante señalando como beneficiario al hijo habrá un contrato a favor de tercero y procederá la colación del valor del bien donado; en cambio, cuando compra el hijo y paga el padre tiene lugar un pago por tercero, y si el padre renuncia a la acción de reembolso habrá obligación de colacionar el crédito correspondiente a dicho reembolso[51]. Por su parte, otro grupo de autores considera que el criterio para resolver el interrogante planteado ha de ser la voluntad del donante[52], en el sentido de que si la entrega del dinero se realiza específicamente para adquirir un bien determinado debe traerse a colación el valor de bien adquirido; mientras que si la donación del dinero se realiza sin condicionamiento alguno, es decir, sin estar supeditada a la adquisición de un inmueble concreto, será la suma de dinero entregada la que estará sujeta a colación[53].

¿Cómo aborda el problema la jurisprudencia? Podemos conocer su posición a través de tres sentencias del Supremo relativas a la colación en supuestos de adquisición de fincas por uno de los hijos-herederos con dinero aportado por su padre o madre causante. Dado que los hechos en cada una de estas resoluciones presentan peculiaridades, nos referimos a ellas por separado.

a) STS de 10 de diciembre de 2009 (sentencia 779/2009, ECLI:ES:TS:2009:7228). Los cónyuges don Fermín y doña Sara instituyeron herederos a sus siete hijos en sus respectivos testamentos, en los que incluyeron una cláusula específica en la que indicaban que dos de sus hijos habían comprado una parcela de tierra con dinero que recibieron de sus padres, por lo que cada uno de los testadores ordenaba la colación del valor que tuviera la parcela en el momento de su fallecimiento. Dicho fallecimiento tuvo lugar en 1982 en el caso del padre y en 1996 en el caso de la madre. Años después varios herederos solicitaron la división judicial de las herencias de ambos progenitores. En todas las instancias —incluido el Tribunal Supremo— se estimó que procedía la colación del valor de una mitad de la parcela en la herencia del padre y el de la otra mitad en la herencia de la madre, refiriendo ese valor de cada parte indivisa a la fecha del fallecimiento del respectivo donante, tal como resultaba de los testamentos otorgados. Se daba la circunstancia de que la finca en cuestión había sido recalificada urbanísticamente con posterioridad al óbito de los causantes, pasando de rústica a urbanizable. Los demandantes solicitaron por ello que, por aplicación del artículo 1045 CC, se valorase el inmueble atendiendo a la fecha en la que se hiciese su tasación y no a la fecha del fallecimiento de los causantes. Sin embargo tal pretensión es descartada por el TS, afirmando que "las normas sobre colación son voluntarias" y que el testador puede disponer normas distintas a las establecidas en el CC sobre la procedencia de colacionar o no los bienes donados y sobre su valoración. Confirma por ello la STS citada que se proceda a la colación en los términos previstos específicamente por los causantes. Se advierte así que no llega a plantearse ni en la demanda ni en la sentencia que el objeto de la colación pueda ser el dinero donado en vez de la finca adquirida pues, como hemos visto, lo único que se discute judicialmente es el momento a tener en cuenta para valorar el inmueble a efectos de su colación.

b) STS de 19 de mayo de 2011 (sentencia 355/2011, ECLI:ES:TS:2011:3274). Don José Carlos, propietario junto a su esposa de una tercera parte indivisa de varios inmuebles en Madrid, decidió comprar las dos terceras partes restantes, pero por motivos fiscales las escrituró a nombre de su hijo don Eladio. El precio de dichas participaciones indivisas fue pagado por Don José Carlos. Este y su esposa transmitieron posteriormente al mismo hijo, mediante compraventa simulada, su tercera parte indivisa de uno de los pisos (llamémosle Dirección000), figurando desde entonces el adquirente como propietario de la totalidad de ese

inmueble. Fallecidos don Eladio y sus padres, los hermanos del citado don Eladio demandaron a su viuda y a sus hijas. Respecto de las dos terceras partes de un piso, una plaza de garaje y dos trasteros, los demandantes solicitaron que se declarase que pertenecían al patrimonio hereditario de don José Carlos y de su esposa o, subsidiariamente, que se ordenase la colación de la donación de los mismos en las herencias de ambos progenitores. Y en relación al piso Dirección000, solicitaron que se declarase la nulidad de los contratos de compraventa celebrados, la validez de las donaciones disimuladas y su colación.

Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda en sus peticiones principales, pero llegado el asunto al Tribunal Supremo fue revocada la sentencia recurrida por la viuda de don Eladio y sus hijas. Entiende el Alto Tribunal que, en relación a la adquisición por parte de don Eladio de dos tercios de los inmuebles litigiosos, sus padres le habían donado el dinero para comprarlos (no propiamente los inmuebles), siendo cierto y no simulado el contrato de compraventa documentado en escritura pública en el que intervenía don Eladio en calidad de comprador. Explica la sentencia que, como principio, cuando los padres entregan dinero para que el hijo compre una cosa "no le hacen donación de esta sino que hacen donación del dinero". La consecuencia es que la esposa e hijas de don Eladio "deben traer a colación el dinero de aquella compra por su valor actualizado al tiempo de hacerse la partición, conforme al artículo 1045 del Código civil". Solo en cuanto a la tercera parte del piso Dirección000 (perteneciente inicialmente a los padres y que fue comprada por el hijo con simulación), se entiende que el objeto donado fue esa parte indivisa de la finca y por ello se afirma que debe traerse a colación el valor de la referida cuota[54].

En este caso la cuestión debatida sí es el objeto de la colación (dinero o inmuebles), no el momento de la valoración de lo donado. Y destaca el dato de que la compra de las fincas por el hijo, de unas concretas y determinadas fincas, fue claramente decidida por el padre causante.

c) STS de 5 de noviembre de 2019 (sentencia 578/2019, ECLI:ES:TS:2019:3531). Doña Justa instituyó herederos a sus cinco hijos habiendo realizado previamente varias donaciones a alguno de ellos. En particular don Pio, hijo de doña Justa, compró con su esposa Enriqueta una finca rústica en 1967, finca que "fue adquirida con dinero donado por la causante y entregado a su hijo", según consta en los antecedentes relatados en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia. Consta igualmente que los compradores de la finca realizaron una cuantiosa inversión en ella para dotarla de energía eléctrica, plantarla de naranjos y ponerla en riego. Años más tarde, ya fallecida doña Justa, una de sus hijas y una nieta (hija de otra hija fallecida) demandaron a don Pío y a doña Enriqueta. Solicitaron que se procediese a la colación en la herencia de doña Justa de la finca adquirida por los demandados en 1967, y que dicha cola-

ción se realizase atendiendo al valor del inmueble a la fecha de apertura de la sucesión. El Juzgado de Primera Instancia admitió íntegramente la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado en un doble sentido: por un lado, estimó la excepción de falta de legitimación pasiva en cuanto a doña Enriqueta, y por otro declaró que la colación a cargo de don Pío debía referirse al valor de la finca rústica en el momento del fallecimiento de doña Justa pero con relación al estado y características que tenía cuando el demando la adquirió (es decir, sin las mejoras introducidas). Por su parte el Tribunal Supremo, apoyándose en la STS de 19 de mayo de 2011, dio lugar al recurso de casación interpuesto por don Pío. La sentencia del Supremo sienta como criterio general que "la colación opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado". Partiendo de ahí afirma que don Pío no recibió de su madre la finca litigiosa sino dinero con el que adquirió dicha finca. Por ello, y dado que el inmueble pertenecía a terceras personas cuando lo compró el demandado, rechaza que el mismo sea colacionable pues "no pudo ser objeto de donación colacionable lo que no pertenecía a la donante". En definitiva, lo que procede según esta sentencia es llevar a cabo la colación del dinero donado, aunque no del importe recibido sino de su valor actualizado al tiempo en que se practique la partición[55].

Se consolida así la regla ya aplicada en la STS de 19 de mayo de 2011, quedando claro que para la jurisprudencia debe entenderse que en estos casos el objeto donado ha sido el dinero, no el inmueble comprado con él, y es el valor actual de ese dinero lo que se colaciona[56]. Como principio nos parece correcto tal criterio, si bien conviene a nuestro juicio hacer dos matizaciones al respecto:

— La primera es que no hay inconveniente en que el causante altere el criterio general e indique en su testamento, como ocurrió en la STS de 10 de diciembre de 2009, que debe colacionarse el valor de la finca adquirida. Ello siempre que tal disposición no perjudique la legítima. Aplicando el principio básico de respeto a la voluntad del causante (sin perjuicio del respeto a la legítima) puede admitirse sin problema que el testador determine no solo si procede o no la colación sino también cuál ha de ser su objeto.

— La segunda matización se refiere a los casos en que pueda probarse que el causante llegó a adquirir el inmueble (por ejemplo, mediante compra en documento privado seguida de la entrega) antes de otorgarse la escritura pública de compraventa por parte del vendedor a favor del hijo-heredero. En esta hipótesis (que quizás podría haberse producido en el caso que resolvió la citada STS de 2011) sí será posible considerar que el objeto donado ha sido el inmueble, en cuanto que este ha ingresado en el patrimonio del donante/causante con carácter previo a la adquisición por el titular definitivo. Pero no pensamos que a estos efectos sea suficiente que el dinero sea entregado al hijo para que este adquiera

un inmueble determinado pues aun dándose esa finalidad en la entrega del dinero ello no significa que la adquisición la lleve a cabo el donante del metálico.

4. La donación de la nuda propiedad o bien del usufructo

A menudo lo que los padres donan a sus hijos no es el dominio pleno de ciertos bienes sino la nuda propiedad de los mismos, reservándose el usufructo. Se plantea entonces cuál es el objeto que se debe valorar a efectos de colación: si ha de tenerse en cuenta estrictamente el valor de la nuda propiedad o bien el del pleno dominio. Esta misma pregunta surge en relación con la computación dirigida al cálculo de la legítima, pues a estos efectos no hay diferencia entre ambas operaciones.

La SAP de Cádiz, sección 8.ª, de 3 de mayo de 2021 (sentencia 70/2021, La Ley 124279/2021) se refiere a este tema en un caso en el que un matrimonio dona a una hija la nuda propiedad de dos fincas con reserva del usufructo. Fallecidos los donantes, varios de sus nietos —descendientes de un hijo premuerto— solicitan la división judicial de las herencias de ambos cónyuges y alegan en relación con el inventario que lo donado a la hija no fue la nuda propiedad de los inmuebles sino su pleno dominio, debido a que al fallecer los causantes y extinguirse el usufructo quedó consolidado dicho pleno dominio a favor de la donataria. Sin embargo, la Audiencia de Cádiz considera que lo que se debe valorar en el inventario es la nuda propiedad y no la propiedad plena. Para fundamentar esta decisión la Audiencia se remite a la STS de 23 de febrero de 2006 (sentencia 129/2006, ECLI:ES:TS:2006:642), relativa a un caso en el que la causante donó a uno de sus hijos la nuda propiedad de ciertas acciones, siendo el valor de esa nuda propiedad lo considerado tanto a efectos de computación como de colación. Pero a nuestro juicio esta sentencia del Supremo no puede servir de apoyo para deducir como criterio general que en las donaciones de la nuda propiedad manteniendo el usufructo el donante debe tomarse como valor de referencia, en las operaciones particionales, el importe de esa nuda propiedad. Y no puede servir de criterio porque en el supuesto decidido por la STS de 23 de febrero de 2006 la donataria de la nuda propiedad, varios años antes del fallecimiento de la causante, adquirió a título oneroso el usufructo que esta ostentaba. Lo adquirió mediante el pago de una cantidad de dinero a su madre más la constitución de una renta vitalicia a su favor, no por consolidación. Por tanto, de ninguna manera podía considerarse que lo donado ni lo adquirido gratuitamente fue el pleno dominio de las acciones: en este caso concreto la liberalidad se limitó estrictamente a la nuda propiedad de las mismas y por ello solo se pudo computar y colacionar el valor de tal derecho.

¿Cuál ha de ser entonces la regla a seguir cuando verdaderamente se consolida la nuda propiedad y el usufructo a la muerte del donante?

Es cierto que si nos fijamos únicamente en el acto jurídico de la donación y en el día en que el mismo tuvo lugar podemos concluir que el objeto donado es solo la nuda propiedad y que solo ese derecho es el que debe colacionarse. Sin embargo, no hay que perder de vista que la valoración de la nuda propiedad a efectos de colación se realiza cuando ya ha fallecido el causante y, por tanto, cuando esa nuda propiedad ha pasado a ser pleno dominio como consecuencia de la extinción del usufructo[57]. Por otra parte, el nudo propietario no "hereda" el usufructo, sino que su adquisición es consecuencia de la vocación que tiene la misma nuda propiedad donada a convertirse en propiedad plena. La titularidad que ostenta el legitimario al hacerse la colación es el dominio con todas sus facultades y esa propiedad completa no deriva de un acto de disposición mortis causa, no tiene su origen en el testamento ni es consecuencia de la sucesión intestada. Su origen está en la donación de un derecho que por definición está llamado a ampliar su contenido a la muerte del usufructuario. Como afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA (2013a, 7467), "el donatario logra la plena propiedad a la muerte del causante por el mismo título de donación" y por ello es el valor de ese dominio completo lo que hay obligación de colacionar salvo dispensa[58].

Como complemento de lo anterior procede preguntarse qué ocurre cuando el objeto donado es el reverso de la nuda propiedad: el usufructo de uno o varios bienes constituido a título gratuito y con carácter vitalicio a favor del legitimario-heredero. Conviene aclarar que este supuesto no debe reconducirse al artículo 1049, CC, según el cual solo se deben a la masa hereditaria los frutos de los bienes colacionables que sean posteriores al fallecimiento del causante. Sería incorrecto deducir de tal precepto que el usufructo no está sujeto a colación. Explica en este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO (2023, 4783) que el artículo 1049 no se refiere a los casos en que el legitimario recibe por donación un derecho real de usufructo, sino a los supuestos de donación en propiedad de un bien que produce frutos: se colaciona el valor del derecho donado (ex artículo 1035 CC) pero no los frutos obtenidos antes de la apertura de la sucesión (artículo 1049). Entonces la misma regla ha de aplicarse si el objeto donado es un derecho de usufructo. Es decir, habrá que colacionar el valor del propio usufructo, que es un derecho patrimonial autónomo y diferente del importe al que asciendan los frutos percibidos por el usufructuario[59]. Así pues, este sujeto no ha de restar de su cuota hereditaria los frutos que ha producido la cosa en vida del donante pero sí debe traer a colación el valor del derecho real que le ha sido donado y que le faculta para disfrutar de un determinado bien mientras viva[60].

Cosa distinta es que la donación tenga por objeto un usufructo ya constituido del que sea titular con carácter vitalicio el donante. Ese usufructo sí parece ex-

cluido de la colación porque, al extinguirse con la muerte del causante, no forma parte del fenómeno sucesorio, no está asociado a la transmisión mortis causa del patrimonio. De ahí que el usufructo donado en este caso, al cesar con la apertura de la sucesión, no pueda concebirse como un anticipo de la cuota hereditaria del legitimario[61].

5. La cesión gratuita del uso de bienes inmuebles

Un último supuesto que merece atención en este trabajo tiene lugar cuando el padre o la madre cede gratuitamente a alguno de sus hijos el uso de un bien inmueble de su propiedad, prolongándose en el tiempo ese uso sin contraprestación por parte del hijo. Fallecido el progenitor cedente y resultando el hijo precarista heredero junto a otros descendientes legitimarios del causante, se plantea la pregunta de si la utilización gratuita del inmueble debe considerarse como una liberalidad sujeta a colación. Ello podría significar hipotéticamente, en caso de respuesta afirmativa, que el cesionario del uso habría de tomar de menos en la masa hereditaria la cantidad equivalente a la renta no satisfecha durante los años de posesión del inmueble con la oportuna actualización monetaria.

La cuestión se ha abordado en el ámbito de la jurisprudencia menor y en una sentencia muy reciente del Tribunal Supremo[62].

La SAP de Madrid, sección 19.ª, de 1 de febrero de 2017 (sentencia 40/2017, La Ley 14746/2017) y la SAP de La Rioja, sección 1.ª, de 2 de julio de 2021 (sentencia 362/2021, La Ley 191000/2021) mantienen un mismo criterio[63]. Ambas afirman que las cesiones gratuitas de uso que el causante haya realizado en vida a alguno de sus hijos no son objeto de colación. La segunda sentencia citada argumenta que en estos casos no concurre el "primer requisito" de la colación: que el causante haya transmitido a un heredero forzoso un bien que habría formado parte del caudal hereditario si el acto dispositivo no se hubiera producido. Efectivamente falta un presupuesto básico de la colación en la hipótesis que nos ocupa, porque, como es obvio, en la cesión gratuita del uso de un inmueble este no sale del patrimonio del causante: no hay liberalidad sino mera tolerancia del propietario, que permite el uso pero no está vinculado a mantenerlo. Desde la perspectiva del precarista este no adquiere ningún derecho que engrose su patrimonio como anticipo de su cuota hereditaria. De hecho, el cedente del uso podría haberlo recuperado dada la ausencia de título del poseedor. Parece lógico afirmar, entonces, que la mera cesión gratuita del uso no constituye una liberalidad sujeta a colación porque no comporta un desplazamiento patrimonial de un bien o valor que estaría en la herencia de no existir tal cesión.

Sin embargo, encontramos un planteamiento distinto y peculiar en la SAP de Oviedo, sección 4.ª, de 12 de julio de 2023 (sentencia 360/2023, ECLI:ES:APO:2023:2626). Veamos el caso.

Doña Francisca tuvo dos hijos, uno de los cuales le premurió dejando a su vez dos hijos, doña Bárbara y don Efraín. En su último testamento, doña Francisca desheredó a su nieta doña Bárbara en base al artículo 853.2.º CC y añadió que si la desheredación quedase sin efecto su nieta debería "colacionar" el valor de la liberalidad recibida mediante el uso de una vivienda perteneciente a la causante y que había venido ocupando gratuitamente la citada nieta. Además, la testadora legó el usufructo universal de la herencia a su cónyuge, atribuyó los tercios de mejora y libre disposición a su hijo vivo e instituyó herederos en el tercio de legítima estricta a este hijo y a su nieto don Efraín.

Una vez abierta la sucesión de doña Francisca, doña Bárbara impugna judicialmente tanto la cláusula testamentaria de desheredación como la relativa a la "colación" dispuesta por la causante, solicitando que se declare su derecho a la legítima estricta. Ante estas pretensiones de la demandante, la Audiencia de Oviedo considera, por una parte, que la desheredación es injusta al no haber acreditado los herederos la certeza de la causa que invocó la testadora; y por otra parte, entiende que no procede declarar la nulidad de la cláusula que obliga a colacionar la liberalidad mencionada en el testamento. Y ello "porque esa obligación de colacionar se ajusta al contenido de las normas del Código civil que regulan la cuestión y la jurisprudencia que las interpreta". En particular, manifiesta el tribunal que los artículos 1040 y ss. no excluyen de la colación la liberalidad consistente en el valor del uso exclusivo de una vivienda propiedad de la causante, por lo que resuelve que procede mantener la aplicación de esa operación particional en el caso enjuiciado.

El contenido de esta sentencia nos suscita dos consideraciones:

a) A nuestro juicio lo que aquí se plantea no es un supuesto de colación en sentido propio sino el problema de la imputación de una supuesta liberalidad al pago de la legítima. La causante dispone que, si no opera la desheredación, se considere atribuida la legítima de su nieta a través del uso gratuito de una vivienda durante varios años. Y tal voluntad es avalada por la Audiencia. Pero esa forma de pagar la legítima choca con la naturaleza de la misma en Derecho común como *pars bonorum*, "como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario"[64]. La legítima debe pagarse con bienes hereditarios salvo en los casos concretos en que el Código admite otras formas de pago (artículos 841 y ss.; 1056.2; 839 y 340; 821 CC). Puede atribuirse también mediante actos inter vivos pero que verdaderamente supongan una transmisión de bienes o derechos pertenecientes al patrimonio del causante. Por ello creemos

que la cesión gratuita del uso de un inmueble no constituye una vía adecuada para la satisfacción de la legítima.

b) No obstante lo anterior, cabe discutir si, en relación con la colación en sentido propio, será eficaz la disposición testamentaria que obligue a alguno de los herederos-legitimarios a tomar de menos el importe que se estime equivalente al uso gratuito de un inmueble. Es decir, si puede imponerse, por disposición expresa del causante, la colación del valor que se asigne a la cesión del uso permitida por él. En este punto procede recordar de nuevo el principio básico de respeto a la voluntad del causante sin perjuicio de la legítima y el carácter dispositivo que con carácter general tiene la figura de la colación. El causante puede dispensar de esta operación particional pero también podría, por qué no, imponerla aunque no se den sus presupuestos[65]; eso sí, siempre que la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima esté salvada[66]. Por ello pensamos que si la legítima queda pagada por completo conforme exige o permite el Código civil, en el exceso de la cuota hereditaria de los hijos sí podría operar una colación en la que, por voluntad expresa del causante, se valore la atribución gratuita del uso de un determinado inmueble con la finalidad de igualar la posición económica global de los herederos forzosos[67]. Lo mismo que el testador puede atribuir mayor cantidad de bienes a un hijo que a otro (respetando la legítima), podrá también minorar la participación real en el caudal de algún hijo, en relación a sus hermanos, por el hecho de que aquel ha podido utilizar sin coste un determinado inmueble. Pero de no constar tal disposición específica del causante, la utilización sin contraprestación de sus bienes quedará al margen del reparto hereditario.

La STS de 7 de enero de 2025 (sentencia 13/2025, ECLI:ES:TS:2025:32) enjuicia también un caso en el que se discute la "colación" de una cantidad de dinero derivada del uso gratuito de una vivienda de la causante por parte de uno de sus hijos. En concreto el posible objeto a colacionar es la renta de mercado que un arrendatario habría pagado por el uso del inmueble.

Nuevamente el supuesto que se plantea en esta sentencia no es de colación en sentido propio (como tampoco lo es en la SAP de Oviedo recién comentada), sino de imputación y pago de la legítima, dado que la testadora había dejado al hijo precarista su legítima estricta y había afirmado en el testamento que dicha legítima ya estaba pagada. De hecho lo que verdaderamente se discute es si el hijo había recibido de su madre la cantidad de dinero que le correspondía como legítima estricta teniendo en cuenta, entre otros conceptos, el valor del uso gratuito del inmueble que la causante había permitido. Pues bien, el Tribunal Supremo, a diferencia de lo valorado en las instancias inferiores, afirma que esa cesión gratuita a título de precario no comporta donación de ningún derecho ni supone un efectivo empobrecimiento del dueño, dado que cuando este cede gratuitamente el

uso de un bien que le pertenece no pierde ningún elemento patrimonial y además puede poner fin a la situación de precario a su voluntad. Por ello —concluye la sentencia— "no puede admitirse que el valor de mercado del uso de la vivienda cedida en precario deba computarse a efectos del cálculo de la legítima ni para su eventual colación".

En definitiva, la cesión gratuita del uso de un inmueble no constituye una donación imputable al pago de la legítima ni es tampoco una donación colacionable, sin perjuicio, a nuestro juicio, de la posibilidad de que el causante imponga en estos casos una verdadera colación particional que opere en el exceso recibido por los hijos-herederos más allá de su cuota legitimaria.

IV. CONCLUSIONES

I. En una parte de las sentencias dictadas por las instancias inferiores al Tribunal Supremo se aprecia cierta confusión entre las operaciones relacionadas con el cálculo o protección de la legítima y la colación hereditaria en sentido estricto. Así ocurre especialmente cuando se está realizando el trámite de formación del inventario dentro del procedimiento de división judicial de la herencia. A veces se excluye del inventario la referencia a determinadas donaciones por no ser colacionables ex artículos 1035 y ss. o porque el causante dispensó su colación. Sin embargo, si el causante tiene legitimarios, todas las donaciones (sean colacionables o no) han de tomarse en consideración en el inventario a efectos de realizar la computación dirigida a determinar si tales donaciones son inoficiosas y procede reducirlas. Tal comprobación es independiente de que en un momento posterior, cuando se lleve a cabo la partición, proceda o no que el legitimario donatario tome de menos lo que ya recibió.

II. Se plantea judicialmente con cierta frecuencia si son colacionables las transferencias o reintegros de dinero que, en los últimos años o meses de vida del causante, se realizan desde su cuenta bancaria y a favor de alguno de sus hijos. Cuando la transferencia o la retirada del metálico la ha realizado el propio hijo destinatario del mismo, lo que es bastante habitual, no podrá entenderse que se ha producido una liberalidad ni, por tanto, será aplicable la colación. Ello salvo que se acredite la autorización del causante y su *animus donandi*. Pero faltando esos elementos lo procedente será el reintegro del dinero al activo hereditario a no ser que conste que las cantidades detraídas se han utilizado para atender gastos y necesidades del causante. A tal efecto han de valorarse las circunstancias del caso (cuantía del dinero retirado, periodicidad, situación del causante, etc.) así como la disponibilidad probatoria de las partes en conflicto.

III. El problema de la colación de las donaciones remuneratorias no debe resolverse a través del artículo 622 CC, dada su oscuridad, sino atendiendo a la finalidad de recompensa que persiguen estas liberalidades y al papel básico que tiene la voluntad del causante en la colación. Desde tal perspectiva, cabe entender que, si verdaderamente la donación puede calificarse como remuneratoria, el donatario no tiene que colacionar porque está tácitamente dispensado de hacerlo. Ello a no ser que el causante manifieste su voluntad de que el donatario tome de menos lo recibido cuando se lleve a cabo el reparto del caudal. La especial finalidad que persigue la donación remuneratoria justifica que pueda admitirse en este caso la inversión de la regla sobre la operatividad de la dispensa.

IV. Cuando el padre o la madre del comprador de un inmueble es quien paga el precio del mismo, debe entenderse que el objeto donado no es el inmueble adquirido sino el dinero aportado por dicho progenitor. En consecuencia, a la muerte del donante y si se dan los presupuestos de la colación, procede colacionar esa cantidad de dinero, con la debida actualización monetaria, no el valor del inmueble. Este criterio general es el admitido por la jurisprudencia, y no impide que el causante se aparte de él, determinando que el objeto sometido a colación sea el inmueble, siempre que con ello no resulte perjudicada la legítima.

V. En los casos en que lo donado al legitimario es la nuda propiedad de uno o varios bienes, el objeto que se ha de valorar a efectos de colación es el pleno dominio de los mismos. La razón está en que en el momento de la colación la nuda propiedad se ha convertido en dominio pleno como consecuencia de la extinción del usufructo, propiedad plena cuyo fundamento y origen está en el acto mismo de la donación al tener esta por objeto un derecho que por definición se encuentra llamado a ampliar su contenido a la muerte del usufructuario.

Si lo donado es el usufructo de ciertos bienes constituido por el causante a favor de un heredero forzoso, deberá colacionarse el valor de dicho usufructo como derecho patrimonial diferente del importe al que asciendan los frutos percibidos por el donatario.

VI. No es colacionable la cesión gratuita del uso de un inmueble realizada en vida por el causante a favor de alguno de sus hijos. En este supuesto no se produce la transmisión de un bien o derecho que formaría parte de la herencia de no haberse desplazado de un patrimonio a otro. Sin desplazamiento no hay liberalidad sometida a colación. No obstante este principio, debe admitirse la validez de la cláusula testamentaria que determine la colación de esa utilización gratuita siempre que dicha colación "voluntaria" dispuesta por el causante no implique un perjuicio para la legítima, habida cuenta de que esta debe pagarse con bienes hereditarios (no con el uso cedido).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

- STS de 25 de mayo de 1992, sentencia 494/1992 (ECLI:ES:TS: 1992: 14117).
- STS de 10 de junio de 1995, sentencia no numerada (ECLI:ES:TS: 1995: 11154).
- STS de 15 de junio de 1995, sentencia no numerada (ECLI:ES:TS: 1995: 11046).
- STS de 15 de febrero de 2001, sentencia 142/2001 (ECLI:ES:TS: 2001: 1026).
- STS de 28 de mayo de 2004, sentencia 423/2004 (ECLI:ES:TS:2004: 3701).
- STS de 20 de junio de 2005, sentencia 485/2005 (ECLI:ES:TS:2005: 3981).
- STS de 29 de julio de 2005, sentencia 613/2005 (ECLI:ES:TS:2005: 5208).
- STS de 23 de febrero de 2006, sentencia 129/2006 (ECLI:ES:TS: 2006: 642).
- STS de 11 de enero de 2007, sentencia 1394/2007 (ECLI:ES:TS:2007: 822).
- STS de 19 de mayo de 2008, sentencia 391/2008 (ECLI:ES:TS:2008: 2012).
- STS de 10 de diciembre de 2009, sentencia 779/2009 (ECLI:ES:TS:2009: 7228).
- STS de 19 de mayo de 2011, sentencia 355/2011 (ECLI:ES:TS:2011: 3274).
- STS de 16 de enero de 2013, sentencia 828/2012 (ECLI:ES:TS:2013: 1152).
- STS de 19 de febrero de 2015, sentencia 738/2014 (ECLI:ES:TS:2015: 1414).
- STS Pleno de 20 de julio de 2018, sentencia 473/2018 (ECLI:ES:TS: 2018: 2756).
- STS de 17 de septiembre de 2019, sentencia 468/2019 (ECLI:ES:TS: 2019: 2854).
- STS de 5 de noviembre de 2019, sentencia 578/2019 (ECLI:ES:TS: 2019:3 531).
- STS de 24 de mayo de 2023, sentencia 807/2023 (ECLI:ES:TS:2023:2376).
- STS de 7 de enero de 2025, sentencia 13/2025, (ECLI:ES:TS:2025:32).

2. Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Almería, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2001, sentencia 81/2001 (ECLI:ES:APAL:2001:360).
- SAP de Cantabria, sección 1.ª, de 15 de marzo de 2004, sentencia 123/2004 (La Ley 64546/2004).
- SAP de Alicante, sección 6.ª, de 2 de junio de 2006, sentencia 239/2006 (ECLI:ES:APA:2006:1571)
- SAP de Cantabria, sección 2.ª, de 11 de febrero de 2009, sentencia 111/2009 (La Ley 28611/2009).
- SAP de Cáceres, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2010, sentencia 520/2010 (La Ley 255700/2010).
- SAP de Alicante, sección 6.ª, de 8 de enero de 2013, sentencia 23/2013 (ECLI:ES:APA:2013:183).
- SAP de Zamora de 15 de mayo de 2014, sentencia 78/2014 (La Ley 70605/2014).
- SAP de Valladolid, sección 3.ª, de 3 de marzo de 2015, sentencia 44/2015 (La Ley 26643/2015).
- SAP de Alicante, sección 9.ª, de 10 de julio de 2015, sentencia 271/2015 (La Ley 163695/2015).
- SAP de Madrid, sección 12.ª, de 30 de diciembre de 2015, sentencia 461/2015 (La Ley 225118/2015).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 11 de mayo de 2016, sentencia 149/2016 (ECLI:ES:APTF:2016:560).
- SAP de León, sección 2.ª, de 7 de octubre de 2016, sentencia 264/2016 (La Ley 154926/2016).
- SAP de Madrid, sección 21.ª, de 18 de octubre de 2016, sentencia 398/2016 (La Ley 183683).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 21 de diciembre de 2016, sentencia 441/2016 (La Ley 223794/2016).
- SAP de Madrid, sección 19.ª, de 1 de febrero de 2017, sentencia 40/2017 (La Ley 14746/2017).
- SAP de Toledo, sección 2.ª, de 21 de junio de 2017, sentencia 393/2017 (AC\2017\1119).
- SAP de Badajoz, sección 3.ª, de 4 de julio de 2017, sentencia 149/2017 (La Ley 114746/2017).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 18 de julio de 2019, sentencia 318/2019 (La Ley 193067/2019).
- SAP de Salamanca, sección 1.ª, de 23 de octubre de 2019, sentencia 523/2019 (La Ley 168457/2019).

- SAP de Albacete, sección 1.ª, de 8 de noviembre de 2019, sentencia 440/2019 (La Ley 197372/2019).
- SAP de Valladolid, sección 3.ª, de 13 de diciembre de 2019, sentencia 544/2019 (La Ley 241070/2019).
- SAP de Zamora, sección 1.ª, de 19 de marzo de 2020, sentencia 117/2020 (La Ley 63561/2020).
- SAP de Ourense, sección 1.ª, de 3 de junio de 2020, sentencia 14672020, (La Ley 73774/2020).
- SAP de Murcia, sección 1.ª, de 6 de julio de 2020, sentencia 169/2020 (La Ley 116118/2020).
- SAP de Asturias, sección 6.ª, de 9 de septiembre de 2020, sentencia 289/2020, (La Ley 135382/2020).
- SAP de Lugo, sección 1.ª, de 8 de octubre de 2020, sentencia 461/2020 (La Ley 156896/2020).
- SAP de Málaga, sección 5.ª, de 13 de octubre de 2020, sentencia 470/2020 (La Ley 251261/2020).
- SAP de Madrid, sección 21.ª, 3 de diciembre de 2020, sentencia 340/2020 (La Ley 250076/2020).
- SAP de Madrid, sección 10.ª, de 18 de enero de 2021, sentencia 15/2021 (La Ley 21938/2021).
- SAP de Toledo, sección 2.ª, de 25 de febrero de 2021, sentencia 36/2021 (La Ley 31730/2021).
- SAP de Granada, sección 3.ª, de 9 de marzo de 2021, sentencia 172/2021 (ECLI:ES:APGR:2021:461).
- SAP de Madrid, sección 25.ª, de 19 de abril de 2021, sentencia 141/2021 (La Ley 76821/2021).
- SAP de Madrid, sección 21.ª, 26 de abril de 2021, sentencia 130/2021 (La Ley 120519/2021).
- SAP de Cádiz, sección 8.ª, de 3 de mayo de 2021 (sentencia 70/2021, La Ley 124279/2021).
- SAP de León, sección 2.ª, de 22 de junio de 2021, sentencia 182/2021 (La Ley 146534/2021).
- SAP de La Rioja, sección 1.ª, de 2 de julio de 2021, sentencia 362/2021 (La Ley 191000/2021).
- SAP de Jaén, sección 1.ª, de 16 de septiembre de 2021, sentencia 946/2021 (La Ley 283123/2021).
- SAP de Valencia, sección 8.ª, de 20 de octubre de 2021, sentencia 421/2021(La Ley 311792/2021).
- SAP de Las Palmas, sección 5.ª, de 2 de noviembre de 2021, sentencia 612/2021 (La Ley 189255/2022).

- SAP de Madrid, sección 25.ª, de 5 de noviembre de 2021, sentencia 392/2021 (La Ley 279317/2021).
- SAP de Castellón, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2021, sentencia 924/2021 (La Ley 323414/2021).
- SAP de Zamora, sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2021, sentencia 453/2021 (La ley 314136/2021).
- SAP de Madrid, sección 21.ª, 27 de enero de 2022, sentencia 12/2022 (La Ley 57226/2022).
- SAP de Palencia, sección 1.ª, de 27 de enero de 2022, sentencia 59/2022 (La Ley 50648/2022).
- SAP de Ourense, sección 1.ª, de 24 de febrero de 2022, sentencia 116/2022 (La Ley 58538/2022).
- SAP de Valencia, sección 11.ª, de 1 de marzo de 2022, sentencia 78/2022 (La Ley 124234/2022).
- SAP de Sevilla, sección 6.ª, de 25 de abril de 2022, sentencia 160/2022 (La Ley 194522/2022).
- SAP de Sevilla, sección 5.ª, de 29 de abril de 2022, sentencia 231/2022 (La Ley 189161/2022).
- SAP de Sevilla, sección 8.ª, de 6 de mayo de 2022, sentencia 162/2022 (La Ley 189255/2022).
- SAP de Alicante, sección 6.ª, de 16 de mayo de 2022, sentencia 129/2022 (ECLI:ES:APA:2022:789).
- SAP de Toledo, sección 1.ª, de 1 de junio de 2022, sentencia 691/2022 (La Ley 186838/2022).
- SAP de Murcia, sección 1.º, de 27 de junio de 2022, sentencia 222/2022 (La Ley 196287/2022).
- SAP de Granada, sección 3.ª, de 4 de julio de 2022, sentencia 524/2022 (La Ley 239379/2022).
- SAP de Madrid, sección 9.ª, de 18 de julio de 2022, sentencia 356/20222 (JUR\2022\311723).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2022, sentencia 781/2022 (ECLI:ES:APTF:2022:1726).
- SAP de Cantabria, sección 4.ª, de 24 de enero de 2023, sentencia 66/2023 (La Ley 94715/2023).
- SAP de Castellón, sección 3.ª, de 3 de febrero de 2023, sentencia 32/2023 (ECLI:ES:APCS:2023:315).
- SAP de Madrid, sección 21.ª, de 6 de febrero de 2023, sentencia 28/2023 (ECLI:ES:APM:2023:3130);
- SAP de Cádiz, sección 7.ª, de 30 de marzo de 2023, sentencia 44/2023 (ECLI:ES:APCA:2023:1387).

- SAP de León, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2023, sentencia 237/2023 (La Ley 97785/2023).
- SAP de Ávila, sección 1.ª, de 31 de marzo de 2023, sentencia 110/2023 (La Ley 70705/2023)
- SAP de Málaga, sección 4.ª, de 5 de mayo de 2023, sentencia 314/2023 (ECLI:ES:APMA:2023:686).
- SAP de Ciudad Real, sección 1.ª, de 3 de julio de 2023, sentencia 211/2023 (ECLI:ES:APCR:2023:789).
- SAP de Oviedo, sección 4.ª, de 12 de julio de 2023, sentencia 360/2023 (ECLI:ES:APO:2023:2626).
- SAP de Sevilla, sección 6.ª, de 13 de julio de 2023, sentencia 30672023 (La Ley 240061/2023).
- SAP de Murcia, sección 1.ª, 18 de septiembre de 2023, sentencia 510/2023 (ECLI:ES:APMU:2023:2105).
- SAP de Burgos, sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2023, sentencia 278/2023 (ECLI:ES:APBU:2023:695).
- SAP de Ávila, sección 1.ª, de 3 de noviembre de 2023, sentencia 255/2023 (ECLI:ES:APAV:2023:342).
- SAP de Salamanca, sección 1.ª, de 29 de febrero de 2024, sentencia 105/2024 (ECLI:ES:APSA:2024:170).
- SAP de Cantabria, sección 4.ª, de 4 de octubre de 2024, sentencia 573/2024 (ECLI:ES:APS:2024:1697).
- SAP de Madrid, sección 12.ª, de 17 de octubre de 2024, sentencia 358/2024 (La Ley 365605/2024).

3. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado / Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- RDGRN de 25 de febrero de 2008 (BOE 15/3/2008).
- RDGRN de 17 de octubre de 2008 (BOE 8/11/2008).
- RDGRN de 12 de junio de 2014 (BOE 29/7/2014).
- RDGRN de 5 de julio de 2016 (BOE 12/8/2016).
- RDGRN de 29 de junio de 2017 (BOE 25/7/2017).
- RDGRN de 29 de noviembre de 2018 (BOE 20/12/2008).
- RDGRN de 14 de febrero de 2019 (BOE 12/3/2019).
- RDGRN de 5 de abril de 2019 (BOE 24/4/2019).
- RDGRN de 5 de septiembre de 2019 (BOE 4/11/2019).
- RDGSJFP de 31 de marzo de 2022 (BOE 19/04/2022).
- RDGSJFP de 9 de junio de 2022 (BOE 6/7/2022).

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). "La dispensa de la colación y su revocación", *Revista de Derecho* privado, abril 1996, 259-280.

— (2006). "La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables", en M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart: *La donación,* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ALBIEZ DOHRMANN, J. (2013). "Artículo 622", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director): *Comentario del Código civil*, tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, 4770-4777.

ALONSO PÉREZ, M. (1967). "La colación de las donaciones remuneratorias", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n.º 461, 1018-1073.

ANDERSON, M. (2000). "La donación remuneratoria", *Diario La Ley,* sección Doctrina, ref. D-26, La Ley 10920/2001.

— (2016a). "Artículo 619", en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores): *Código civil comentado*, vol II, 2.ª ed, Thomson Reuters-Civitas, 101-107.

— (2016b). "Artículo 622", en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores): *Código civil comentado*, vol II, 2.ª ed, Thomson Reuters-Civitas, 110-113.

BADENAS CARPIO, J.M. (2009). *La dispensa de la colación*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

BOLÁS ALFONSO, J. (2013). "La computación y colación de las donaciones de nuda propiedad y de usufructo", en A. Pérez-Bustamante de Monasterio (director): *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Madrid: Dykinson, 173-185.

DEL CASTILLO MORAGO, J.D. (2017). "La colación hereditaria", *Diario La Ley*, n.º 9034, sección Tribuna, 5 septiembre 2017, La Ley 10050/2017.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). "Artículo 1035", en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores): *Código civil comentado*, vol II, 2.ª ed, Thomson Reuters-Civitas, 1577-1595.

— (2023). "Artículo 1035", en A. Cañizares Laso (directora): *Comentarios al Código civil*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 4779-4786.

DOMINGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "La colación", en *Manual de Derecho civil, vol. VI. Derecho de sucesiones*, Las Rozas: Wolters Kluwer, 201-220.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1992). "La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo), *Anuario de Derecho civil*, vol. 45, n.º 1, 377-418.

— (2012). "La adquisición de un bien realizada con dinero del causante: forma de la donación y colación. Comentario a la STS (Sala de lo civil, sección 1.ª), núm. 355/2011 de 19 mayo (RJ 2011, 3979)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 29, 719-735.

— (2013a). "Artículo 1035", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director): *Comentario del Código civil,* tomo V. Valencia: Tirant lo Blanch, 7445-7468.
— (2013b). "Artículo 1049", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director): *Comentario del Código civil*, tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, 7573-7577.
GAGO SIMARRO, C. (2021). *Las donaciones en la sucesión hereditaria.* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
GALICIA AIZPURUA, G. (2008). "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, n.º 76, enero-abril 2008, ref. 2037, 459-471.
— (2019). "Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha en el instante de donar: revocabilidad en testamento. Comentario a la STS de 20 de julio de 2018", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, n.º 110, mayo-agosto 2019, ref. 2889.
— (2020). "Naturaleza y régimen de la donación remuneratoria en el Código civil español", *Revista de Derecho privado,* julio-agosto 2020, 67-92.
GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2014). "El problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria", en F.Lledó Yagüe, M.P.Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana (directores): *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 2, 1223-1252.
GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002). *La colación hereditaria*, Madrid: Tecnos.
LAMARCA I MARQUÉS, A. (2011). "Colación de donaciones y sucesión en Derecho catalán", La Notaría, n.º 1, disponible en https://app.vlex.com/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:500/colaci%C3%B3n+de+donaciones+lamarca+i+Marqu%C3%A9s/vid/338537958.
LLÁCER BOSBACH, A.M.: "La opción de colación ex art. 1036 CC", *Revista boliviana de Derecho*, n.º 37, enero 2024, 292-311.
LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. (2009). *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
LÓPEZ SUAREZ, M.A. (2010). "Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2009", *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil,* n.º 84, septiembre-diciembre 2010, ref. 2233, 1617-1631.
MARÍN PAREJA, I. (2015). "Artículo 793", en F. Marín Castán (director): *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 3461-3463.
MARIÑO PARDO, F. (2023). "La colación en el Código civil", disponible en https://www.iurisprudente.com/2023/09/#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20art%C3%ADculo%201037%20C%C3%B3digo,caso%20a%20salvo%20las%20leg%C3%ADtimas.%E2%80%9D.
MUÑOZ GARCÍA, C. (1998). *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma,* Pamplona: Aranzadi.
NÚÑEZ BOLUDA, M.D. (2015). "Algunas apreciaciones a propósito de la colación", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, vol. II, La Ley 2878/2015.

PLAZA PENADÉS, J. (2017). "La donación remuneratoria", en M.A. Egusquiza y C. Pérez de Ontiveros (directores): *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 733-751.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2016). "¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?", *Revista Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 8, enero-julio 2016, 82-100.

PUEYO MOY, J.L. (2005/2006). "La colación en el Derecho civil aragonés", *Revista de Derecho civil aragonés*, tomos XI-XII, 123-162.

RABANETE MARTÍNEZ, I.J. (2020). Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España núm. 473/2018, de 20 de julio 2018", *Revista boliviana de Derecho*, n.º 29, enero 2020, 172-205.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2004). *Derecho de sucesiones, común y foral*, tomo II, vol. 2.º, 3.ª ed.. Madrid: Dykinson, 1427-1428.

ROJA JUAN, J. (1989). "Artículo 1035", en M. Albaladejo García (director): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales,* tomo XIV, vol. 2.º. Madrid: Edersa, 15-35.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2000). *Derecho de sucesiones*, tomo IV, Barcelona: Bosch.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. (2024). "El cónyuge viudo como heredero forzoso especial y la colación hereditaria", *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, agosto 2024, n.º 2278 bis, 474-514.

RUBIO GARRIDO, T. (2017). *La partición de la herencia*, Cizur Menonr: Thomson Reuters Aranzadi.

SARMIENTO RAMOS, J. (1991). "Artículo 1035", en AAVV: *Comentario del Código civil*, vol. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 2431-2439.

TENA ARREGUI, R. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018. Rectificación de la partición por el contador-partidor. Régimen de la donación remuneratoria: colación", en M. Yzquierdo Tolsada (director): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 10. Dykinson, 227-235.

VELA SÁNCHEZ, A.J. (2018). "Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario", *Revista de Derecho civil*, octubre-diciembre 2018, 333-360

NOTAS

[1] NOTAS

Numerosos autores han subrayado la imprecisa e incluso defectuosa redacción de los preceptos del Código civil relacionados con la colación hereditaria. Cfr. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. (1965, 109 y 110); DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016, 1578); ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1992, 384); MUÑOZ GARCÍA, C. (1998 37 y ss.); RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2004, 1426); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2000, 216); RUBIO GARRIDO, T. (2017, 337). Vid. también la STS de 24 de mayo de 2023, sentencia 807/2023 (ECLI:ES:TS:2023:2376). Ello no obstante, hay una voz minoritaria en esta materia representada por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2009), quien considera que el Código civil no se equivoca cuando llama colación a operaciones distintas pero relacionadas.

[2] Un sector doctrinal mantiene, sin embargo, que no es imprescindible el nombramiento como herederos de los legitimarios que colacionan. Según esta posición, también los legitimarios que sean legatarios de parte alícuota han de colacionar (DOMÍNGUEZ LUELMO, A. 2016, 1580; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. 1992, 397) así como aquellos a quienes el testador no haya dejado nada porque les hizo una donación (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. 2024, 501).

[3] En el Derecho civil aragonés la colación opera de manera inversa a como lo hace en el Derecho común ya que está presidida por la idea de voluntariedad. Así, establece el artículo 362 del Código de Derecho Foral de Aragón que "la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o en testamento". Por tanto, las donaciones no se colacionan a no ser que lo imponga el causante, quien además puede dispensar posteriormente de la obligación de colacionar impuesta por él (Vid. PUEYO MOY, J.L. 2005/2006, 133). A medio camino entre el Derecho común y el Derecho aragonés en cuanto a la operatividad de la colación se encuentra el Derecho civil catalán. El artículo 464-17 del Código de Derecho civil de Cataluña prevé lo siguiente: "Los descendientes que concurren como coherederos a la sucesión de un ascendiente común deben colacionar, a los efectos de la partición de la herencia, el valor de las atribuciones que el causante les ha hecho por actos entre vivos a título gratuito, siempre y cuando la atribución se haya hecho en concepto de legítima o sea imputable a la misma, o que el causante haya establecido expresamente, en el momento de otorgar el acto, que la atribución sea colacionable". Como resulta de este precepto, la colación, que solo afecta a los descendientes del causante, procede si este así lo ha dispuesto pero también en el caso de que las donaciones realizadas sean imputables a la legítima (Vid. LAMARCA I MARQUÉS, A, 2011).

[4] Vid., entre otros, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016, 1578-1580); GAGO SIMARRO, C. (2021, 61 y ss.); GALICIA AIZPURUA, G. (2008, 466 y ss.).; MARIÑO PARDO, F. (2023); MUÑOZ GARCÍA, C. (1998, 46 y ss.); SARMIENTO RAMOS, J. (1991, 2434); RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2004, 1427-1428).

[5] Dice la primera de las sentencias citadas: "mediante la computación se agrega al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida; pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, que se vería lesionado si el causante dispusiera inter vivos, por actos gratuitos, de la totalidad de sus bienes, de manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos, o lo hiciera de forma tal que les quedara a sus legitimarios una participación inferior a la que legalmente les corresponde según su grado parentesco con el causante". En cambio, "la colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima,

sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición". En términos análogos se pronuncia la STS de 7 de enero de 2025, que, además de destacar las diferencias entre computación y colación, subraya que los bienes que resulten colacionables son también computables a efectos del cálculo de la legítima, y que los gastos y donaciones que legalmente no son colacionables conforme a los arts. 1040 a 1044 CC, tampoco se computan en sede de legítimas. No se da en cambio la proposición inversa, pues no todas las donaciones computables son colacionables, según se ha explicado en el texto.

[6] SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 21 de diciembre de 2016, sentencia 441/2016 (La Ley 223794/2016); SAP de Salamanca, sección 1.ª, de 23 de octubre de 2019, sentencia 523/2019 (La Ley 168457/2019); SAP de Valencia, sección 8.ª, de 20 de octubre de 2021, sentencia 421/2021(La Ley 311792/2021); SAP de Granada, sección 3.ª, de 4 de julio de 2022, sentencia 524/2022 (La Ley 239379/2022); SAP de Cádiz, sección 7.ª, de 30 de marzo de 2023, sentencia 44/2023 (ECLI:ES:APCA:2023:1387); SAP de Burgos, sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2023, sentencia 278/2023 (ECLI:ES:APBU:2023:695).

En una línea semejante, aunque con una orientación peculiar, encontramos varias sentencias de la SAP de Madrid, sección 21.ª, según las cuales "dentro del concepto vulgar y genérico de la colación hay que distinguir cuatro operaciones sucesorias de las cuales tan solo la cuarta y última responde al concepto restringido y estricto de colación". Esas operaciones, dice la Audiencia, "se denominan computación, imputación, reducción y colación en sentido estricto", siendo esta última la regulada en los artículos 1035 a 1050 CC [SAP de Madrid, sección 21.ª, de 18 de octubre de 2016, sentencia 398/2016 (La Ley 183683), 3 de diciembre de 2020, sentencia 340/2020 (La Ley 250076/2020), 26 de abril de 2021, sentencia 130/2021 (La Ley 120519/2021) y 27 de enero de 2022, sentencia 12/2022 (La Ley 57226/2022)].

[7] SAP de Madrid, sección 12.ª, de 30 de diciembre de 2015, sentencia 461/2015 (La Ley 225118/2015).

[8] SSAP de Murcia, sección 1.ª, de 6 de julio de 2020, sentencia 169/2020 (La Ley 116118/2020) y 27 de junio de 2022, sentencia 222/2022 (La Ley 196287/2022); SAP de Valladolid, sección 3.ª, de 3 de marzo de 2015, sentencia 44/2015 (La Ley 26643/2015).

[9] SAP de Valencia, sección 11.ª, de 1 de marzo de 2022, sentencia 78/2022 (La Ley 124234/2022).

[10] Así, afirma la SAP de Zamora, sección 1.ª, de 19 de marzo de 2020, sentencia 117/2020 (La Ley 63561/2020): "el análisis conjunto de los artículos 1035 y 1036 del Código civil, en adecuada interpretación, nos lleva a concluir en el sentido de que la colación tiene por objeto preservar la legítima de los herederos forzosos, de manera tal que la obligación de colacionar ha de alcanzar incluso a las donaciones en las que el donante hubiera dispensado expresamente de la referida obligación para el supuesto de que hubieran de reducirse por inoficiosas; luego, para determinar si son o no inoficiosas las donaciones y si, por tanto, deben o no reducirse, tienen necesariamente que computarse en las operaciones particionales". Vid. también, de la misma Audiencia y sección, SAP de 9 de diciembre de 2021, sentencia 453/2021 (La ley 314136/2021).

[11] SAP de Castellón, sección 3.ª, de 3 de febrero de 2023, sentencia 32/2023 (ECLI:ES:APCS:2023:315); SAP de Madrid, sección 21.ª, de 6 de febrero de 2023, sentencia 28/2023 (ECLI:ES:APM:2023:3130); SAP de Alicante, sección 6.ª, de 2 de junio de 2006, sentencia 239/2006 (ECLI:ES:APA:2006:1571), cuya doctrina repiten las sentencias, de la misma

Audiencia y sección de 8 de enero de 2013, sentencia 23/2013 (ECLI:ES:APA:2013:183), y 16 de mayo de 2022, sentencia 129/2022 (ECLI:ES:APA:2022:789). Estas tres últimas resoluciones, después de afirmar que es necesario poner en relación el artículo 808 con el 1035 y 1036 CC, concluyen que "la colación de la donación hecha por el causante a uno de los herederos forzosos, y entre herederos forzosos, solamente es colacionable si fuera inoficiosa, esto es, si perjudicara las legítimas", manifestándose poco después que "deben colacionarse bienes donados en vida a un heredero forzoso para saber si la donación es inoficiosa".

[12] SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 21 de diciembre de 2016, sentencia 441/2016 (La Ley 223794/2016); SAP de Almería, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2001, sentencia 81/2001 (ECLI:ES:APAL:2001:360).

[13] SAP de Toledo, sección 2.ª, de 21 de junio de 2017, sentencia 393/2017 (AC\2017\1119).

[14] Cuando se solicita judicialmente la partición de la herencia lo habitual es que se encargue de hacer el inventario un contador nombrado por las partes o, en su caso, por sorteo (artículo 784 LEC). Pero si se ha acordado la intervención judicial de la herencia será el letrado de la Administración de Justicia quien se ocupe, junto a los interesados, de llevar a cabo dicho inventario. Las controversias que se susciten en este supuesto sobre la composición del mismo deberán resolverse siguiendo los trámites del juicio verbal (artículo 794 LEC). Vid. MARÍN PAREJA, I. (2015, 3462).

[15] Vid., entre otras, SAP de Albacete, sección 1.ª, de 8 de noviembre de 2019, sentencia 440/2019 (La Ley 197372/2019); SAP de Castellón, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2021, sentencia 924/2021 (La Ley 323414/2021); SAP de León, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2023, sentencia 237/2023 (La Ley 97785/2023); SAP de Murcia, sección 1.ª, 18 de septiembre de 2023, sentencia 510/2023 (ECLI:ES:APMU:2023:2105); SAP de Salamanca, sección 1.ª, de 29 de febrero de 2024, sentencia 105/2024, ECLI:ES:APSA:2024:170 (aunque referida, esta última, a un supuesto de liquidación de la sociedad de gananciales tras el fallecimiento de los dos cónyuges).

[16] Vid., por ejemplo, SAP de Salamanca, sección 1.ª, de 23 de octubre de 2019, sentencia 523/2019 (La Ley 168457/2019); SAP de Lugo, sección 1.ª, de 8 de octubre de 2020, sentencia 461/2020 (La Ley 156896/2020); SAP de Toledo, sección 2.ª, de 25 de febrero de 2021, sentencia 36/2021 (La Ley 31730/2021); SAP de Madrid, sección 25.ª, de 5 de noviembre de 2021, sentencia 392/2021 (La Ley 279317/2021); SAP de Castellón, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2021, sentencia 924/2021 (La Ley 323414/2021); SAP de Sevilla, sección 8.ª, de 6 de mayo de 2022, sentencia 162/2022 (La Ley 189255/2022); SAP de Cantabria, sección 4.ª, de 24 de enero de 2023, sentencia 66/2023 (La Ley 94715/2023); SAP de León, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2023, sentencia 237/2023 (La Ley 97785/2023), etc.

[17] Cfr. SSAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 11 de mayo de 2016, sentencia 149/2016, y 18 de julio de 2019, sentencia 318/2019 (La Ley 193067/2019); y SAP de Granada, sección 3.ª, de 9 de marzo de 2021, sentencia 172/2021 ((ECLI:ES:APGR:2021:461).

[18] Dice la SAP de Cantabria, sección 2.ª, de 11 de febrero de 2009, sentencia 111/2009 (La Ley 28611/2009) que "el inventario debe relacionar no solo los bienes, derechos y obligaciones del fallecido que no se extinguen con su muerte (artículo 659 CC), sino también el valor de aquellos bienes que, no siendo propiamente parte de la herencia por haber sido donados en vida por el testador, debe ser computado sin embargo para el cálculo de las legítimas (artículo 818 CC) y, en su caso, para efectuar la partición mediante su colación (artículos 1035 y 1047 CC)". Por su parte, la SAP de Madrid, sección 12.ª, de 17 de octubre de 2024, sentencia 358/2024 (La Ley 365605/2024) afirma que "en el inventario ha de quedar reflejado todo aque-

llo que haya de tenerse en cuenta para hacer, después, la partición", incluidas las donaciones colacionables.

[19] Si el causante tiene legitimarios, cualquier donación puede ser inoficiosa, independientemente de quién sea el donatario y de lo que haya manifestado el donante sobre la colación (STS 19 mayo 2008, sentencia 391/2008, ECLI:ES:TS:2008:2012). En consonancia con esta doctrina, diversas sentencias siguen el criterio, correcto en nuestra opinión, de considerar que aunque las donaciones se hayan realizado con dispensa de colación debe incluirse en el inventario el valor de los bienes donados a efectos del cálculo de la legítima. Vid. SAP de Málaga, sección 5.ª, de 13 de octubre de 2020, sentencia 470/2020 (La Ley 251261/2020); SAP de Cáceres, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2010, sentencia 520/2010 (La Ley 255700/2010); SAP de Las Palmas, sección 5.ª, de 2 de noviembre de 2021, sentencia 612/2021 (La Ley 189255/2022); SAP de Sevilla, sección 8.ª, de 6 de mayo de 2022, sentencia 162/2022 (La Ley 189255/2022); SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2022, sentencia 781/2022 (ECLI:ES:APTF:2022:1726); SAP de Málaga, sección 4.ª, de 5 de mayo de 2023, sentencia 314/2023 (ECLI:ES:APMA:2023:686); SAP de Madrid, sección 12.ª, de 17 de octubre de 2024, sentencia 358/2024 (La Ley 365605/2024).

[20] Este problema también aparece extramuros del proceso, en el ámbito notarial/registral, como pone de relieve el caso objeto de la RDGSJFP de 31 de marzo de 2022 (BOE 19/04/2022). La causante, madre de tres hijos, donó a uno de ellos un inmueble y varias cantidades de dinero, todo con carácter no colacionable. En su testamento, además de ordenar determinado legados, instituyó herederos al hijo donatario y a otro hijo más. Nombró también a dos contadores-partidores con carácter solidario y amplias facultades. Uno de ellos llevó a cabo la partición en escritura pública en la que afirmó que hacía "colación" de las donaciones realizadas a efectos de calcular los derechos legitimarios de los herederos. Al otorgamiento de dicha escritura concurrieron, junto al contador, dos de los hijos de la causante, pero no el hijo donatario. Presentada la escritura a inscripción, el registrador la suspende al considerar que en ella se realizan "unas operaciones de colación que parecen diferir de lo ordenado por la testadora" y que exceden de la "simple facultad de hacer la partición" que corresponde al contador-partidor según el artículo 1057 CC. En su opinión tales operaciones exigen el consentimiento de todos los herederos. Sin embargo, la Dirección General revoca en este punto la nota de calificación: "frente a lo que afirma el registrador, no puede entenderse que la operación de «colación» que realiza la contadora-partidora contradiga lo ordenado por la testadora sobre el carácter no colacionable de las donaciones referidas; y ello porque … esa operación denominada con cierta impropiedad como «colación» no es sino la mera computación de tales donaciones a los únicos efectos de la fijación de las legítimas, conforme a lo establecido en el artículo 818 del Código Civil, y no debe confundirse con la colación a que se refieren los artículos 1035 y siguientes del mismo Código que es, precisamente, la que es objeto de dispensa por la testadora". Se advierte, pues, que la utilización impropia de la palabra colación cuando se está haciendo la computación para el cálculo de la legítima lleva al registrador a confundir esta operación con la colación propiamente dicha, la cual no podía llevarse a cabo por haberla excluido con carácter expreso la causante.

[21] En este sentido se pronuncia GAGO SIMARRO, C. (2021, 79).

[22] Dice el Supremo que "cuando la testadora dispone que no le deja nada por testamento, porque ya se lo dio en vida, está imponiendo la obligación de colacionar ambas donaciones: la de gastos de carrera profesional, artículo 1042, y la de regalos de boda, artículo 1044".

[23] Argumenta la Audiencia: "es claro que el cónyuge es heredero forzoso conforme al artículo 807.3 del Código civil, al igual que los hijos y descendientes del causante …, por lo tanto debe colacionar lo recibido por donación, a fin de compensar a los demás herederos forzosos

de lo recibido a título gratuito, ya que de no ser así se haría de peor condición a los legitimarios hijos del causante, en relación al legitimario cónyuge viudo, por ello no puede aplicarse a aquellos una obligación que no fuera aplicable a este".

[24] Efectivamente la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre el tema afirman que el cónyuge viudo no es sujeto de la colación aunque el Código civil no lo excluya expresamente de ella. Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1992, 399 y ss.); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002,152-153); SARMIENTO RAMOS, J. (1991, 2435); MUÑOZ GARCÍA, C. (1998, 141); GAGO SIMARRO, C. (2021, 85 y ss.); RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. (2024, 502 y ss.); NÚÑEZ BOLUDA, M.D. (2015). Sin embargo, PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2016, 86 y ss.) defiende que el cónyuge viudo ha de participar en la colación por ser heredero forzoso y porque su derecho puede recibirse no solo en usufructo sino también mediante otras formas de pago, por lo que a su juicio se puede equiparar al derecho de los demás legitimarios que concurran a la sucesión. En la misma línea se pronuncia DEL CASTILLO MORAGO, J.D. (2017) y LLÁCER BOSBACH, A.M. (2024, 297-298). DOMINGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021, 207), consideran que el cónyuge viudo ha de colacionar en caso de ser instituido heredero de cuota junto con otros legitimarios.

[25] Se discute en la doctrina dónde debe imputarse en primer lugar lo donado al cónyuge. Tradicionalmente se ha entendido que las donaciones hechas a cualquier legitimario (incluido el cónyuge) se imputan a su legítima, aplicando el criterio establecido en el artículo 825 para los descendientes (Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J. 2018, 345). Pero en época reciente se han manifestado opiniones que defienden que, si no es posible conocer la voluntad del causante, la donación realizada al cónyuge viudo debe imputarse primeramente en la porción disponible y solo en el exceso en su legítima. Se dice que esta solución concuerda con la especial naturaleza de la legítima del viudo y con el hecho de que se le excluya como sujeto de la colación (GAGO SIMARRO, C. 2021, 266).

[26] Veámoslo numéricamente, cuantificando los datos de la sucesión a la que se refiere la STS de 24 de mayo de 2023. Supongamos que el caudal relicto equivale a 105 y la donación a la viuda 45. Procede sumar ambos conceptos para calcular la legítima y determinar el alcance del tercio libre que se ha dejado a la esposa. 105 + 45 = 150. La legítima estricta es 50 en total; 50 la mejora y 50 la porción libre. Imputamos la donación a esta última parte, en la que cabe, por lo que no es inoficiosa (para la imputación seguimos el criterio de GAGO SIMARRO citado en la nota anterior, que parece ser también el de la STS que nos ocupa). Pero el hecho de que el causante no se haya excedido al hacer la donación no significa que se omita su valor en la atribución de los bienes hereditarios a la viuda. Es decir, no procede adjudicarle un tercio del caudal (105: 3 = 35) más el usufructo de otro tercio. Tal asignación vulneraría la legítima larga de los hijos (que vale 100), pues asignando a la viuda 35 —de los 105 del caudal—, dichos hijos solo podrían recibir 60 —aparte de afectarles el gravamen del usufructo—. Por ello, habiendo imputado la donación a la parte libre, lo que corresponde es que la viuda tome de menos. Es decir: 50 (parte libre) – 45 (donación) = 5 (cantidad del caudal a entregar a la esposa). Así que del caudal (105), 100 serán para los hijos, correspondiendo la legítima estricta a los tres y la mejora a la hija heredera; y solo los 5 restantes deberán entregarse a la viuda, más el usufructo del tercio de mejora.

[27] Cfr. SAP de Madrid, sección 25.ª, de 19 de abril de 2021, sentencia 141/2021 (La Ley 76821/2021). Aquí la reducción afecta a los legados ordenados por el testador a favor de la viuda, a la que también había donado ciertos bienes. Tras la imputación de las donaciones a la parte libre, se advierte que la adjudicación de los legados, dispuestos por el causante con cargo igualmente al tercio libre, perjudica la legítima de las hijas. En este caso el tomar de menos por

parte de la viuda se traduce en la reducción de las disposiciones testamentarias relativas a esos legados. Y ello sin perjuicio de que se afirme expresamente por parte de la Audiencia que la viuda no está obligada a colacionar.

[28] Lo que es lo mismo que decir que se colacionan las atribuciones dispuestas en vida y a título gratuito por el causante.

[29] A modo de resumen, no son objeto de colación:

— Las liberalidades dejadas en testamento (legados), salvo que el causante disponga lo contrario (artículo 1037).

— Los gastos de alimentos, educación, sanitarios, aprendizaje y aquellos cuya finalidad sea atender las necesidades de los hijos con discapacidad (artículo 1041).

— Los regalos de costumbre (artículo 1041).

— Los gastos dirigidos a proporcionar a los hijos una carrera profesional o artística, salvo voluntad en contra del causante (artículo 1042).

— Los regalos de boda si su valor no excede en un décimo de la cantidad disponible (según interpretación habitual del artículo 1044).

En cambio, sí son colacionables "las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos" (artículo 1043).

[30] Vid. igualmente la SAP de Lugo, sección 1.ª, de 8 de octubre de 2020 (La Ley 156896/2020) y la SAP de Cantabria, sección 1.ª, de 15 de marzo de 2004, sentencia 123/2004 (La Ley 64546/2004).

[31] Esta idea de atender a la cuantía de las extracciones de dinero se repite en otras sentencias, de forma que si el importe de las mismas es moderado se entienden realizadas para atender las necesidades del causante y no provocan colación ni reintegro. Vid. SAP de Asturias, sección 6.ª, de 9 de septiembre de 2020, sentencia 289/2020, (La Ley 135382/2020); SAP de Toledo, sección 1.ª, de 1 de junio de 2022, sentencia 691/2022 (La Ley 186838/2022); y SAP de Palencia de 27 de enero de 2022, sentencia 59/2022 (La Ley 50648/2022).

[32] Lo dice también la SAP de Zamora de 15 de mayo de 2014, sentencia 78/2014 (La Ley 70605/2014).

[33] La falta de voluntariedad en las supuestas donaciones es clara en el caso, pues los reintegros se habían producido el mismo día y el siguiente a aquel en que fue ingresada la causante en el hospital "con disminución del nivel de consciencia, según resulta de los informes médicos aportados".

Otra sentencia más (SAP de Ourense, sección 1.ª, de 3 de junio de 2020, sentencia 14672020, La Ley 73774/2020) considera que el dinero retirado no es donación colacionable porque no se trata de cantidades entregadas por la causante de modo voluntario, recordando la doctrina del Tribunal Supremo según la cual no es materia colacionable el lucro que no procede de la voluntad del causante (STS de 25 de mayo de 1992, sentencia 494/1992, ECLI:ES:TS:1992:14117). El propio Tribunal Supremo (STS de 28 de mayo de 2004, sentencia 423/2004, ECLI:ES:TS:2004:3701) descarta calificar como donación el acto de disposición de dinero realizado por una hermana de la titular de la cuenta que falleció unos días después. Debe aclararse, en todo caso, que en este último supuesto de ninguna forma podía plantearse la procedencia de la colación en sentido propio, ni siquiera habiendo auténtica donación, dado que quien se benefició de la suma detraída no era legitimaria de la causante; como hemos comentado, era su hermana.

[34] Por ejemplo, SAP de Toledo, sección 1.ª, de 1 de junio de 2022, sentencia 691/2022 (La Ley 186838/2022); y SAP de Madrid, sección 9.ª, de 18 de julio de 2022, sentencia 356/20222 (JUR\2022\311723).

[35] Vid. SAP de Ávila, sección 1.ª, de 3 de noviembre de 2023, sentencia 255/2023 (ECLI:ES:APAV:2023:342); SAP de Badajoz, sección 3.ª, de 4 de julio de 2017, sentencia 149/2017 (La Ley 114746/2017); SAP de León, sección 2.ª, de 22 de junio de 2021, sentencia 182/2021 (La Ley 146534/2021); y SAP de Ourense, sección 1.ª, de 24 de febrero de 2022, sentencia 116/2022 (La Ley 58538/2022). Dice esta última sentencia que no cabe presumir, a falta de prueba directa del destino de las cantidades extraidas de la cuenta del causante, que dichas sumas fueron recibidas por la hija en concepto de donación, y por tanto, colacionable, "sino que, al contrario, debe mantenerse la presunción de que las disposiciones económicas realizadas en vida del causante de sus cuentas bancarias, en tanto permitidas por él y a su instancia, iban dirigidas a su cuidado y manutención". En la misma dirección se manifiesta la SAP de Cantabria, sección 4.ª, de 4 de octubre de 2024, sentencia 573/2024 (ECLI:ES:APS:2024:1697).

[36] Lógicamente no es lo mismo retirar 83.765,99€ en tres meses (caso de la SAP de Sevilla, sección 5.ª, de 29 de abril de 2022, antes citada) que disponer durante varios años de cantidades periódicas (una o dos al mes) en torno a los 500€ (caso de la SAP de Palencia de 27 de enero de 2022, también citada).

[37] Cfr., entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006, 445; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013a, 7464); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002, 171-172); LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C. (2009); RABANETE MARTÍNEZ, I.J. (2020,192 y ss.); SARMIENTO RAMOS, J. (1991, 2436). Afirma la última autora de este grupo que se ha referido a la cuestión que nos ocupa que "la colacionabilidad parcial se desprende de la propia naturaleza de la colación. Si la colación tiene como finalidad igualar a los herederos forzosos que concurran a la comunidad hereditaria …, es lógico entender que cuando el causante en vida realiza donaciones remuneratorias a favor de alguno de sus herederos forzosos es justo para crear una desigualdad entre ellos, que el causante ha querido, por recompensar un servicio prestado por el donatario, y por eso solo habrá que colacionar el exceso del servicio si lo hubiere" (RABANETE MARTÍNEZ, I.J. 2020, 195).

[38] ALONSO PÉREZ, M. (1967, 1072 y 1073); ANDERSON, M. (2000 y 2016, 103); PLAZA PENADÉS, J. (2017, 742).

[39] "El deber de gratitud por unos servicios o la admiración por unos méritos, impulsos del móvil remunerador, desparecerían —y con ellos la propia donación remuneratoria— si la recompensa por los mismos se diera en un momento anterior y se quitara en otro posterior" (ALONSO PEREZ, M., 1967, 1073). Viene a asumir esta posición el artículo 468-63 de la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil, porque establece expresamente que no están sujetas a colación las donaciones remuneratorias.

[40] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016, 1582). En términos parecidos cfr. ROJA JUAN, J. (1989, 25). Igualmente, dice ANDERSON, M. (2000) que la concurrencia en las donaciones remuneratorias "de un motivo cualificado e incorporado a la causa como es el de remunerar es suficiente para entender implícita una declaración de no colacionabilidad".

[41] Vid. GALICIA AIZPURUA, G. (2019); GAGO SIMARRO, C. (2021, 110 y 111). Para fundamentar su posición, GALICIA AIZPURUA se hace eco de las críticas que ha recibido la teoría que concibe la donación remuneratoria como un acto mixto (en parte oneroso y en parte gratuito), a las que añade argumentos de tipo histórico y sistemático contrarios a otorgar un régimen especial a este tipo de donación. Defiende así que la segunda parte del artículo 622, a pesar de su tenor literal, no debe referirse a las donaciones remuneratorias sino a las modales

o con carga, en las que sí tiene sentido aplicar la normativa de la donación solo en la parte que exceda del valor del gravamen o carga impuesto. Vid. también otro trabajo sobre el tema del mismo autor (2020, 79 y ss.).

[42] Con anterioridad a esta sentencia del Pleno, la STS de 29 de julio de 2005, sentencia 613/2005 (ECLI:ES:TS:2005:5208) había afirmado que solo cabe aplicar a una parte de la donación remuneratoria el régimen de la colación, pero se trató de una afirmación *obiter* en un caso en el que se declaró la nulidad de una compraventa simulada por vulnerar los derechos de los legitimarios del causante. Por su parte, las SSTS de 11 de enero de 2007, sentencia 1394/2007 (ECLI:ES:TS:2007:822) y 16 de enero de 2013, sentencia 828/2012 (ECLI:ES:TS:2013:1152) afirman en cambio que la donación remuneratoria no tiene ningún régimen especial y que el artículo 622 le es "absolutamente inaplicable", aunque en los casos de ambas sentencias no se plantea un problema de colación sino de nulidad de las donaciones disimuladas por defecto de forma, al no haberse manifestado el consentimiento de donar en escritura pública.

[43] Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, J. (2013, 4770). La STS de 11 de enero de 2007, sentencia 1394/2007 (ECLI:ES:TS:2007:822) habla de las "incomprensibles palabras del legislador respecto a las (donaciones) remuneratorias". Y ANDERSON, M. se refiere al precepto como "ininteligible" (2016, 111).

[44] Cercano a esta orientación se encuentra TENA ARREGUI, R. (2018, 233).

[45] Vid. GAGO SIMARRO, C. (2021, 137 y 138); ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996, 268); y BADENAS CARPIO, J.M. (2009, 143).

[46] Como anteriormente hemos visto, se pronuncian a favor de la existencia de una dispensa tácita DOMÍNGUEZ LUELMO. A. (2016, 1582), ANDERSON, M. (2000) y ROCA JUAN, J. (1989, 25).

[47] Comentando la STS de 20 de julio de 2018, TENA ARREGUI deduce del contenido de la misma que "la mención expresa a la remuneración de un servicio implica una voluntad de premiar de manera especial y distinta a la mera condición de heredero forzoso, por lo que no sería congruente considerarla un simple anticipo de herencia futura" (2018, 233). Pero realmente la sentencia matiza que "la referencia a la remuneración de servicio, *junto a otros datos* (la cursiva es nuestra), puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione". Por tanto, para el Supremo no se presume el carácter no colacionable de la donación remuneratoria, sino que hay que interpretar en cada caso cuál fue la voluntad del causante en tal sentido, como en cualquier donación.

[48] Doctrina que, como se sabe, inició la STS de 11 de enero de 2007, sentencia 1394/2007 (ECLI:ES:TS:2007:822) y que ha mantenido posteriormente el Alto Tribunal en numerosas ocasiones.

[49] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021, 213); GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2014, 1241).

[50] Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2004, 1437). Este autor se refiere específicamente al caso en que el causante concurre con su hijo al otorgamiento de la escritura de compraventa de la finca, cuyo precio es satisfecho íntegramente por el padre con dinero que entrega al vendedor en ese mismo acto o en un momento inmediatamente anterior.

En Derecho francés, el artículo 860-1 *Code civil* toma como punto de referencia para la colación el valor del inmueble y no el dinero empleado en su adquisición.

[51] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002, 177 y 178).

[52] LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2020, 1625); ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2012, 734); y GAGO SIMARRO, C. (2021, 183).

[53] LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2020, 1625).

[54] Dice el Supremo que en este caso "se hace abstracción" de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de la donación disimulada bajo una compraventa simulada en escritura pública porque en ningún momento se ha hecho alusión a ella en el procedimiento. Por tanto, se da por válida la donación disimulada de un tercio del piso Dirección00. Pero por otra parte, y en contra de lo alegado por las recurrentes, manifiesta el Tribunal Supremo que la simulación de la compraventa de esa parte indivisa no implica la voluntad de los causantes de dispensar al donatario de su colación.

[55] En esto el Tribunal Supremo acoge el criterio sentado no solo por la STS de 19 de mayo de 2011 sino también por la STS de 20 de junio de 2005, sentencia 485/2005 (ECLI:ES:TS:2005:3981), que se refiere específicamente al tema de la valoración del dinero donado a efectos de colación.

[56] Adoptan la misma solución la SAP de Alicante, sección 9.ª, de 10 de julio de 2015, sentencia 271/2015 (La Ley 163695/2015); SAP de Valladolid, sección 3.ª, de 13 de diciembre de 2019, sentencia 544/2019 (La Ley 241070/2019); SAP de Sevilla, sección 6.ª, de 25 de abril de 2022, sentencia 160/2022 (La Ley 194522/2022); SAP de Ciudad Real, sección 1.ª, de 3 de julio de 2023, sentencia 211/2023 (ECLI:ES:APCR:2023:789); SAP de Sevilla, sección 6.ª, de 13 de julio de 2023, sentencia 30672023 (La Ley 240061/2023).

También la STS de 15 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:11046) considera objeto donado el metálico en vez del inmueble adquirido con él, pero se plantea la cuestión en un caso de reclamación de la propiedad por parte de la donante, no en un supuesto de colación hereditaria. Otra sentencia muy cercana en el tiempo, la STS de 10 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:11154), califica en cambio como objeto de donación la finca comprada con dinero remitido a la compradora por el donante (su novio). Tampoco se plantea en este supuesto un problema de colación pues lo debatido era la determinación del objeto que debía restituirse (dinero o inmueble) como consecuencia de la revocación de la donación.

[57] Como indica BOLÁS ALFONSO, J., "en vida del usufructuario el valor de la nuda propiedad se minora con el valor del usufructo, pero fallecido el usufructuario el valor de la nuda propiedad donada es del 100% del pleno dominio" (2013, 177).

[58] En la misma línea manifiesta DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016, 1583-1584), que la plena propiedad no entra dentro de la cuota que se recibe por herencia, no se le transmite *mortis causa*, sino en virtud de la elasticidad del propio derecho de propiedad, que se le donó en su momento". Vid. igualmente GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: (2002, 176), y la SAP de Cantabria, sección 2.ª, de 11 de febrero de 2009, sentencia 111/2009 (La Ley 28611/2009). Dice esta sentencia que en el supuesto que nos ocupa "lo donado es tanto como la propiedad plena, por más que esta no se haya consolidado en el patrimonio del donatario hasta el fallecimiento del donante y causante".

[59] En sentido análogo se pronuncian BOLÁS ALFONSO, J. (2013, 181 y ss.); ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013b, 7576); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002, 173).

[60] El problema será cómo ha de valorarse ese usufructo. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016, 1583) propone acudir a las reglas de capitalización del usufructo que se utilizan a efectos tributarios.

[61] Para DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L. (1965, 262 y 263), el usufructo que cesa a la muerte del causante no está sujeto a colación, pero apoya esta opinión en el artículo 1049 CC por establecer la no colacionabilidad de los frutos.

[62] De hecho, dicha sentencia (cuya fecha es 7 de enero de 2025) se ha publicado cuando este trabajo ya había sido enviado a la Revista y estaba en fase de evaluación.

[63] En realidad estas sentencias se enmarcan en el trámite de formación del inventario en el juicio de división de herencia, no en el momento de la partición, pero tanto lo solicitado en la demanda como lo resuelto por las instancias judiciales hacen referencia a la colación ex artículo 1035 CC.

[64] Vid., entre otras, RRDGRN de 25 de febrero de 2008 (BOE 15/3/2008), 17 de octubre de 2008 (BOE 8/11/2008), 12 de junio de 2014 (BOE 29/7/2014), 5 de julio de 2016 (BOE 12/8/2016), 29 de junio de 2017 (BOE 25/7/2017), 29 de noviembre de 2018 (BOE 20/12/2008), 14 de febrero de 2019 (BOE 12/3/2019), 5 de abril de 2019 (BOE 24/4/2019), 5 de septiembre de 2019 (BOE 4/11/2019); 9 de junio de 2022 (BOE 6/7/2022).

[65] Cfr. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2002, 306 y ss.).

[66] Y siempre que no se pretenda someter a colación lo que imperativamente excluye el artículo 1041 CC: gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, etc.

[67] Lo explicamos con un ejemplo numérico. El causante es un padre con dos hijos (A y B). Instituye herederos a ambos y dispone que B colacione el uso de una vivienda durante muchos años sin contraprestación alguna. Al morir el causante deja un caudal de 60 y se valora el mencionado uso gratuito en 30. No hay donaciones ni deudas. El tercio de legítima estricta equivale a 20 y la legítima estricta de cada hijo es 10. Este es el mínimo a recibir con cargo al caudal relicto. Por otra parte, a la hora de repartir el caudal procede llevar a cabo la colación impuesta por el causante. Habrá que sumar el relictum (60) y el valor del uso (30). El resultado (90) se divide entre 2 (número de herederos-legitimarios), lo que da 45, y a continuación quien se benefició del uso gratuito tomará de menos su valor. Es decir, de los 60 del caudal, A tomará 45 y B tomará 15 (45–30). Este reparto es admisible porque se ajusta a la voluntad del causante y no vulnera la legítima estricta de B.

Trabajo recibido el 21 de noviembfre de 2025 y aceptado para su publicación el 24 de febrero de 2025

DICTÁMENES Y NOTAS

¿El "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa de Bankinter es un muro infranqueable para superar el control de transparencia?

Is Bankinter's 'document of first disposition' of foreign currency loans an impassible wall to overcome the transparency control?

por
GUILLEM IZQUIERDO GRAU
Profesor agregado. Departamento de Derecho Privado.
Universidad Autónoma de Barcelona. Instituto de Derecho y Tecnología (IDT)

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada desde septiembre de 2022 hasta la actualidad, que ha reconocido, en la inmensa mayoría de casos, que el llamado "documento de primera disposición" de las hipotecas multidivisa ofrecidas por Bankinter, permite superar el control de transparencia de los préstamos en moneda extranjera ofrecidos por esta entidad bancaria. El análisis se detiene en aquellos aspectos más relevantes que han permitido sustentar, según la doctrina del Tribunal Supremo, que el documento de primera disposición cumple las exigencias del control de transparencia, como son la información contenida en el documento, el plazo de suministro al consumidor y la firma del documento. A pesar de que, en la inmensa mayoría de resoluciones el documento de primera disposición permite superar el control de transparencia, consideramos que en algunos casos la falta de un

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.808.04

tiempo de reflexión suficiente entre el suministro del documento y la firma del préstamo es una circunstancia que impediría superar el control de transparencia, por no tener el consumidor tiempo suficiente para valorar la carga jurídica y económica del contrato.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the case law of the Spanish Supreme Court from September 2022 to the present, which has recognised, in the vast majority of cases, that the so-called 'document of first disposition' of foreign currency loans offered by Bankinter, allows to overcome the control of transparency. The analysis focuses on the most relevant aspects that, according to the doctrine of the Supreme Court, have allowed the document of first disposition to meet the requirements of the transparency control, such as the information contained in the document, the time period for providing it to the consumer and the signing of the document. Despite the fact that, in the vast majority of decisions, the first drawdown document overcomes the transparency control, we consider that in some cases the lack of sufficient time for reflection between the provision of the document and the signing of the loan is a factor that would prevent the transparency control from being overcome, as the consumer does not have sufficient time to assess the legal and economic implications of the contract.

PALABRAS CLAVE: Derecho de consumo, hipoteca multidivisa, Bankinter, documento de primera disposición, control de transparencia.

KEYWORDS: Consumer law, foreign currency loans, Bankinter, document of first disposition, control of transparency.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.—III. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.—3.1. El control de inclusión . *A) Las cláusulas multidivisa son cláusulas que definen el objeto principal del contrato.* 3.2. El control de transparencia. *A) La información precontractual. B) El perfil del consumidor. C) La conversión de la moneda del préstamo. D) Las consecuencias de la falta de superación del control de transparencia.*—IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL "DOCUMENTO DE PRIMERA DISPOSICIÓN" . 4.1. Las STSS núm. 613/2022 de 20 de septiembre y Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo. Desarrollo posterior. *A) El contenido del documento de primera disposición. B) El plazo suficiente para la firma del documento de primera disposición. C) La cuestión de la "unidad documental" del documento de primera disposición y la prueba de presunciones del art. 386 LEC.*—V. CONCLUSIONES. VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se ha consolidado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la superación del control de transparencia de las cláusulas multidivisa de la entidad financiera Bankinter, sobre la base de la información contenida en el llamado "documento de primera disposición" (en adelante, DPD). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido clara sobre la exigencia de dar información precontractual al consumidor para poder declarar la conformidad de las cláusulas multidivisa conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En virtud de esta doctrina se declaró mayoritariamente la nulidad de los contratos hipotecarios en moneda extranjera de las principales entidades bancarias.

Sin embargo, los contratos de hipoteca en moneda extranjera comercializados entre los años 2005 y 2008 por la entidad financiera Bankinter incorporaban un documento de información precontractual, llamado de primera disposición, donde se contenía una advertencia para el consumidor sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda sobre la cuota del préstamo y sobre el recálculo del capital pendiente de amortización, además de un anexo con unos esquemas ilustrativos sobre la fluctuación de la moneda durante la vida del préstamo. No estamos, por tanto, ante una información que abrume el consumidor, sino ante un documento de escasas tres páginas, con la información esencial de los riesgos del producto contratado. Sobre dicho DPD el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina que es suficiente para superar el control de transparencia, con algunos matices en cuanto a su contenido y plazo mínimo de suministro, lo que ha llevado a los consumidores de estas hipotecas de Bankinter a desistir, o al menos plantearse seriamente la posibilidad de reclamar la nulidad de dichas cláusulas.

El trabajo tiene por objeto el análisis de más de cuarenta sentencias del Tribunal Supremo sobre la suficiencia del DPD para superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa de la entidad financiera Bankinter. El análisis de la cuestión discutida viene precedido de una exposición de la doctrina general sobre la materia, a los efectos de valorar la conformidad de la doctrina dictada sobre el DPD con aquella doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas multidivisa. Se adelanta que las conclusiones son pesimistas para las reclamaciones de los consumidores en curso y desalentadoras para las que puedan plantearse en el futuro, si cupiera.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

Las denominadas "hipotecas multidivisa" son un tipo de préstamos con garantía hipotecaria que mayoritariamente fueron comercializadas por las en-

tidades financieras entre los años 2005 y 2008[1] cuando los tipos de interés de referencia aplicables en otros países eran más bajos que el Euribor, con lo cual su contratación aparentemente se mostraba beneficiosa para los consumidores minoristas, toda vez que en aquellos años el Euribor alcanzaba unos valores elevados en comparación con los tipos de interés de los índices de referencia de otras monedas. Por tanto, es relevante el momento en el cual se comercializan este tipo de préstamos con garantía hipotecaria, es decir, en un momento donde el Euribor presentaba una tendencia alcista pero, a su vez, los prestamistas ya estaban en disposición de conocer que se produciría una fuerte e inminente bajada del Euribor que haría desplomar los tipos de interés de las hipotecas referenciadas a dicho índice, con el perjuicio que ello comportó para los consumidores que habían contratado su hipoteca referenciada a otro índice de referencia y en una moneda extranjera, puesto que no se pudieron beneficiar de la bajada del Euribor. En consecuencia, más que un beneficio para el consumidor representaban un valor seguro para los prestamistas ante el desplome inminente del Euribor.

Como señaló la STS de 30 de junio de 2015,[2] se denomina coloquialmente "hipoteca multidivisa" a aquellos préstamos con garantía hipotecaria a interés variable, en los cuales la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en los que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período acostumbra a ser distinto del Euribor, concretamente suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, es decir, la tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).[3]

Por tanto, se trata generalmente de préstamos hipotecarios que se ofrecen a los consumidores con el atractivo de que la divisa de referencia es la divisa de otro Estado cuyo valor de cotización en el momento de celebrar el contrato de préstamo era más bajo y tenía un tipo de interés más bajo que el del euro, unido a la posibilidad de que se reconoce al consumidor la posibilidad de cambiar la divisa de referencia en el supuesto de que se produzca una alteración de la relación de la divisa escogida en relación con el euro en perjuicio del prestatario.

Sin embargo, los riesgos inherentes a este tipo de préstamos inmobiliarios son mayores que los propios de un préstamo con garantía hipotecaria convencional, puesto que al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la divisa de referencia del préstamo en relación con el euro. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no se circunscribe exclusivamente al cálculo de las cuotas de amortización periódicas del préstamo hipotecario, de modo que si la divisa se deprecia el importe en euros será menor y, si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de fijar las cuotas de amortización periódicas del préstamo hipotecario, para fijar y recalcular constantemente el capital pendiente de amortización. Por esta razón, se puede producir la situación

de que, a pesar de que el consumidor haya ido abonando puntualmente las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con sus correspondientes intereses, lo que conduciría a la consecuencia lógica de haber amortizado parte del capital prestado, el capital pendiente de amortización haya incrementado como consecuencia de la apreciación de la divisa elegida en relación con el euro.

Por tanto, sin la prestación de la debida información precontractual, el consumidor puede tener una idea equivocada de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues al riesgo de la variación del tipo de interés de la divisa de referencia se une el riesgo de variación del tipo de cambio de la moneda de referencia del préstamo en relación con el euro.

En consecuencia, los riesgos inherentes a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, que se añaden a los riesgos propios de un préstamo con garantía hipotecaria convencional debido a la fluctuación del tipo de cambio de la divisa de referencia del préstamo en relación con el euro, los cuales no solo se limitan al cálculo de los cuotas periódicas de amortización sino que tienen implicaciones y repercuten sobre el cálculo del capital pendiente de amortización, unidos a la falta de información precontractual prestada por las entidades de crédito o prestamistas a los consumidores para que pudieran tener un conocimiento fundado sobre el negocio jurídico celebrado, condujo a que los consumidores plantearan numerosas reclamaciones judiciales que ya han dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que serán objeto de estudio en este comentario.

La primera cuestión que debe analizarse para la mejor comprensión del tratamiento legal jurisprudencial de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera es la que se refiere a la naturaleza jurídica de este tipo de contratos de préstamo inmobiliarios. Cabe decir que en un primer momento esta cuestión no fue pacífica e incluso se produjo un vuelco en el tratamiento de esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como consecuencia de lo establecido sobre este extremo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo,[4] en su primer pronunciamiento sobre la eventual nulidad por abusividad de un préstamo hipotecario con moneda extranjera, estableció que este tipo de contratos de préstamo inmobiliario constituían un instrumento financiero derivado y, por tanto, ello determinaba su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores (art. 2). Consecuencia inmediata de ello era que la entidad de crédito o el prestamista tuvieran que atenerse a las previsiones de dicha ley en lo relativo a la información precontractual que debía prestarse a los consumidores.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[5] se pronunció sobre el posible carácter abusivo de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera y declaró que dichos contratos de préstamo no podían cuali-

ficarse como servicios de inversión, de manera que la entidad no estaba sometida a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar, de conformidad con lo prevenido en el art. 19 de la entonces vigente Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Los motivos que sustentan tal afirmación se basan en que tales operaciones constituyen meras actividades de cambio que son accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo de consumo y, por tanto, no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones principales de pago del préstamo, es decir, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital del préstamo por el prestatario. En este sentido, el TJUE estableció que la finalidad de los contratos de préstamo inmobiliario con moneda extranjera no era realizar una inversión, sino, precisamente, obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio sin la rentabilidad propia de una inversión. Asimismo, las cláusulas de un contrato de préstamo de este tipo no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato, sino una modalidad indisociable de su ejecución.

En consecuencia, la doctrina establecida por la STJUE núm. C-312/2014, de 3 de diciembre de 2015, condujo a que el Tribunal Supremo tuviera que cambiar su jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los préstamos inmobiliarios con moneda extranjera y adoptar la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto implica que los prestamistas no tengan que atenerse a las previsiones del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, pero no impide tampoco que estén sujetos a otras obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria o las relativas a la legislación de consumo, fundamentalmente las que se contienen en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

III. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

La principal causa de litigiosidad de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera se encuentra en su posible carácter abusivo, por entender que las cláusulas multidivisa de este tipo de contratos inmobiliarios no son transparentes. Por tanto, resulta imperativo detenerse en el estudio del tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, toda vez que ello servirá para valorar la transparencia de

las hipotecas multidivisa de Bankinter. Antes pero, también hay que destacar que según la doctrina del Tribunal Supremo las cláusulas multidivisa son condiciones generales de la contratación, con los efectos que dicha consideración conlleva.[6]

3.1. El control de inclusión

A) Las cláusulas multidivisa son cláusulas que definen el objeto principal del contrato

Antes de analizar propiamente las cuestiones relativas al control de transparencia de las cláusulas multidivisa de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera, conviene detenerse en lo prevenido en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicho precepto establece una excepción al examen del posible carácter abusivo de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y la retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible.

La STJUE núm. C-26/2013, de 30 de abril de 2014,[7] estableció que corresponde al tribunal nacional determinar si las cláusulas contenidas en un contrato de préstamo en moneda extranjera constituyen el objeto principal del contrato, en función de la naturaleza, las estipulaciones y el contexto jurídico y de hecho. Asimismo, la exigencia de que una cláusula sea redactada de manera clara y comprensible y que defina el objeto del contrato, de conformidad con el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no solo implica que dicha cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino que el contrato tiene que exponer de una forma clara y comprensible el funcionamiento de la cláusula.[8] Finalmente, en la STJUE núm. C-186/2016, de 20 de septiembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que las cláusulas multidivisa regulan una prestación esencial que caracteriza este tipo de contratos y, por tanto, constituyen el objeto principal de este. Como se ha dicho anteriormente, ello no impide analizar su posible carácter abusivo si no están redactadas de una manera clara y comprensible, lo que no se deduce sólo desde un punto de vista gramatical.[9]

La STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, recogió, como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia del TJUE y, por tanto, declaró que las condiciones generales de la contratación que versen sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el préstamo, sin realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.[10]

3.2. El control de transparencia

A) La información precontractual

La superación del control de transparencia depende en gran parte de la idoneidad de la información precontractual proporcionada al consumidor para que pueda tener un conocimiento fundado sobre la carga jurídica y económica que implican las cláusulas del contrato suscrito. Ante la falta de información contractual que permita al consumidor conocer la transcendencia económica y los riesgos de los préstamos en moneda extranjera, se abren dos vías legales para articular la reclamación del consumidor: el error en el consentimiento (arts. 1265, 1266 y 1300 CC) y la abusividad de las cláusulas multidivisa, el régimen previsto en el TRLGDCU. En relación a la primera posibilidad, el Tribunal Supremo[11] estableció que la infracción del deber legal de proporcionar información precontractual al consumidor no determina *ope legis* la nulidad del contrato suscrito. Lo relevante para determinar si el consumidor padeció un error vicio no es la mera puesta a su disposición de información precontractual, sino que realmente este tenga un conocimiento real y fundado sobre los riesgos asociados al contrato suscrito. Lo que determina la falta de suministro de la información precontractual es que el error vicio se presuma en tanto que al consumidor le es excusable precisamente porque el prestamista ha incumplido sus deberes legales de información precontractual.[12] Por lo que respecta a la segunda opción, es la más beneficiosa para el consumidor, puesto que solo requiere a la prueba sobre la ausencia de información precontractual, de simulaciones sobre la fluctuación de la cuota y explicaciones sobre su funcionamiento. No requerirá prueba sobre otros elementos, como la incidencia del error sobre elementos esenciales del contrato (art. 1266 CC). [13]

En relación con las cláusulas multidivisa, la STJUE núm. C-186/2017, de 20 de septiembre,[14] estableció cómo se concretan las exigencias de información precontractual en los préstamos multidivisa, que fundamentalmente se basan en informar al consumidor sobre el impacto en el contrato de una fuerte depreciación de la moneda extranjera de referencia, extremo que la Directiva 2014/17/UE y la LCCI[15] concretan en un 20%. La STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, es especialmente ilustrativa sobre el contenido de la información precontractual que debe proporcionarse al consumidor para que este decida contratar con conocimiento de causa el contrato proyectado. En este sentido, el art. 9.f) LCCI establece que, en relación con los préstamos en moneda extranjera, los prestamistas o los intermediarios de crédito facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre las implicaciones que tiene para el prestatario

la contratación de un crédito en moneda extranjera, información que deberá incorporarse en la FEIN y que tendrá la consideración de oferta vinculante para el prestamista (art. 14.1.a) LCCI).

Por tanto, en relación con las implicaciones para el consumidor de que el préstamo sea realizado en moneda extranjera y que deben trasladarse a este durante la fase precontractual pueden citarse las siguientes a tenor de lo dispuesto en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre:

— Información relativa a los riesgos que derivan del juego de la moneda nominal del préstamo (moneda extranjera) respecto de la moneda funcional, generalmente el euro.
— Advertencias sobre las consecuencias de una fuerte depreciación de la moneda nominal sobre la carga económica del contrato que pueda poner en peligro la capacidad del prestatario de hacer frente al pago de las cuotas periódicas del préstamo.[16]
— Información sobre el recálculo constante del capital pendiente de amortización en función de la fluctuación de la moneda extranjera respecto del euro. No puede pasarse por alto que esto tiene repercusiones importantes sobre la facultad de vencimiento anticipado de la entidad financiera cuando se ejercite a causa de alguna cláusula prevista en el contrato y cuando el prestatario decida amortizar anticipadamente el préstamo, puesto que en ambos casos el capital pendiente de amortización puede haber incrementado a causa de la fluctuación de la moneda extranjera respecto de la moneda funcional aun habiendo el prestatario abonado periódica y puntualmente las cuotas del préstamo inmobiliario.[17]

En consecuencia, para que las cláusulas multidivisa de los préstamos inmobiliarios celebrados en moneda extranjera puedan superar el control de transparencia, es fundamental que el prestamista proporcione información precontractual al cliente que verse sobre la carga económica que, en caso de fluctuación de la divisa, le podría suponer, tanto para el pago de las cuotas de amortización periódicas como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.

B) El perfil del consumidor

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la posible abusividad de las cláusulas multidivisa consiste en el examen del perfil del consumidor, habida cuenta de que, aunque la entidad financiera o prestamista hubiera incumplido sus deberes de información precontractual, este extremo podría ser salvado si efecti-

vamente el consumidor tenía conocimiento de los riesgos asociados al producto financiero contratado.[18]

Debe partirse de la premisa de que, salvo que se demuestre lo contrario, los consumidores minoristas carecen de conocimientos adecuados para comprender los riesgos asociados al producto contratado. Por esta razón se imponen a los prestamistas estrictos y rigurosos deberes de información contractual, en aras de que el consumidor tenga un conocimiento real y fundado sobre el alcance jurídico y económico del producto financiero contratado. Es decir, se presume que existe una asimetría informativa entre las partes contractuales que justifica la imposición de deberes precontractuales de información a los prestamistas. Sin embargo, el incumplimiento de dichos deberes de información contractual no es suficiente para considerar que el supuesto error que padece el consumidor es un error vicio excusable e invalidante del contrato celebrado cuando este, por razón de su profesión o estudios, pueda tener conocimiento de las consecuencias del contrato, teniendo en cuenta todas las circunstancias del contrato para realizar este análisis.

Como se decía anteriormente, en la gran mayoría de casos que han llegado los tribunales los consumidores sí eran minoristas sin conocimientos adecuados para comprender las consecuencias jurídicas y económicas y los riesgos asociados al producto financiero contratado, pero no necesariamente tiene que ser así si quienes pretenden la nulidad parcial del contrato, por razón de sus estudios o profesiones, pudieran tener conocimiento de aquellos extremos, dependiendo de todas las circunstancias del caso objeto de análisis. Este es el caso tratado en la STS núm. 323/2015, de 15 de junio, que declaró que no había lugar a la declaración de abusividad de las cláusulas multidivisa porque los consumidores minoristas no eren unos ignorantes financieros por razón de sus estudios y carreras profesionales.[19] En el caso objeto de análisis el elemento relevante que permite sostener que los consumidores minoristas conocían los riesgos asociados a las cláusulas multidivisa es que durante la vigencia del contrato contactaron con la entidad prestamista a fin de cambiar de divisa durante la vida del préstamo hipotecario con cláusulas multidivisa.[20]

C) La conversión de la moneda del préstamo

El control de transparencia de las cláusulas multidivisa de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera no puede superarse reconociendo al consumidor el derecho que le reconoce el art. 23.2 Directiva 2014/17/UE y el art. 20.1 LCCI de cambiar la moneda nominal del préstamo por la moneda que el consumidor perciba la mayor parte de sus ingresos o la que tenga la mayor parte

de sus activos con los que reembolsar el préstamo, o la moneda del Estado de residencia en el momento de celebrar el contrato de préstamo o la ley del Estado de residencia actual. Si bien se trata de un derecho que, ciertamente, contribuye a reducir el riesgo de las cláusulas multidivisa, ello no lo convierte en una facultad alternativa a la de informar precontractualmente sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda nominal respecto de la funcional, sino que el derecho de información contractual y el derecho de conversión de divisa se configuran como obligaciones cumulativas para el prestamista.[21]

El reconocimiento del derecho de conversión de la divisa no elimina los riesgos inherentes a los contratos de préstamos inmobiliarios en moneda extranjera porque, si el consumidor hiciera uso de esta facultad, solo limitaría los riesgos en el futuro, puesto que el aumento de las cuotas periódicas de amortización y la revalorización del capital pendiente de amortización ya se habrían consolidado, considerando que, de conformidad con los arts. 23.3 Directiva 2014/17/UE y 20.1 LCCI el tipo de cambio para hacer la conversión de la moneda nominal del préstamo será el vigente del mercado en el momento de solicitarse el cambio. De ahí que tanto la Directiva 2014/17/UE como la LCCI impongan a los prestamistas la obligación de informar periódicamente a los consumidores de este tipo de contratos inmobiliarios, en los plazos y términos que se establezcan por Orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, sobre el importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. Sin este deber de asesoramiento de los prestamistas a favor del consumidor durante la vida del contrato es evidente que solo ejercitarían el derecho de conversión de moneda los consumidores que tuviesen conocimientos de finanzas y que conocieran cuál sería la evolución de los tipos de cambios de las divisas a corto y a medio plazo.

D) Las consecuencias de la falta de superación del control de transparencia

Anteriormente se ha dicho que el art. 20.6 LCCI no tiene su antecedente inmediato en el art. 23 Directiva 2014/17/UE y que el legislador ha previsto por ley la consecuencia de la nulidad de las cláusulas multidivisa de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, esta es la nulidad de dichas cláusulas y su sustitución por un régimen contractual que ahora se prevé legalmente y que es conforme con lo previsto en los arts. 1.170 CC y 312 CCom. El Tribunal Supremo optó por la misma solución en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, pero en este caso se trataba de una sustitución del régimen contractual de con-

formidad con lo prevenido en el mismo contrato de préstamo inmobiliario en moneda extranjera y que ahora se prevé expresamente en el art. 20.6 LCCI.

Ello obedece a la necesidad de adoptar una solución que no sea excesivamente lesiva para el consumidor como podría ser la nulidad total del préstamo hipotecario, porque implicaría que el consumidor tuviera que devolver todo el capital prestado pendiente de amortización.[22] Por tanto, la solución adoptada, de conformidad con la STJUE núm. C-26/2013, de 30 de abril de 2014, es la devolución del préstamo en la moneda que tenga curso legal en España, el euro.[23] Es decir, la solución por la cual opta el legislador en el art. 20.6 LCCI es la nulidad parcial del contrato por falta de transparencia. Dicha declaración de nulidad parcial del contrato por falta de transparencia tendría efectos en el futuro, hecho que se traduce en la modificación del régimen contractual por el legal previsto en el art. 20.6 LCCI, pero este artículo no se pronuncia sobre los efectos en el pasado de las cláusulas multidivisa. En este sentido, la solución prevista en el art. 20.6 LCCI debería conllevar que todos los cambios de divisa operados en cada una de las liquidaciones periódicas del préstamo hayan de ser revertidos, de tal manera que la diferencia entre lo que el consumidor pagó por la cotización de la moneda extranjera con lo que hubiera pagado de no operar por dichos cambios le sea revertido.

Asimismo, cabe plantearse en este punto si, además de la consecuencia prevista en la norma, esta es la nulidad parcial del contrato por falta de transparencia, dicha declaración de nulidad llevaría aparejada la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista por el plazo de tiempo durante el cual no se haya producido la conversión del préstamo a la moneda que el consumidor percibiera la parte principal de sus ingresos (art. 20.6 LCCI). Partiendo de la base que la acción de nulidad es meramente declarativa y que el TJUE ha considerado que la restitución de las prestaciones que, con carácter general, conlleva el ejercicio de esta acción es perjudicial para el consumidor, porque se vería obligado a restituir en una sola vez todo el capital pendiente de amortización, sería conveniente acumular, junto al ejercicio de la acción de nulidad del contrato por falta de transparencia de las cláusulas multidivisa, el ejercicio de la acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, acción que estaría subordinada a la estimación de la primera.

Una vez declarada la nulidad por abusiva de la cláusula multidivisa, hay que detenerse en las consecuencias de la nulidad de la cláusula abusiva y, concretamente, en los efectos restitutorios que conlleva dicha declaración de nulidad. En principio, procede considerar que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho

en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por tanto, no pueden limitarse en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional.[24]

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL "DOCUMENTO DE PRIMERA DISPOSICIÓN"

Antes de entrar en el análisis de la transparencia de las hipotecas multidivisa comercializadas por Bankinter, debemos conceptualizar DPD. No existe una definición elaborada por la doctrina, pero a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede definirse del siguiente modo:

Es un documento de información precontractual, entregado por la entidad financiera Bankinter a los consumidores previamente a la contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera entre los años 2005 y 2008. La función de dicho documento es alertar a los consumidores de los principales riesgos inherentes al producto financiero contratado, con el fin de superar el control de transparencia. Se trata de un documento breve, formado por una hoja donde se definen los riesgos del producto y una hoja anexa, donde aparecen algunas simulaciones sobre los posibles escenarios que puede encontrarse el consumidor debido a la fluctuación de la divisa del préstamo.

A pesar de su simplicidad y del escaso plazo de tiempo en que en algunas ocasiones se ha dado el DPD al consumidor antes de contratar el préstamo hipotecario en moneda extranjera, mayoritariamente la doctrina del Tribunal Supremo se ha inclinado por considerar su suficiencia para superar el control de transparencia, ante el planteamiento de demandas para discutir su carácter abusivo, en la línea de la doctrina general sobre las hipotecas en divisa extranjera que hemos visto anteriormente. Por tanto, esta particularidad de la entidad financiera Bankinter, es decir, de suministrar al consumidor este folleto con la advertencia de los riesgos principales del producto, está impidiendo que los consumidores afectados puedan discutir la abusividad de sus cláusulas multidivisa porque el DPD es suficiente, según el Tribunal Supremo, para superar el control de transparencia.

4.1. Las STSS núm. 613/2022 de 20 de septiembre y Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo. Desarrollo posterior

La doctrina del Tribunal Supremo sobre el DPD de las hipotecas multidivisa de Bankinter se estableció por primera vez en la STS núm. 613/2022 de 20

de septiembre, y se vio confirmada por la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo. Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido realizando aportaciones que han permitido atisbar un poco de luz para los consumidores de Bankinter afectados por las hipotecas multidivisa. No obstante, ya se advierte que las posibilidades de éxito de las demandas de los consumidores son escasas, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, por lo que sus pocas posibilidades de prosperar están condicionadas severamente por los riesgos del pleito, especialmente en materia de costas (art. 394 LEC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció los requisitos de información precontractual que debían satisfacerse por la entidad financiera para que la cláusula multidivisa pudiera superar el control de transparencia. Esta doctrina se encuentra, fundamentalmente, en las STSS 69/2021, de 9 de febrero,[25] 553/2021, de 20 de julio[26] y 394/2022, de 10 de mayo.[27] Se exige el conocimiento del consumidor de los siguientes extremos para cumplir los requisitos de información contractual: *"(i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido."*

En aplicación de esta doctrina, la STS núm. 613/2022, de 20 de septiembre[28] declara que la cláusula multidivisa supera el control de transparencia, desestimado por inadmisibilidad el recurso de casación interpuesto contra la SAP Madrid núm. 11/2019, de 15 de enero. La imposibilidad de revisar mediante el recurso de casación la valoración de la prueba practicada por la Audiencia Provincial conlleva la inadmisibilidad del recurso, acogiendo la valoración que hizo la Audiencia Provincial sobre el DPD: *"Entrando en el fondo, no podemos compartir la valoración de la prueba que realiza la Juez a quo, en particular sobre el importante documento número 15 aportado a la contestación a la demanda, denominado "Solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición". En dicho documento, firmado por los actores y reconocida la firma por los mismos, además de solicitar un préstamo en divisas de 140.000 euros por su contravalor en yenes japoneses, reconocen que "este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asumen explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición de préstamo, en caso de ser esta última diferente al euro, pueda ser superior al límite pactado, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario". Aunque el anexo con el ejemplo no está firmado por los demandantes, estimamos que forma parte*

del escrito firmado por estos, dado que se remite expresamente a él (y lleva el mismo título).

"El anexo en cuestión, con el ejemplo es muy ilustrativo y fácil de entender (es indiferente que el capital, de 200.000 euros, no coincida con el principal del préstamo, de 140.000 euros, pues no deja de ser un ejemplo explicativo). Aparece un cuadro con simulaciones, en el que el tipo de cambio es descendente, figurando el importe de la cuota total, con la parte correspondiente a capital amortizado e intereses, y el capital pendiente de amortizar. Se observa con claridad que la cuota se incrementa si la evolución del tipo de cambio es desfavorable y que aumenta también el capital pendiente."

En el mismo sentido, la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo[29] se alinea con la valoración de la prueba de la Audiencia Provincial, siguiendo los razonamientos de la STS núm. 613/2022, de 20 de septiembre: *"3. Como declaramos en esa sentencia, la Audiencia advierte que el anexo del documento "solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición", entregado al demandante antes de la celebración del contrato, le informaba expresamente, con ejemplos y explicaciones fáciles de entender, de que: (i) la apreciación de la divisa en la que han contratado el préstamo implica un incremento (a) en la cuota y (b) en el capital pendiente de amortizar; (ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; (iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre el capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio, al igual que ocurre en el caso de amortización anticipada.*

4. En dicha sentencia consideramos correcta la conclusión de la Audiencia Provincial que, tras la valoración conjunta de la prueba, afirmó que la información proporcionada por la demandada sobre las características y los riesgos del producto fue suficiente y fácilmente comprensible y consideró que las cláusulas contractuales impugnadas superan el control de transparencia."

De las sentencias aportadas que constituyen los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la superación del control de transparencia de las cláusulas multividisa de Bankinter debido al suministro del DPD, puede afirmarse será la valoración que hayan hecho el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial del DPD lo que permitirá considerar, o no, que se han satisfecho las exigencias de información precontractual sobre la cláusula multidivisa, lo que determinará la imposibilidad de revisar en casación la valoración de la base fáctica del pleito y, por ende, cuestionar ante el Tribunal Supremo la superación o no del control de transparencia.

A) El contenido del documento de primera disposición

En alguna sentencia el Tribunal Supremo ha reproducido el contenido principal del DPD, que se transcribe:

"este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asumen explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición de préstamo, en caso de ser esta última diferente al euro, pueda ser superior al límite pactado, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario"

"Centrándonos en el tipo de cambio y a efectos de clarificar el riesgo de divisa asumido en su hipoteca, hemos considerado una evolución desfavorable del mismo, es decir, una apreciación de la divisa JPY frente al euro.

Sobre esta base, el efecto de esta evolución del tipo de cambio se traducirá en un doble efecto:

1. CUOTA: Incremento de su contravalor en euros tal y como puede Ud. comprobar en la correspondiente columna "cuota en euro".

2. CAPITAL PENDIENTE: El efecto de esta evolución del tipo de cambio trasladado al capital pendiente de la hipoteca, por su contravalor en euros, tendría como resultado un incremento del mismo que podría llegar a superar incluso el contravalor inicial de la hipoteca (ver cuota 3 y 4 en la columna "pendiente en euros").

Es importante tener presente que el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo sólo se produce realmente, es decir se materializa, sí y sólo sí concurren una de las siguientes circunstancias:

a) Al amortizar anticipadamente su hipoteca.

b) Por cambio de divisa de su capital pendiente."[30]

Considerando el contenido del DPD reproducido, podría afirmarse que cumple con los requisitos fijados en las STS 69/2021, de 9 de febrero, 553/2021, de 20 de julio y 394/2022, de 10 de mayo, pues se informa al consumidor sobre los riesgos de fluctuación de la moneda sobre la cuota del préstamo y sobre el capital pendiente de amortizar, juntamente con el anexo del documento que contiene ejemplos ilustrativos sobre los efectos de la fluctuación de la moneda del préstamo.

Sin embargo, el contenido del DPD que se acompaña con la contestación de la demanda puede no ser tan claro como el que se ha transcrito, que la jurisprudencia ha considerado suficiente para superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa. En este punto debemos hacer referencia a la STS núm. 1502/2023, de 27 de octubre. En este caso, el Tribunal Supremo falla en favor

del consumidor y desestima los recursos de casación y de infracción procesal interpuestos por Bankinter, acogiendo la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial: *"La valoración de la prueba obrante en el presente litigio permite llegar a conclusiones distintas de las establecidas por el juzgador de instancia y sostener que la cláusula multidivisa no supera el control de transparencia que permita su viabilidad."*

En cuanto al documento de solicitud del préstamo y primera disposición, la Audiencia Provincial, tras indicar que "no es expresivo de los riesgos de la operación", razona que: "La redacción del último de los párrafos resulta farragoso e incomprensible, si no se explica detalladamente lo que podría implicar la amortización, y el riesgo de que el contravalor de la divisa supere el límite pactado. Por lo demás, no es más que una cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria, de carácter predispuesto y sin valor."31

Más problemáticos son los caos enjuiciados en la STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre[32] y núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.[33] En ambos casos, el Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por Bankinter contra las sentencias de las Audiencias Provinciales, que consideran el DPD insuficiente para superar el control de transparencia. Según el Tribunal Supremo, el DPD es suficiente para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia: *"3. Por tanto, en los mismos términos que la sentencia de pleno 418/2023 de 28 de marzo (RJ 2023, 2296)*, no encontramos razones para apartarnos de lo establecido en la *613/2022, de 20 de septiembre (RJ 2022, 4049)*, estableciendo como valoración jurídica que la información incluida en el folio 230 de las actuaciones del documento de primera disposición es suficiente y fácilmente comprensible sobre las características y los riesgos del producto, debiendo estimar el recurso de casación en la medida en que se considera indebidamente que tal documento no informa adecuadamente de los riesgos del préstamo *multidivisa, con la consecuencia que a continuación señalaremos, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos de casación admitidos.*

4. Como la Audiencia Provincial, en definitiva, al considerar que el contenido de la información presentada en las actuaciones (incluida la obrante al folio 230 de las actuaciones del documento 5 de los de la contestación), no informa debidamente de los riesgos del préstamo multidivisa, no ha examinado las restantes cuestiones que debería resolver con ocasión del recurso de apelación, entre ellas la entrega a los prestatarios con tiempo suficiente para su valoración de la información contenida en tal hoja, deben devolvérsele las actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia, resolviendo todas las cuestiones de hecho y derecho derivadas de la interposición del recurso de apelación."

Por tanto, salvo algún supuesto excepcional, el DPD que satisface los requisitos fijados en la STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre es suficiente para

que el clausurado multidivisa supere el control de transparencia, lo que veda la posibilidad de acoger su carácter abusivo. Es decir, con la entrega del DPD se cumple el deber de información precontractual que tiene el prestamista en este tipo de préstamos.[34]

En este punto, debemos cuestionarnos si las hipotecas multidivisa comercializadas por Bankinter superarían el control de transparencia material a tenor de las disposiciones de la LCCI como un parámetro para enjuiciar la suficiencia del DPD para colmar las exigencias que prevé la LCCI en materia de información general de los préstamos inmobiliarios, lo que constituye el control de transparencia material.[35] A este respecto, el art. 9.f) LCCI dispone: *"cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, una indicación de la misma, explicando las implicaciones que tiene para el prestatario la denominación de un crédito en moneda extranjera"*. El precepto se refiere a las "implicaciones", pero no concreta qué extremos comprende ni sus efectos. Aún así, consideramos que sería suficiente una advertencia sobre la posible fluctuación de las cuotas de amortización del préstamo, con especial referencia a escenarios claramente adversos para el consumidor, haciendo especial referencia a un incremento sustancial del montante total económico del préstamo, incremento que puede fijarse en el 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro en la fecha de celebración del contrato de préstamo (art. 20.4 LCCI). Estas advertencias, unidas a ejemplos ilustrativos, consideramos que servirían para advertir suficientemente sobre las implicaciones del crédito en moneda extranjera, debiendo ser efectuadas en Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) (art. 14.1.b) LCCI).

El contenido del deber de información precontractual se encuentra regulado de manera imperativa en la LCCI (arts. 14 y 15 LCCI) y se materializa en dos grandes documentos. Por un lado, la FiAE a la cual ya hemos hecho referencia y, por otro lado, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Respecto de los contratos de crédito inmobiliario en general, la LCCI contiene un modelo de FEIN, donde se contiene alguna referencia a los préstamos en moneda extranjera:

"(Si ha lugar) El valor máximo de su préstamo será [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. (Si ha lugar) Recibirá una advertencia si el importe del crédito alcanza [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. (Si ha lugar) Tendrá usted ocasión de ejercer su [insértese derecho a renegociar el préstamo en moneda extranjera o derecho a convertir el préstamo en [moneda correspondiente], indicando las condiciones aplicables]."

En el sentido dar apoyo a nuestro posicionamiento, se hace una referencia expresa a la formulación de una advertencia si el importe del préstamo alcanza un determinado valor, en aquellos casos claramente adversos para el consumidor,

concretamente del 20 por ciento (art. 20.4 LCCI), como consecuencia de la fluctuación del valor de la moneda extranjera de referencia del préstamo. Asimismo, debe informarse al consumidor de su derecho a renegociar el préstamo y a convertirlo en la moneda nacional del prestatario, con mención expresa de las condiciones para el ejercicio de este derecho (art. 20.1 LCCI). Estas advertencias, que actualmente deben contener la FiAE y la FEIN son prácticamente las mismas que se contienen en el controvertido DPD, por lo que parece que en cuanto al contenido del DPD, el prestatario puede estar en condiciones de conocer los riesgos del préstamo en moneda extranjera.

B) El plazo suficiente para la firma del documento de primera disposición

En las sentencias del Tribunal Supremo publicadas en los últimos meses ha aparecido una nueva cuestión que influye en el análisis del control de transparencia de la cláusula multidivisa: la antelación del suministro del DPD previamente a la firma de la escritura de préstamo hipotecario. Se discute, por tanto, cuál es la antelación mínima del suministro del DPD para entender que el consumidor ha tenido tiempo suficiente para valorar los riesgos asociados a la hipoteca en moneda extranjera.

La STS núm. 516/2024, de 17 de abril[36] estima el recurso de infracción procesal interpuesto por el consumidor y declara que el suministro del DPD el mismo día de la firma de la escritura de crédito hipotecario no es suficiente para superar el control de transparencia: *"La información contenida en el documento denominado de primera disposición, aportado con la contestación a la demanda, de 21 de febrero de 2008, según resulta de los propios hechos probados que establece la Audiencia, es de la misma fecha de otorgamiento de la escritura de préstamo multidivisa, y no consta que se entregase a la prestataria con antelación suficiente.*

En las sentencias. 109/2024 de 30 de enero 46/2024 de 16 de enero y 1717/2023 de 12 de diciembre, entre otras, examinando información facilitada por la misma demandada en el mismo documento, hemos considerado que es insuficiente cuando se proporciona, como aquí ocurre, el mismo día de la contratación.

En conclusión, como valoración jurídica sustantiva (sentencia 158/19 de 14 de marzo), de los razonamientos de la audiencia no resulta que se diera a la consumidora una información adecuada, con suficiente antelación previa a la contratación, sobre los riesgos básicos de este tipo de préstamo."

Por su parte, la STS núm. 38/2024 de 15 de enero[37] sostuvo que un plazo de dos días antes de la firma del préstamo hipotecario era suficiente: *"Tampoco cabe apreciar que la información fuera insuficiente porque el documento se entregó*

con dos días de antelación, como se sostiene en la oposición al recurso, dado que se trata de un plazo razonable y suficiente para examinar y asimilar la información suministrada, teniendo en cuenta la brevedad y simplicidad del documento, la sencillez de los ejemplos (explicados no sólo con datos porcentuales, sino con su plasmación numérica incluso al céntimo) y su fácil comprensibilidad, al tratarse de datos meramente aritméticos sobre la influencia de la fluctuación de la divisa en la cuota y en el capital pendiente para cuya entendimiento no hace falta ningún tipo de conocimiento financiero."

Existen otras sentencias del Tribunal Supremo donde se ha considerado que un plazo de antelación de 4 días era suficiente para superar el control de transparencia (STS 475/2024 de 8 de abril[38] y STS núm. 1054/2023 de 28 de junio[39]).

La exigencia de anticipar al consumidor el DPD previamente a la contratación del préstamo hipotecario es una condición necesaria para entender superado el control de transparencia. El suministro tempestivo del DPD cumple la función de poder constatar que se ha superado el control de transparencia, pues el consumidor basándose en el DPD podría tener conocimiento de los riesgos de la fluctuación de la moneda del préstamo en las cuotas del préstamo y en el capital pendiente de amortización. La cuestión controvertida reside en este plazo mínimo, pues el Tribunal Supremo entiende que dos días antes de la firma del contrato es suficiente.

La LCCI supuso un avance en la protección *ex ante* del consumidor en la contratación de un préstamo hipotecario. Considerando la importancia de la comprobación de la transparencia material del contrato, los arts. 14 y 15 LCCI diseñan un procedimiento para comprobar el cumplimiento del control de transparencia. En primer lugar, el art. 14.1 LCCI dispone el plazo de diez días naturales que deben transcurrir desde que el prestamista remite al prestatario la información precontractual prevista en el art. 14.1 LCCI. La recepción telemática de dicha información por el Notario permite que exista una constancia fehaciente del momento de remisión de la información precontractual, y a partir de este momento empieza el *dies a quo* para cumplir el plazo fijado en el art. 14.1 LCCI: no puede firmarse la escritura pública hasta que hayan transcurrido diez días desde la recepción de la documentación.[40] A partir de aquel momento el Notario tiene el deber de comprobar que el prestamista ha cumplido sus obligaciones, estas son fundamentalmente, la entrega de la FEIN[41] y la FiAE, y que su contenido cumple los requisitos exigidos legalmente, además de una copia del proyecto de contrato.

En segundo lugar, el art. 15.1 LCCI exige al prestatario comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento sobre las características principales del contrato, dentro del plazo establecido en el art. 14.1 LCCI, es decir, dentro de los diez días naturales respecto a la remisión de la información precontractual.[42] Esta obligación se configura como una carga,

puesto que la no comparecencia ante Notario supone la no realización de la obligación impuesta legalmente al prestatario, lo que conlleva que no pueda autorizarse el crédito inmobiliario. Esta comparecencia se celebrará *"como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo."* (art. 15.3 LCCI). La intervención del Notario culminará en un acta, que según el art. 15.6 LCCI: *"se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material."*[43]

El plazo de diez días del art. 14.1 LCCI cumple una doble función: por un lado, el prestatario dispone de dicho plazo de tiempo para comprender la operación que se dispone hacer, es decir, la carga de comprender ante la información suministrada por el prestamista,[44] en el orden jurídico y económico, mediante el asesoramiento imparcial del Notario y, de esta forma, pueda asumir el riesgo de contratar con pleno conocimiento de causa.[45] Por otro lado, es el plazo que dispone el Notario para comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material impuesto, verificando la remisión en tiempo y su contenido por el prestamista. Este plazo, que tiene la consideración de mínimo, es el que prudencialmente fija el legislador para que el prestatario pueda valorar la operación que se dispone a contratar, lo que nos permite afirmar que, dado que si no se cumple no puede autorizarse la firma del crédito inmobiliario, es el plazo mínimo de suministro de la información precontractual del prestamista al prestatario. Por tanto, a los efectos de valorar la suficiencia de los plazos que ha validado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el suministro del DPD, consideramos que no pueden aplicarse las previsiones de la LCCI a aquellos contratos acompañados del DPD, pero el plazo de diez días entre el suministro del DPD y la firma del préstamo de crédito inmobiliario en moneda extranjera del art. 14.1 LCCI es indicativo del plazo que el lgislador considera suficiente para que el consumidor se pueda informar, valorar y reflexionar sobre las condiciones del préstamo, lo que nos conduce a concluir que plazos más breves no deberían ser suficientes para superar el control de transparencia material. Se trata de un plazo prudencial para que el prestatario pueda tener pleno conocimiento de la carga jurídica y económica de la operación que se dispone a contratar.

C) La cuestión de la "unidad documental" del documento de primera disposición y la prueba de presunciones del art. 386 LEC

La consideración de los diferentes folios que constituyen DPD como una unidad documental o no y la consiguiente exigencia de que el DPD tenga que ser

firmado por el consumidor en todas sus hojas es una cuestión que tiene una gran importancia para el éxito del pleito. Ello es una consecuencia del principio de no alteración de la base fáctica del pleito y de la imposibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba mediante el recurso de casación o de infracción procesal, salvo que la valoración de la prueba que se haya realizado en la instancia sea irracional, ilógica o arbitraria. Por tanto, el hecho de que el DPD haya sido valorado como un único documento, no exige que sea firmado en todas sus hojas. Si por el contrario el DPD es valorado como un documento que se integra por un folio donde aparecen las advertencias para el cliente y por un anexo que incluye simulacros sobre la posible fluctuación de la moneda de referencia, exigirá la firma de todas sus páginas por el consumidor. Esta es la línea jurisprudencial que ha mantenido el Tribunal Supremo que permite sostener que la conceptualización del DPD realizada en la instancia es trascendental para la viabilidad de la reclamación.

Esta cuestión fue planteada en la STS 544/2024 de 23 de abril,[46] donde el Tribunal Supremo desestimó un recurso de infracción procesal de Bankinter donde se atacaba la valoración del DPD, no considerándolo como un único documento y, por tanto, la Audiencia Provincial falló en favor del consumidor, precisamente por la imposibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba: *"2. La conclusión de la sentencia recurrida, sin dar el valor pretendido por la entidad bancaria a la segunda hoja del documento de primera disposición, que no ha sido firmada por ninguno de los prestatarios, no puede entenderse errónea ni ilógica, sin que en la primera hoja se hiciera la remisión a ningún ejemplo o simulación. La conclusión probatoria respecto a la prueba documental, podrá ser cuestionada, pero no cabe establecer que muestre un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y que resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, ya que es razonable no dar valor probatorio el ejemplo y las simulaciones de la segunda hoja del denominado documento de primera disposición aportado por la demandada, al que ni siquiera se remite la primera hoja, si no fue firmado por los prestatarios."*

Sin embargo, la tendencia mayoritaria ha sido reconocer el DPD como un documento único y, por tanto, no es viable un recurso de infracción procesal combatiendo la valoración de la prueba realizada en la instancia y que ha sostenido que existe unidad documental. Es el caso de la STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre[47]: *"3. En aplicación de la anterior doctrina, no puede prosperar un motivo de casación cuya fundamentación consiste, básicamente, en cuestionar la admisión y valoración realizada por la Audiencia de la prueba documental practicada (en concreto del documento "Primera Disposición" aportado con la contestación a la demanda). El tribunal de apelación, al realizar la valoración probatoria, consideró dicho documento, integrado por dos hojas, como una uni-*

dad documental firmada por los actores, firma cuya autenticidad reconocieron en el juicio, aunque la firma figurase estampada solo en la primera hoja:

"En dicho documento, firmado por los actores y reconocida su firma por los mismos, además de solicitar un préstamo en divisas [...] Aunque el anexo con el ejemplo no está firmado por los demandantes, estimamos que forma parte del escrito firmado por estos, dado que se remite expresamente a él (y lleva el mismo título)".

Esta valoración probatoria no ha sido combatida por los recurrentes a través del cauce oportuno, pues no han interpuesto contra la sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, y no puede ser revisada ahora por el cauce el recurso de casación, limitado a cuestiones jurídico-sustantivas, en el que la base fáctica fijada en la instancia permanece incólume."

Una mención especial merece la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo, pues en ella se discute la valoración de la prueba de segunda instancia acudiendo a la prueba de presunciones del art. 386 LEC: *"6. Este tribunal ha declarado de forma reiterada que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando este ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas.*

7. En el presente caso es dudoso que la Audiencia Provincial haya recurrido a las presunciones judiciales. No lo ha declarado expresamente y puede entenderse que lo realizado por la Audiencia Provincial ha sido fijar los hechos objeto de discusión mediante la valoración de los elementos probatorios que le han sido suministrados en el proceso, en concreto, el contenido de la primera hoja, firmada por el demandante, que hacía referencia expresa al contenido de la segunda hoja. Y sobre los hechos así fijados, la Audiencia Provincial ha realizado las valoraciones jurídicas que ha considerado oportunas.

8. En todo caso, incluso de considerar que se trató de una presunción judicial, hemos declarado en las sentencias 202/2017, de 29 de marzo, 864/2021, de 14 de diciembre, y 668/2022, de 13 de octubre, que "el posible control de la presunción judicial mediante un recurso extraordinario por infracción procesal se reduce a si "el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados" (sentencias 471/2008, 27 de mayo de 2008 y 192/2015, de 8 de abril)."

V. CONCLUSIONES

El análisis que se ha llevado a cabo de más de cuarenta sentencias del Tribunal Supremo sobre el DPD de las hipotecas multidivisa de Bankinter permite

sostener que la doctrina existente se ha consolidado y que es un muro difícil de superar por los consumidores que reclaman la nulidad de las cláusulas multidivisa. Salvo algunos casos excepcionales donde el contenido del DPD no es suficientemente claro o ilustrativo de los efectos adversos que puede acarrear la fluctuación de la moneda en la cuota del préstamo o en el capital pendiente de amortizar, o bien el DPD no ha sido entregado no ha sido entregado al consumidor con anterioridad a la firma de la escritura pública de constitución de hipoteca, las posibilidades de éxito de las demandas de los consumidores son nulas o escasas, lo que desaconseja agotar el sistema de recursos ante la decisión desfavorable en la instancia, con el objeto de reducir las costas del pleito (art. 394 LEC), en el supuesto que fueran impuestas al consumidor ante la desestimación de su demanda.

Se ha constatado que no prosperan los recursos de apelación, casación o de infracción procesal que discuten la valoración de la prueba realizada en la instancia, cuestionando la consideración del DPD como una unidad documental; el corto plazo de tiempo del que ha dispuesto el consumidor o el contenido del DPD. No obstante, a nuestro modo de ver, alguno de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo es cuestionable. Es el caso del plazo mínimo previo a la firma de la escritura pública de hipoteca dentro del cual debe suministrarse el DPD. En este punto, el Tribunal Supremo ha sostenido que la entrega del DPD con anterioridad a la constitución de la hipoteca es suficiente, entendiendo por suficiente un plazo de uno o dos días anteriores a la firma. La mayoría de hipotecas en moneda extranjera comercializadas por Bankinter se celebraron antes de la entrada en vigor de la LCCI y, por tanto, no les era aplicable el procedimiento de cumplimiento del control de transparencia de los arts. 14 y 15 LCCI. Sin embargo, teniendo en cuenta el plazo de diez días naturales que deben transcurrir, como mínimo, desde la remisión de la información precontractual al prestatario hasta la firma del crédito inmobiliario, consideramos que este plazo debería exigirse para que el DPD supere el control de transparencia material. Por debajo de este umbral el prestatario difícilmente habrá podido informarse, valorar y asumir los riesgos de un préstamo inmobiliario en moneda extranjera debidamente. Y no hay que olvidar que antes de la entrada en vigor de la LCCI no era preceptivo el asesoramiento imparcial y gratuito del Notario, por lo que la suficiencia del plazo adquiere más relevancia.

Por lo demás, en Tribunal Supremo ha establecido que el DPD permite superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa, siempre que dicha información alerte sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda en las cuotas del préstamo y en el recálculo del capital pendiente de amortizar. Por tanto, la información comprensible e ilustrativa contenida en el DPD sobre aquellos puntos, juntamente con resto de la prueba practicada, como pueden ser los testigos

aportados, puede impedir la reclamación del consumidor, como se demuestra en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre el DPD de Bankinter.

VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS núm. 840/2013, de 20 de enero.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre.
- STS 716/2014, de 15 de diciembre.
- STS núm. 323/2015, de 30 de junio.
- STS núm. 367/2017, de 8 de junio.
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.
- STS núm. 599/2018 de 31 octubre.
- STS núm. 69/2021, de 9 de febrero.
- STS núm. 391/2021 de 8 junio.
- STS núm. 553/2021 de 20 julio.
- STS núm. 776/2021 de 10 de noviembre.
- STS núm. 394/2022 de 10 mayo.
- STS núm. 420/2022 de 24 mayo.
- STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre.
- STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo.
- STS núm. 1054/2023 de 28 de junio.
- STS núm. 1238/2023 de 18 de septiembre.
- STS núm. 1264/2023 de 19 de septiembre.
- STS núm. 1288/2023 de 25 de septiembre.
- STS núm. 1502/2023 de 27 de octubre.
- STS núm. 1614/2023, de 21 de noviembre.
- STS núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.
- STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre.
- STS núm. 38/2024 de 15 de enero.
- STS núm. 475/2024 de 8 de abril.
- STS núm. 516/2024 de 17 de abril.
- STS núm. 544/2024 de 23 de abril.
- STS núm. 546/2024 de 23 de abril.
- STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014.
- STJUE núm. C-312/2014, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2015.
- STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre.
- STJUE núm. C-154/2015, Sala Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016.

VII. BIBLIOGRAFIA

ADÁN DOMÈNECH, F.. (2020). *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Barcelona: Bosch, p. 122-123.

AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, p. 1-8.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. En: DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE).* Madrid: Reus, p. 105-126.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019: ¿Control, carga o trampa?. *El Notario del siglo XXI* [en línea], núm. 84, 2019, disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa.

HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía. *Indret*, núm. 4, p. 1-41.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: de la jurisprudencia al proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario. En: REYES SÁNCHEZ, L y VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales.* Madrid: Reus, 129-148.

MATE SATUÉ, L. C., "Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario", *Revista de Derecho Civil,* núm. 1, 2019, p. 335-360.

NIETO CAROL, U. (2020). El Notario y el control de transparencia material. En PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios.* Cizur Menor: Aranzadi, p. 237-322.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, p. 1.197-1238.

(2019). El deber de transparencia en la Ley 19/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, p. 1-24.

PRATS ALBENTOSA, L. (2020). Deberes y cargas de información pre-contractual y tutela notarial "ex ante" de su cumplimiento (en la financiación para la adquisición de vivienda e inmuebles de uso residencial. En PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios,* Cizur Menor: Aranzadi, p. 145-174.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil,* núm. 2, p. 235-265.

NOTAS

[1] La evolución judicial de la hipoteca multidivisa en España. Hacía un consenso jurídico a favor de los consumidores. Disponible en: https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2016/06/160630-2-INFORME-Hipoteca-Multidivisa.pdf.

[2] STS núm. 323/2015, de 30 de junio.

[3] Para una introducción general a los préstamos en moneda extranjera, *vid.* ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. en DÍAZ ALABART, S. *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus, p. 105-126. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: de la jurisprudencia al proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario. En: REYES SÁNCHEZ, L y VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus, p. 129-148.

[4] STS núm. 323/2015, de 30 de junio. *"La Sala considera que la 'hipoteca multidivisa' es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera."*

[5] STJUE núm. C-312/2014, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2015. *"no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad."* Las Audiencias Provinciales ya aplicaron el cambio en la jurisprudencia que supuso la STJUE núm. C-312-2014 antes de que el Tribunal Supremo lo confirmara en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

[6] STS núm. 599/2018 de 31 octubre. En esta sentencia el Tribunal se remite a los argumentos expuestos en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo.

[7] STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014.*"los términos 'objeto principal del contrato' únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza"*.

[8] STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014.*"Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor,*

sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo."

[9] STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre. *"Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de 'objeto principal del contrato', en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible."*

[10] STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

[11] STS núm. 840/2013, de 20 de enero. *"El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error."* En el mismo sentido, *vid.* STS núm. 323/2015, de 30 de junio.

[12] STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre. "*En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014"*.

[13] AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, p. 1-8.

[14] STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre. *"49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A. Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)."*

[15] Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de Crédito Inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

[16] STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre. *"27. Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa.*

Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos."

[17] STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre. *"31. Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos. La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo."*

[18] STS núm. 840/2013, de 20 de enero; STS 716/2014, de 15 de diciembre; STS núm. 323/2015, de 15 de junio. *"La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente."*

[19] STS núm. 323/2195, de 15 de junio. *"El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias.*

Lo expuesto lleva a concluir que no existió error que viciara el consentimiento y permitiera la anulación del contrato, pues, de haber existido una representación errónea por parte del contratante, lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional."

[20] PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, p. 1.200. Si el consumidor conoce los riesgos asociados al préstamo en divisas no podrá invocar un vicio del consentimiento por el hecho que resultase errada su expectativa sobre la evolución futura de la moneda.

[21] STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

[22] STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014. *"83. En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.*

84. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al

prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

85. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional."

[23] STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

[24] STJUE núm. C-154/2015, Sala Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016.

[25] STS núm. 69/2021, de 9 de febrero.

[26] STS núm. 553/2021 de 20 julio.

[27] STS núm. 394/2022 de 10 mayo.

[28] STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre. *"El recurso combate la base fáctica en que se apoya la sentencia de apelación, al cuestionar la admisión como prueba del anexo del documento "Primera Disposición". Como ya dijimos al resolver el segundo motivo del recurso, el recurso de casación debe respetar los hechos fijados en la instancia. Con tales hechos probados, que han quedado incólumes en casación, no puede fundarse una supuesta falta de transparencia que pueda desembocar en una declaración de abusividad cuando consta que la demandada proporcionó información suficiente y clara sobre el funcionamiento y riesgos del préstamo en divisas."*

[29] STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo.

[30] STS núm. 1614/2023, de 21 de noviembre.

[31] STS núm. 1502/2023 de 27 de octubre.

[32] STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre.

[33] STS núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.

[34] Para una exposición general, vid. ADÁN DOMÈNECH, F.. (2020). *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE,* Barcelona: Bosch, p. 122-123. STS núm. 599/2018 de 31 octubre; STS núm. 391/2021 de 8 junio; STS núm. 776/2021 de 10 de noviembre: *"Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.*

Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del

préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro." La falta de información precontractual sobre los efectos adversos de la fluctuación de la moneda del préstamo no puede convalidarse por el ejercicio del consumidor de su derecho a cambiar la moneda o por el uso continuado de la banca electrónica. En este sentido, *vid*. STS núm. 420/2022 de 24 mayo.

[35] Para una aproximación general al control de transparencia material que prevé la LCCI, *vid.* MATE SATUÉ, L. C. (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista de Derecho Civil,* núm. 1, p. 335-360.

[36] STS núm. 516/2024 de 17 de abril.

[37] STS núm. 38/2024 de 15 de enero.

[38] STS núm. 475/2024 de 8 de abril.

[39] STS núm. 1054/2023 de 28 de junio.

[40] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber de transparencia en la Ley 19/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, p. 9. El plazo de diez días es de reflexión e irrenunciable, por lo que no puede autorizarse la escritura pública antes de este plazo. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía. *Indret*, núm. 4, p. 9.

[41] Durante el plazo de diez días la información precontractual contenida en la FEIN no podrá modificarse ni el prestamista podrá revocar su oferta vinculante (art. 14.1.a) LCCI).

[42] Sobre la actuación del Notario en el ámbito de la LCCI, *vid.* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil,* núm. 2, p. 254-261. La intervención del Notario es imperativa, y no facultativa a instancias del consumidor, al contrario de lo previsto en las Órdenes Ministeriales de 5 de mayo de 1994 y de 28 de octubre de 2011, que reconocía el derecho al prestatario de examinar el proyecto de escritura de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a la firma.

[43] Sobre el acta notarial de información previa, *vid.* NIETO CAROL, U. (2020). El Notario y el control de transparencia material. En PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios*. En Cizur Menor: Aranzadi, p. 297-318. CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019: ¿Control, carga o trampa?, *El Notario del siglo XXI* [en línea], núm. 84, 2 disponible en: https://www.elnotario.es/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa. *"Estos actos acaecidos y constatados (información, asesoramiento y manifestación del prestatario) harán indudablemente más difícil que prospere judicialmente la alegación de prestatario de no haber conocido las consecuencias jurídicas y económicas de las cláusulas aceptadas, pues habrá constancia de la actividad documental y presencial desplegada por el prestamista y el notario, pero no imposibilitan que un tribunal declare incumplido el principio de transparencia material, si a la luz de las pruebas que se practiquen el juez considera que un consumidor en las circunstancias probadas no hubiera llegado a esa comprensión real".*

[44] STS núm. 367/2017, de 8 de junio: *"La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato."*

[45] PRATS ALBENTOSA, L. (2020). "Deberes y cargas de información pre-contractual y tutela notarial "ex ante" de su cumplimiento (en la financiación para la adquisición de vivienda e inmuebles de uso residencial", en PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios.* Aranzadi: Cizur Menor, p. 172. *"Esta función no supone, en caso alguno, que el notario, al asesorar al prestatario o garante, sustituya al prestamista, o a sus asimilados, en su deber de cumplir con el principio de transparencia material [...] pues tiene por finalidad verificar su cumplimiento"*. STS núm. 367/2017, de 8 de junio: *"cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual."*

[46] STS núm. 544/2024 de 23 de abril; STS núm. 1264/2023 de 19 de septiembre.

[47] STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre. En el mismo sentido, vid. STS núm. 1238/2023 de 18 de septiembre; STS núm. 546/2024 de 23 de abril; STS núm. 1288/2023 de 25 de septiembre.

Trabajo recibido el 3 de junio de 2024 y aceptado para su publicación el 19 de julio de 2024

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 9-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de La Bisbal d`Empordà.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En el caso de este expediente, encontrándose la anotación cancelada por caducidad, no cabe cancelar cargas posteriores, pero sí inscribir la adjudicación porque el procedimiento se ha seguido contra el titular registral.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Respecto de las alegaciones realizadas en el escrito de recurso en relación con la postura que el Tribunal Supremo en los últimos años sobre esta materia, conviene recordar que el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— en su Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, 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

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.808.05

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.

En el presente caso consta que cuando se presenta el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas la anotación preventiva de embargo estaba ya cancelada con anterioridad por haber incurrido en caducidad con arreglo al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Por esa razón, como se ha expuesto en el anterior apartado, no es posible ya cancelar ninguno de los asientos que en su momento eran posteriores a dicha anotación preventiva.

Distinta suerte ha de correr la nota de calificación del decreto de adjudicación. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En el caso objeto de este expediente, la finca que ha sido adjudicada en el procedimiento de ejecución se encontraba inscrita en el momento de presentarse el decreto de adjudicación en el Registro, en cuanto a la nuda propiedad a favor de don G. A. D. y, en cuanto al usufructo vitalicio, en favor de doña M. D. T. El procedimiento judicial se ha seguido, tanto en la fase declarativa que culminó con la oportuna sentencia, como en la fase ejecutiva que concluyó con el decreto de adjudicación ahora calificado, precisamente contra el mismo don G. A. D. Por tanto, en lo referente a la nuda propiedad no existe obstáculo alguno, desde la perspectiva del principio de tracto sucesivo, para inscribir el decreto de adjudicación.

Resolución de 9-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Paterna, número 2.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

No cabe la cancelación ex art. 210 de la LH de una condición resolutoria porque consta presentado con anterioridad una resolución judicial que acredita que se está ejercitando dicha condición.

En este supuesto, figura previamente presentado sobre las fincas respecto de las que se solicita certificación para cancelar la condición resolutoria un mandamiento librado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 238/2022, derivado de autos de juicio ordinario número 942/2016, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Valencia. En dicho mandamiento consta transcrita la sentencia firme dictada en el procedimiento de juicio ordinario número 942/2016, de fecha 23 de junio de 2020, por la que en su fallo se estima la demanda formulada por la parte actora, don M. A. L., y don M., don J. y don J. A. A. M., frente a «Valtevi Promociones, SL» y «Turiaclima 2005, SL», y se declara que las mercantiles demandadas han incumplido su obligación a que se compro-

metieron en el contrato de permuta de solar por obra futura. Este título presentado con anterioridad es por tanto claramente incompatible o contradictorio con la cancelación solicitada, en la medida en que, como señala el registrador en su nota de calificación, afecta a la subsistencia de la condición resolutoria.

El cierre registral puede ser de dos tipos: a) definitivo, cuando el primer título ha obtenido el asiento definitivo que pretendía, que normalmente será el asiento de inscripción —artículo 17.1.º de la Ley Hipotecaria—, produciéndose desde ese momento todos los efectos derivados de la inscripción, y b) provisional, cuando el título que accede en primer lugar al Registro está simplemente presentado —artículo 17.2.º de la Ley Hipotecaria—.

En el supuesto de este expediente, no concurre ninguno de los supuestos previstos en este párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, pues no hay ninguna disposición legal que determine la extinción de la condición resolutoria pactada ni, al contrario de lo que afirma el recurrente, tampoco resulta del mismo título que se haya establecido un plazo de caducidad de la condición resolutoria. Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar en este supuesto el párrafo quinto del reiterado artículo 82 de la Ley Hipotecaria para llevar a cabo la cancelación de la condición resolutoria, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que establece que debe distinguirse entre la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación (ambos supuestos regulados en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria) y la cancelación de asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, que es un plazo de caducidad (opción, retroventa, retracto convencional, es decir, derechos de modificación jurídica), regulado en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario. En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del Reglamento Hipotecario, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado. En la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su regla octava, párrafo segundo, se establece que «las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

Resolución de 10-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TERCER POSEEDOR.

El tercer adquirente debe ser demandado y requerido de pago en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que éste conoce el contenido de la titularidad publicada.

En el presente caso se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quien, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento.

La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en «Vistos»), que, en aplicación del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». De la dicción de este precepto legal y de los arts. 8685 y 686 LEC resulta que es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado aquéllos que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, quienes, en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), y por aparecer protegidos por el Registro, han de ser emplazados de forma legal en el procedimiento.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional el tercer adquirente debe ser demandado y requerido de pago en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que éste conoce el contenido de la titularidad publicada. Máxime si, como ocurre en el presente supuesto, el acreedor ejecutante es una entidad profesional, sociedad de garantía recíproca, al que le es exigible tener en cuenta la situación registral de la finca a la hora de la interposición del recurso.

Diferente tratamiento habría de darse al caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 10-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Es, por tanto, 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 de subsanar o completar un título, o formular una adición a la adjudicación de herencia ya otorgada, siendo esto lo solicitado en el propio escrito de recurso, escrito que puede rebatir los defectos relacionados en la calificación recurrida, pero no pedir que la Resolución que cause el expediente los subsane, sin perjuicio de que pueda este Centro Directivo sugerir la forma de subsanación.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como se ha reiterado (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto concreto, alega el recurrente y resulta, a la vista de lo expuesto, que estamos ante un error material procedente de un defecto del título, por lo que no procede plantear si la persona a cuyo cargo está el Registro debe subsanar o no el asiento.

El artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria determina que «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Es cierto que esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (cfr., entre otras, las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de

septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo, 24 de junio, 23 de agosto y 15 de octubre de 2011 y 29 de febrero de 2012) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

Resolución de 10-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de Madrid, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE UN TRASTERO.

Una sentencia, conceptualmente, es título hábil para ordenar la rectificación del Registro.

Mediante esta sentencia, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia, que, a su vez, confirmaba, entre otros, el acuerdo de segregar el trastero de referencia. En esta sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de Derecho segundo, apartado segundo, se dice lo siguiente: «El día 18 de marzo de 2019 tuvo lugar la celebración de la junta de propietarios en la que la actora y ahora apelante solicitó que se incluyeran diversos puntos en el orden del día, habiéndose incluido en la convocatoria de la junta entre otros puntos la desvinculación del trastero n.º 3 del piso (…) con una cuota de participado del 0'01 % que se detraería del piso (…), así como el uso privativo de la escalera del sótano, acuerdos que fueron aprobados en la junta de propietarios, con el voto en contra de la actora». Consecuentemente, la nota de calificación, en los términos en los que ha sido redactada, no puede ser confirmada, pues la sentencia, conceptualmente, es título hábil para ordenar la rectificación del Registro.

Resolución de 10-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: TÍTULO INSCRIBIBLE.

A los efectos de su inscripción, no puede admitirse el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de la extinción de una comunidad de bienes adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal.

Es doctrina de este Centro Directivo ha sido clara al establecer, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la

Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ciertamente, este Centro Directivo ha puesto de manifiesto que 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.

Según la referida doctrina, esta Dirección General ha entendido en casos análogos al del presente recurso que, a los efectos de su inscripción, no puede admitirse el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de la extinción de una comunidad de bienes adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal.

Resolución de 11-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Amorebieta-Etxano.

MEDIOS DE PAGO: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Es irrelevante que en ésta se detalle el medio a través del cual se ha entregado por el comprador a la gestoría, como provisión de fondos, la cantidad que no se paga al vendedor, sino que se retiene —como es habitual— para al pago que, de los gastos de cancelación de las hipotecas referidas, se debe realizar con posterioridad al otorgamiento de la escritura.

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el

Real Decreto 1/2010, determina que «(…) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria».

De cuanto antecede resulta que, según la normativa vigente, respecto de la identificación de los medios de pago empleados, el registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

Por todo ello, y atendiendo a la literalidad así como a la finalidad de las normas referidas, para inscribir la escritura calificada es irrelevante que en ésta se detalle el medio a través del cual se ha entregado por el comprador a la referida gestoría, como provisión de fondos, la cantidad que no se paga al vendedor sino que se retiene —como es habitual— para al pago que, de los gastos de cancelación de las hipotecas referidas, se debe realizar con posterioridad al otorgamiento de la escritura.

Resolución de 11-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3.

ARRENDAMIENTO: LÍMITE TEMPORAL

La prórroga convencional es válida siempre y cuando haya sido acordada por las partes libremente y conste de manera clara, inequívoca y coherente en el contrato. Esta prórroga convencional no puede ser potencialmente perpetua y necesita un límite temporal máximo.

Ciertamente aunque no se alega nada relativo a este, conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (artículo 38.1.º de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta de la otorgante, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda

a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. artículo 208). En consecuencia, este defecto ha de ser confirmado.

El segundo de los defectos señala que sin perjuicio de su validez o no entre las partes, el arrendamiento por tiempo indefinido no es inscribible por conculcar el principio de especialidad. Efectivamente, la fijación de un plazo al contrato de arrendamiento se impone en el artículo 1543 del Código Civil —«por tiempo determinado»—. Este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 30 de octubre de 2015) que la fijación por las partes de un plazo indefinido desnaturalizaría el arrendamiento, es decir, que el plazo de duración del contrato, incluso su conversión en indefinido, no puede quedar al arbitrio del arrendatario, sino que cualquiera de las dos partes puede reclamar su terminación, oponiéndose a cualquiera de las prórrogas. Conforme dicta el Alto Tribunal, aunque el arrendamiento tenga una duración típicamente limitada y aunque la prórroga ilimitada puede parecer contraria a la prohibición de arbitrariedad (artículo 1256 del Código Civil), el problema no es la prórroga, sino que ésta carezca de límite y su duración sea potencialmente ilimitada. Señala el Tribunal Supremo que la prórroga convencional que figura en el contrato sin ningún límite temporal es válida, pero su prolongación indefinida es inaceptable; no obstante, la consecuencia no debe ser la extinción del contrato, sino que los tribunales pueden y deben imponerle un límite temporal. La solución no está en impedir la prórroga sino en integrar el límite temporal que le falta. Recapitulando, tras años de jurisprudencia en diverso sentido, las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009, 17 de noviembre de 2011 y 12 de marzo y 8 de junio de 2015 proporcionan respuesta a la mayoría de las cuestiones planteadas. Según ellas, se puede afirmar que la prórroga convencional es válida siempre y cuando haya sido acordada por las partes libremente y conste de manera clara, inequívoca y coherente en el contrato. Esta prórroga convencional no puede ser potencialmente perpetua y necesita un límite temporal máximo. Si las partes no han fijado uno, el juez puede y debe hacerlo. En consecuencia, dado que una prórroga ilimitada conculcaría la seguridad jurídica que a los terceros debe ofrecer el Registro de la Propiedad, no es inscribible un arrendamiento pactado en esos términos.

En el contrato no está señalado el límite temporal del mismo, y siendo que necesariamente en caso de controversia debe ser señalado por los tribunales de Justicia, es contrario, en virtud del principio de especialidad registral que exige determinación del contenido del derecho inscrito, a la seguridad jurídica que frente a terceros debe ofrecer el Registro, por lo que debe confirmarse el defecto señalado.

Resolución de 11-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso no puede enjuiciar asientos registrales ya practicados al encontrarse los mismos bajo la salvaguardia judicial.

El recurso no puede enjuiciar asientos registrales ya practicados al encontrarse los mismos bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar la legalidad en la práctica de dichos asientos ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan. En consecuencia, no puede ser estimada la pretensión contenida en el escrito de recurso relativa a la inadecuada inscripción de la adjudicación reseñada sin requerir una previa segregación de la vivienda.

Resolución de 11-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Felanitx, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo dudas fundadas acreditadas en el expediente, no cabe inscribir la representación gráfica de la finca.

Respecto al procedimiento y conjunto de trámites a través del cual haya de producirse tal calificación registral y en su caso la eventual inscripción de la preceptiva representación georreferenciada, en los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 de la Ley Hipotecaria supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10 % o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. artículo 9, letra b), párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento o del previsto en el artículo 201 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». 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 efec-

tuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La resolución de este expediente se debe limitar a los documentos que motivaron el asiento de presentación y al contenido de la oposición formulada y, en este sentido, la nota de calificación contiene una motivación suficiente de los obstáculos que, según el prudente arbitrio del registrador, impiden la inscripción de la representación gráfica de la finca objeto de agrupación.

Resolución de 11-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Jijona.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo dudas fundadas acreditadas en el expediente de invasión o solape sobre otra base gráfica ya inscrita, no cabe inscribir la representación gráfica de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o 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.

Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

En el concreto caso de este expediente, de la aplicación informática para el tratamiento registral de bases gráficas resulta un solape entre la representación gráfica propuesta para la registral 3.509 con la base gráfica catastral inscrita de la registral 8.006. Efectivamente, tal como resulta de la nota de calificación, no será posible la inscripción de la representación gráfica propuesta para la registral 3.509 sin antes corregir el solape que resulta de la misma con la representación gráfica catastral inscrita de la finca 8.006, pues de admitirse, la misma porción de territorio (en este caso de 19,39 metros cuadrados) figuraría en el historial registral de ambas fincas y sus respectivas representaciones gráficas comprenderían la indicada porción, extremo conceptualmente no admisible y que proscribe la Ley Hipotecaria en sus artículos 9, 199 y 201.

Resolución de 12-12-2024
BOE 8-2-2025
Registro de la Propiedad de Ocaña.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No cabe practicar asiento de presentación de un documento privado de venta con firmas legitimadas.

Con la Ley 11/2023, de 8 de mayo, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado tercero introduce un recurso especial, «exprés», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de éste, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo.

Esta misma motivación ha reducido, como resulta del artículo transcrito, los plazos de calificación, que debe ser prácticamente inmediata, y su notificación. Además, debe recordarse que la negativa a la presentación de un documento es una nota de calificación y como tal debe estar redactada con la claridad y motivación suficiente y especificar los recursos que caben contra la misma. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

Las legitimaciones son testimonios notariales en los que el notario acredita que la firma en un documento pertenece a una persona en concreto, sin responsabilizarse del contenido del documento cuyas firmas ha legitimado, como sí sucede en los instrumentos públicos, y por el mero hecho de que unas firmas se encuentren legitimadas no significa que el documento se haya elevado a escritura pública.

Por ello procede confirmar la negativa del registrador de la Propiedad a practicar el asiento de presentación de una instancia en la que solicita la inscripción de un documento privado de compraventa con firma legitimada notarialmente.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

HIPOTECA: REQUISITOS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS CONFORME A LA LEY 2/2009.

No puede entenderse aplicable la Ley 2/2009 si no se acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en su art. 1.

Sobre la extensión de la Ley 2/2009 a las operaciones de cesión de créditos hipotecarios ya se ha pronunciado este Centro Directivo con anterioridad, en el sentido de considerarla aplicable; estimando que si bien dicha ley, prima facie, sólo se aplicaría a las operaciones de concesión de préstamos o créditos, su extensión a las cesiones se justifica no solo con la intención de proteger al prestatario a la hora de configurar la operación de financiación en sí (intentando advertir abusos o imposiciones en el clausulado del contrato), sino también porque en la operación de posterior cesión del contrato no deben decaer todas esas salvaguardias en favor del prestatario, que resultarían igualmente aplicables (cfr. Resolución de este Centro Directivo 7 de julio de 2016).

Sentado lo anterior, es necesario poner de manifiesto que, para que la citada Ley 2/2009, de 31 de marzo, sea aplicable, se requieren los prepuestos del artículo 1 de la misma; es decir, que se contrate con consumidores y que quien lo haga (ya sea persona física o jurídica) actúe de manera profesional realizando las actividades que el mismo artículo cita. Del expediente no resulta ningún dato que permita considerar consumidores al deudor, al hipotecante ni a las partes otorgantes de la cesión. Tampoco, como veremos, ningún otro suficiente para enervar la declaración contenida en la cláusula décima de la escritura negativamente calificada.

El criterio de habitualidad ha sido en parte objeto de concreción en Resolución de este Centro Directivo donde se ha venido a establecer un criterio más o menos pacífico al entender que «la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida ley que establece que "corresponde a las empresas [acreedores] la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley", lleva a considerar que la inscripción de al menos dos hipotecas, constituye suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales, bien una prueba satisfactoria de su no necesidad». Alega la registradora como, indicios para apreciar la habitualidad: la cuantía de la operación (95.000 euros); el objeto social de la cesionaria («la promoción inmobiliaria») y el hecho de que el crédito que ha sido parcialmente cedido afecta a 40 fincas registrales, indicios que son luego rebatidos por la parte cesionaria en el escrito de recurso. Ahora bien, una negativa derivada de calificación requiere algo más que indicios o sospechas, pues las mismas no dejar de ubicarse en el campo de la subjetividad.

El recurrente manifiesta que el dato de no dedicarse profesionalmente a la actividad de concesión de préstamos o créditos, puede ser desvirtuada por el propio registrador mediante una consulta a la base de datos de titularidades de hipoteca, que acredita de forma objetiva e indubitada acredita o complementa la documentación presentada. Y como es bien sabido, este Centro Directivo también se ha

mostrado partidario de que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente. Para apoyar la postura mantenida por la registradora en su nota, ésta podría haber realizado la consulta para desvirtuar la aseveración realizada por el cesionario en la escritura (otorgan décimo), por lo que no es suficiente la alegación de meros indicios o sospechas para incardinar la cesión realizada en las prescripciones imperativas de la tantas veces citada Ley 2/2009, negando así su inscripción.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

CONCURSO DE ACREEDORES: INTERVENCIÓN DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL: CASOS DE DESPACHO PARCIAL.

Declarado el concurso de acreedores, debe siempre exigirse la comparecencia del administrador concursal. Solo es admitido que el registrador de la Propiedad practique de oficio una inscripción parcial, es decir, no mediando solicitud expresa de las partes, cuando el defecto de que se trate afecte solo a alguna de las fincas o derechos independientes.

Son reiterados los pronunciamientos de este Centro Directivo, como por ejemplo la Resolución de 22 de noviembre de 2021, según la cual: «(…) es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Así las cosas y como básico punto de partida, ha de recordarse que, declarado el concurso de acreedores, debe siempre exigirse la comparecencia del administrador concursal; toda vez que los actos del concursado realizados sin su conformidad (caso de intervención), o del propio administrador concursal (caso de suspensión), no pueden acceder al Registro de la Propiedad, salvo que sean confirmados o convalidados expresamente por ese órgano auxiliar del juez, o se acredite, sea la caducidad de la acción de anulación, sea la desestimación por sentencia firme de la acción ejercitada.

Quedaría por plantear, siquiera teóricamente, una última cuestión, cual es que de los dos vendedores (casados en separación de bienes y dueños por mitad de la finca objeto de la escritura), solo uno de ellos está declarado en concurso. Y si bien es cierto que, al final de la escritura calificada, consta que «la parte interesada solicita del Registrador correspondiente que proceda a la calificación global y unitaria, y en su caso, a la inscripción —incluso parcial, que consiente anticipadamente a los efectos del artículo 19.bis y concordantes de la Ley Hipotecaria»; no lo es menos que en la estipulación primera de la escritura la adquirente deja clara su

voluntad de adquirir la totalidad de la finca («(…) compra y adquiere, con carácter privativo, como cuerpo cierto, la totalidad de la finca descrita en la exposición de esta escritura (…)»); no una participación indivisa, por lo que lo dispuesto en la estipulación primera colisionaría con lo establecido en la estipulación sexta de la escritura, debiendo sin duda darse prevalencia a la primera. A lo cual habría que añadir que en el texto y redactado de la escritura no se aprecian dos estipulaciones separadas de transmisión, de las que pudiera concluirse e interpretar que la compradora estaría dispuesta a adquirir sólo una porción indivisa del inmueble. Y solo es admitido que el registrador de la Propiedad practique de oficio una inscripción parcial, es decir, no mediando solicitud expresa de las partes, cuando el defecto de que se trate afecte solo a alguna de las fincas o derechos independientes objeto del negocio jurídico escriturado, o cuando la escritura pública comprenda diferentes negocios jurídicos.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de Huelva, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No procede la práctica de un asiento de presentación de una instancia cuyo objeto es oponerse a la inscripción de determinada finca.

Con la Ley 11/2023, de 8 de mayo, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 3. introduce un recurso especial, «exprés», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de éste, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo. No contiene el citado artículo regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso exprés, pero es indudable que la aplicación de los articulo 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida con la introducción de este nuevo recurso que no es otra que procurar que la prioridad registral. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

En el supuesto del presente expediente, en la instancia que tiene entrada en el Registro de la Propiedad el recurrente se opone «a cualquier nueva inmatriculación de mi finca de Cartaya N.º 4112 de la que soy titular, registral y una nueva inmatriculación registral sería una triple inmatriculación de mi finca sin mi participación, ni consentimiento». De lo expuesto en el anterior fundamento de Derecho debe considerarse correcta la actuación de la registradora de no presentar la indicada instancia, por cuanto el documento presentado no es título inscribible

en el sentido y significado de los artículos 2, en su sentido de título material, ni 3, en el sentido del título formal, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 35.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS EN CASO DE SER SOLICITADA POR UN INVESTIGADOR PRIVADO.

Los investigadores privados entran dentro de los profesionales a los que la ley presupone que su interés legítimo está suficientemente. Esto no supone que pueda incluirse cualquier dato personal, sino que el registrador deberá cumplir con la normativa de protección de datos

En primer lugar, conviene recordar que el objeto de este recurso es exclusivamente la calificación negativa del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta otros documentos o circunstancias diferentes de los que fueron presentados o manifestados en tiempo y forma. Por ello, en el presente recurso no puede tenerse en cuanta la circunstancia de que el recurrente sea investigador privado ya que no lo manifestó al tiempo de la solicitud y tampoco se acredita al tiempo del recurso, de modo que, a la vista del mismo, el registrador hubiera podido entender suficientemente acreditado dicho interés legítimo.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final. Por tanto, los investigadores privados entran dentro de los profesionales a los que la ley presupone que su interés legítimo está suficientemente acreditado siempre que justifiquen su encargo y que la finalidad para la que solicitan la información sea conforme a la normativa registral.

La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos.

En el presente caso, no resulta ni suficientemente acreditado el interés legítimo del solicitante, ni tampoco la finalidad, al tiempo de la solicitud, por lo que no procede emitir la certificación en los términos solicitados. En el caso de que estos dos aspectos sean suficientemente acreditados ante el registrador, esto no supone que pueda incluirse cualquier dato personal, sino que el registrador deberá cumplir con la normativa de protección de datos que resulta de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que sí resulta totalmente aplicable a los recogidos en el Registro.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Ocaña.

DIVISIONES Y SEGREGACIONES: REQUISITOS URBANÍSTICOS.

Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal, la oportuna licencia o declaración de innecesariedad.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General en materia de obra nueva, para un supuesto similar al que nos ocupa, que lo relevante para rectificar la superficie construida o la descripción de una edificación no son los términos (más o menos precisos) en los que se solicita tal rectificación, sino si efectivamente de la documentación presentada resulta que se reúnen los requisitos propios para la modificación de una obra nueva.

Siguiendo esta línea, lo mismo resulta aplicable cuando se trata de una división material, como la que se hace en este caso al describirse en el inventario de los bienes de la causante como dos entidades independientes las dos partes de una casa que está inscrita en el Registro como una sola finca registral. Es doctrina reiterada de esta Dirección General, que para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal, la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones por antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación.

Resolución de 16-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Sant Mateu.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CONSIGNACIÓN A FAVOR DE LOS ARRENDATARIOS INSCRITOS DESPUÉS DE LA HIPOTECA.

Respecto del arrendamiento, no procede la consignación de ningún importe a favor del arrendatario, pues éste no es acreedor.

Respecto de la calificación registral de los testimonios de adjudicación hipotecaria y mandamiento de cancelación de cargas, el artículo 132 de la Ley Hipotecaria señala en su número tercero que «la calificación del registrador se extenderá (…) 3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria». Esta calificación registral no entra a valorar cómo se ha realizado la imputación de los pagos, cuestión que corresponde resolver al juez dentro del procedimiento de ejecución, atendidas las peticiones de las partes.

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. A la hora de determinar el importe del precio del remate que ha de entregarse al acreedor ejecutante hay que tener en cuenta el límite de la respectiva cobertura hipotecaria. 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.

Como consta en el primer fundamento de Derecho, en el historial registral de la finca adjudicada constan dos asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta; uno de los asientos es un crédito hipotecario a favor de la misma entidad acreedora ejecutante y adjudicataria; el otro asiento es un arrendamiento. Respecto del asiento posterior relativo al crédito hipotecario, ningún problema se plantea, no siendo necesaria consignación de cantidad alguna, ya que se trata del mismo acreedor. Respecto del segundo asiento posterior, el arrendamiento, tampoco procede la consignación de ningún importe a favor del arrendatario, pues éste no es acreedor. El artículo 132 de la Ley Hipotecaria expresamente determina que «a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes: (…) 4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores».

Resolución de 17-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Manzanares.

HERENCIA: FACULTAD DE PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA.

Habiendo transcurrido el plazo para ejercitar la facultad de pagar en metálico la legítima, deben concurrir todos los coherederos a la partición, que discurrirá por los cauces ordinarios.

No se cuestiona en la calificación que esta partición esté sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino que se exige que se cumplan los requisitos establecidos por esos preceptos para la efectividad del ejercicio de esta facultad. Teniendo en cuenta que la apertura de la sucesión, por muchas alegaciones que se hagan por el recurrente, se produce el día 6 de septiembre de 2016 —fecha de fallecimiento de la testadora—, esto es, posterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, resulta plenamente aplicable la normativa vigente en cuanto a la facultad de pago de legítima en metálico. Conforme lo previsto por el 844 del Código Civil, la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y el pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. El último inciso del precepto citado no deja lugar a dudas sobre los efectos del incumplimiento: «Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o por el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición».

Ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 3 de abril de 2014, 13 de julio de 2015, 28 de junio de 2019 y, por todas, las de 30 de junio de 2022 y 28 de mayo de 2024) que, en el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurran la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario. En el supuesto de este expediente, en virtud de la «interpellatio in iure» del artículo 1005 del Código Civil, se pretende la partición y adjudicación de la herencia y, además, el pago de la legítima en metálico con la sola aceptación tácita. Pero la aceptación, la partición con adjudicación y el pago de la legítima en metálico, son negocios jurídicos distintos, integrados en el proceso sucesorio, exigiendo distintos requisitos.

Alega el notario recurrente que solo a él corresponde determinar si se aprueba la partición ya que es su responsabilidad el procedimiento. Y es cierto que en el caso del procedimiento del artículo 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha requerirá aprobación por el letrado de Administración de Justicia o notario, pero esto está referido al caso de que se haya ejercitado la facultad de pago de la legítima en metálico en plazo, lo que no ha ocurrido en el caso de este expediente. Por tanto, en el presente supuesto, no es que la falta del consentimiento expreso de los interesados sea cubierta por la aprobación del notario, sino que, ejerciendo la facultad fuera de plazo, no cabe la aprobación salvo que presten su consentimiento expreso todos los herederos y legitimarios.

Resolución de 17-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de San Javier, número 1.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

No procede la cancelación de una hipoteca si no se cumplen los requisitos y plazos establecidos en el art. 82, 5.º de la LH.

En el presente caso, como ha señalado recientemente este Centro Directivo (vid. Resolución de 4 de octubre de 2021), de su reiterada doctrina en materia de cancelación de hipotecas resulta la necesidad de diferenciar dos supuestos distintos. Por un lado, está la cancelación por caducidad convencional pactada por las partes. No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción.

Y, por otro lado, está la llamada caducidad legal, que se basa en el transcurso de los plazos determinados por la Ley y que tiene lugar si no se ha pactado esa caducidad convencional. A ello se refieren dos preceptos de la Ley Hipotecaria: a) el artículo 82, párrafo quinto; el artículo 210.1, regla octava, párrafo segundo, introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio. El artículo 82, párrafo quinto, tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable, con lo que puede ocurrir que tales plazos varíen de unas legislaciones civiles a otras, o incluso resulten modificados dentro de la misma legislación civil. En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos. Así, sin pretender ser exhaustivos el artículo 82, párrafo quinto, se aplicará a las hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado cuando el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiere estipulado al tiempo de su constitución, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca. Por el contrario, el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria se aplicará a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada

o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

En el presente supuesto es evidente que no se han cumplidos dichos requisitos, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Resolución de 17-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

La calificación de los trámites esenciales del procedimiento administrativo cuando de documentos de esta clase se trata, no permite al registrador, en consideración a las alegaciones del interesado en el propio expediente administrativo.

En cuanto a la falta de nota marginal, tiene razón la registradora que la obligación de los registradores de relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos se circunscribe a trámites del procedimiento administrativo, por lo que no se extiende al procedimiento registral, tal como se dijo en Resolución de 5 de julio de 2017 de esta Dirección General. No pudo por tanto practicarse la nota marginal de inicio de expediente de caducidad de la concesión administrativa, que hubiera facilitado el conocimiento de aquél por terceros adquirentes de los gravámenes inscritos, al no haber tenido la registradora conocimiento de las notificaciones de la apertura del expediente de caducidad.

La calificación de los trámites esenciales del procedimiento administrativo cuando de documentos de esta clase se trata, no permite al registrador, en consideración a las alegaciones del interesado en el propio expediente administrativo, tener por incumplido un trámite, el de audiencia que la propia administración actuante afirma haber observado plenamente y cuyo cumplimiento aparece como uno de los presupuestos del propio acto administrativo dictado. Así se desprende de la consideración de que la valoración de la corrección y suficiencia de uno de los actos de trámite del procedimiento, cuando es puesto en entredicho por el interesado en el trámite de alegaciones, es competencia de la propia administración actuante al dictar la resolución que le ponga fin gozando su decisión de la presunción de validez.

En cuanto a la necesidad de consignación de la indemnización por caducidad de la concesión, el artículo 175 del Reglamento Hipotecario establece en su regla tercera que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario». Del propio precepto resulta que la indemnización que hay que consignar no tiene lugar siempre y en todo lugar, sino cuando es procedente, tras el procedimiento administrativo de

liquidación correspondiente. Cómo resulta de la documentación administrativa presentada, esta liquidación se ha realizado, en procedimiento seguido con la concesionaria, si bien al existir deudas compensables, no existe cantidad alguna a compensar.

Resolución de 17-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIFERENCIACIÓN DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

El hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada radica en que, en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes.

De forma sucinta —pues no es objeto del presente expediente—, debe afirmarse que el hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada radica en 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. Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común y a las que se atribuye dicho adjetivo tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

De este modo, la calificación realizada por los propios constituyentes del régimen de división horizontal de la finca matriz y los elementos independientes que integran el «Conjunto Residencial», «en régimen de propiedad horizontal», unido a la remisión explícita que en el título constitutivo y en los estatutos se hace a la Ley sobre propiedad horizontal, lleva a concluir que se trata de una propiedad horizontal tumbada, lo que conlleva el mantenimiento de la unidad jurídica y funcional de la finca, permaneciendo el suelo y el vuelo como elementos comunes. Como tuvo ocasión de declarar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia 644/2013, de 18 de octubre, «el subsuelo y el vuelo de un edificio o unos edificios en propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario privado (artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal) es elemento común; está fuera de la propiedad privativa de cada copropietario, está fuera del edificio, tal como recoge el artículo 396 el Código civil y está sometido al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. El propietario adquiere lo que se halla en su título de adquisición —escritura pública— que comprende la vivienda y el jardín, no el subsuelo y el vuelo. El texto del artículo 2 de los Estatutos de la urbanización dice: Artículo 2.º Son elementos privativos las viviendas tipo unifamiliar con inclusión de su jardín expresado en

la descripción de cada una. Lo cual es correcto en cuanto al suelo es el piso o terreno en el que se asienta la casa o el jardín, pero no dice que también lo sea el subsuelo y el vuelo. Así, el excavar en el jardín o elevar un muro, como elemento común que es modificado —subsuelo y vuelo— precisa de la autorización de la Junta de propietarios de la Comunidad, en aplicación del artículo 17, norma 1.ª, por remisión del artículo 12 y a sensu contrario, del artículo 7.1, todos de la Ley de Propiedad Horizontal».

Resolución de 17-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS Y CANCELACIÓN.

No cabe que por mera instancia privada se practique la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer, anterior a la adjudicación en favor del titular registral, por el mero hecho de la inscripción de ésta.

Los argumentos del recurrente podrán tener sentido eventualmente y ser invocados en el procedimiento administrativo ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el que se adoptó la prohibición de disponer cuya cancelación se solicita. Registralmente, sin embargo, el principio de titulación auténtica (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) exigen que la cancelación se ordene en virtud de resolución administrativa firme adoptada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria como titular de la anotación preventiva (al margen de otros supuestos de caducidad legal o cancelación por purga o ejecución de cargas anteriores que no concurren en este caso).

También 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.

El caso objeto de este recurso fue ya tratado en la Resolución de 28 de octubre de 2015, cuando se presentó el mandamiento de anotación del embargo que ha motivado la ejecución y adjudicación que ahora pretende inscribirse. Como ya entonces se dijo, debe analizarse de una manera más detallada cuál es la eficacia y alcance que se concede a la prohibición de disponer establecida en el artículo 170 de la Ley General Tributaria. Esta medida comprende una limitación del poder de disposición de los bienes de una sociedad en el caso de embargo al titular de las acciones o participaciones de la misma que ostente una situación de control efectivo en ella. Esa especial configuración de la anotación de prohibición de disponer, que establece un cauce indirecto de aplicación del principio de tracto sucesivo y legitimación registral y que facilita la actuación de los órganos administrativos de recaudación, permite interpretar de manera más amplia el propio principio establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pero ello no le concede una

mayor eficacia a la propia medida adoptada en relación a los bienes que no pertenecen directamente al obligado tributario. Es por ello que ha de permitirse la inscripción o anotación de actos de naturaleza dispositiva sobre los bienes sujetos a una prohibición de disponer o de enajenar cuando aquellos vengan ordenados en cumplimiento de la responsabilidad patrimonial del titular de los bienes.

Ahora bien, esto no significa que la anotación preventiva de prohibición de disponer administrativa quede sin virtualidad, ya que el adquirente queda sujeto a la limitación dispositiva, que goza de prioridad (vid. artículo 17 de la Ley Hipotecaria), mientras no se levante expresamente por resolución administrativa o incurra en caducidad. Cuestión distinta de lo hasta ahora analizado (adjudicación derivada de una anotación de embargo posterior a una anotación de prohibición de disponer, en la que cabe inscribir la adjudicación, si bien quedando el adquirente sujeto a la prohibición de disponer anterior, que queda incólume ex artículo 17 de la Ley Hipotecaria), es que la prohibición de disponer judicial o administrativa, de orden público, se haya practicado con posterioridad al gravamen que se ejecuta, ya que en tal caso el cierre registral a la inscripción de la ejecución posterior a la medida cautelar de prohibición será total, sin que sea de aplicación el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, tal como se estableció en la Resolución de 3 de octubre de 2024. En estos casos será el juez de lo Penal o la autoridad administrativa que acordó la medida cautelar de prohibición de disponer quien debe autorizar o no la inscripción del testimonio de adjudicación y los términos en que debe hacerse (con subsistencia o no de la medida cautelar).

En conclusión, no cabe que por mera instancia privada se practique la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer, anterior a la adjudicación en favor del titular registral, por el mero hecho de la inscripción de ésta.

Resolución de 20-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 1.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

La calificación y en su caso inscripción de la titulación presentada en primer lugar, no puede ni debe tener en cuenta ni ser obstaculizada por la presentación posterior de un título de dominio contradictorio.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013, 31 de enero de 2014 y 11 de junio de 2024), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos.

El conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo.

En el presente caso sentencia presentada en último lugar no declara la nulidad de las escrituras públicas de donación y herencia presentadas previamente, ni se dicta en procedimiento en el que sus otorgantes hayan sido parte procesal. En consecuencia, en aplicación de la legislación vigente, en particular del principio de prioridad registral (artículo 17 de la Ley Hipotecaria) y de la doctrina de este Centro Directivo reseñada más arriba, procede aplicar estrictamente el principio de prioridad registral, conforme al cual, la calificación y en su caso inscripción de la titulación presentada en primer lugar, no puede ni debe tener en cuenta ni ser obstaculizada por la presentación posterior de un título de dominio contradictorio.

Resolución de 26-12-2024
BOE 7-2-2025
Registro de la Propiedad de Lora del Río.

TÍTULO INSCRIBIBILE: TRASCENDENCIA REAL.

No existe ningún acto de trascendencia jurídico-real ni ningún derecho de trascendencia real que reconozca la sentencia y que pueda tener acceso al Registro.

Tal y como resulta de los preceptos hipotecarios citados en los vistos, el Registro de la Propiedad tiene por objeto —salvo excepciones expresamente contempladas en la Ley— la inscripción de los actos y contratos de trascendencia jurídico-real inmobiliaria; el mismo criterio se sigue respecto de las acciones ejercitadas, de manera que sólo las que tengan carácter o eficacia real pueden ser reflejadas, como norma general, en los asientos del Registro. Por el contrario, la sentencia cuya inscripción se pretende carece de toda trascendencia real, ya que en la misma se rechaza expresamente la pretensión del demandante. No existe ningún acto de trascendencia jurídico-real ni ningún derecho de trascendencia real que reconozca la sentencia y que pueda tener acceso al Registro.

A pesar de que al recurso se acompaña testimonio de la sentencia de instancia que ha sido objeto de recurso de apelación, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, que señala que «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Resolución de 27-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

HIPOTECA: DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES.

Se analiza el régimen de fijación del domicilio para notificaciones teniendo en cuenta las últimas reformas sobre notificaciones electrónicas.

Así como la reforma del sistema de notificaciones en la ejecución hipotecaria llevada a cabo por la Ley 19/2015 fue amplia, abarcando varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la misma que debían ser adaptados; la reciente reforma del Real Decreto-ley 6/2023 se ha limitado a introducir un nuevo párrafo en el repetido artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin excluir a las personas jurídicas del sistema de modificación del domicilio físico señalado en el inscripción de hipoteca (artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ni del sistema de comunicación por edictos (artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, lo que es más importante, manteniendo la regulación de la forma en que debe hacerse eficazmente la notificación en el domicilio físico señalado en el Registro en el caso de que el destinatario sea una persona jurídica (artículo 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No puede defenderse coherentemente que esa falta de adaptación legal de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil haya sido un olvido del legislador.

Consecuencia de esa normativa y doctrina es que el requerimiento de pago y las notificaciones deben realizarse en el domicilio fijado en la escritura de constitución de la hipoteca o en el que resulte vigente en el Registro, en caso de haberse aquel modificado o de haberse vendido la finca gravada con subrogación en el préstamo por parte del adquirente (artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, dio nueva redacción al artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción que entró en vigor el día 15 de octubre de 2015), señalando: «Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164». Tratándose del requerimiento judicial, si la notificación se realiza fuera del domicilio señalado en el Registro, que en principio debe reflejar el consignado en la escritura de préstamo hipotecario, procede, como se ha dicho, que por la oficina judicial se realicen las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, habilitándose en último extremo la notificación por edictos.

No obstante, a este respecto debe recordarse que el objetivo fundamental de la normativa procesal sobre notificaciones, requerimientos y comunicaciones es que se procure que el ejecutado o la persona que proceda sea llamado personalmente al procedimiento. Por ello, este Centro Directivo ha admitido, tanto en el procedimiento de ejecución directa (vid. Resolución de 9 de julio de 2015), como en el de venta extrajudicial (vid. Resolución de 13 de octubre de 2016), que el re-

querimiento se verifique en un domicilio distinto del recogido en la inscripción de hipoteca, ante la imposibilidad de realizarlo en éste, siempre que en estos casos la notificación sea personal al ejecutado o persona que proceda.

En el supuesto de la ejecución hipotecaria directa se establece un régimen especial en los artículos 682, 683, 686 y 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puede conjugar con la regulación general de la siguiente forma: Tratándose de personas físicas deberá fijarse en la escritura de préstamo hipotecario un domicilio físico para notificaciones y requerimientos y, opcionalmente, también un correo electrónico. En este último caso, la comunicación electrónica deberá realizarse de forma acumulativa con la personal y no de forma alternativa, en los términos que resultan, con carácter general, del artículo 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratándose de personas jurídicas la fijación de un correo electrónico es obligatoria, como se desprende del artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer, tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre que «los actos de comunicación se practicarán siempre por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por dichos medios».

Resolución de 30-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Pineda de Mar.

HIPOTECA: EMPLEADO DE LA ENTIDAD PRESTAMISTA.

Es determinante para aplicar la excepción de aplicación de la Ley 5/2019 a los préstamos a empleados el hecho de que se valore la TAE del préstamo con la normal del mercado.

En orden a la obtención de pruebas acerca de la habitualidad en la concesión de préstamos por parte de un acreedor determinado, el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral; como ha ocurrido en este caso, el «Servicio de Interconexión entre los Registros» en relación con la habitualidad de los prestamistas que no tengan el carácter de entidades financieras (Resoluciones de 4 de febrero, 13 y 28 de julio, 7 de septiembre y 5 de octubre de 2015 y 10 de marzo, 20 de junio, 7, 11 y 22 de julio y 10 de octubre de 2016 y 14 de marzo de 2013), resultante en este caso que el prestamista es titular registral de ocho hipotecas. La doctrina de este Centro Directivo acerca del concepto de prestamista habitual, en ningún momento ha ligado tal carácter a la consideración del objeto social que pueda tener la sociedad acreedora o a la antigüedad de los préstamos, ni tampoco a la calificación que puedan tener los préstamos anteriormente concedidos, ni de si lo han sido a personas que ostentan o no el carácter de consumidoras.

Respecto de la existencia de la relación laboral del prestatario para con el prestamista como causa de exclusión de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, recogida en el artículo 2.4 de la misma, este Centro Directivo ha tenido oportunidad de analizar qué debe entenderse por préstamos concedidos por un empleador a sus empleados a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezcan al público en general (cfr. la Resolución de 20 de diciembre de 2019 y la Instrucción también de 20 de diciembre de 2019), doctrina que debe ahora reiterarse. Se debe interpretar que cuando la norma exige que el préstamo sea concedido a título accesorio se refiere a que ese tipo de préstamos sea, para la entidad concedente del préstamo, accesorio respecto de su actividad principal, en el sentido de que si ésta consiste en la concesión de préstamos en condiciones adecuadas para mediante ellos obtener unos beneficios aceptables que cumplan con el ánimo de lucro que constituye la finalidad de las sociedades mercantiles, la concesión a los trabajadores de estos préstamos no tiene para la entidad esa finalidad lucrativa que le es propia, sino otra distinta, como puede ser el cumplimiento de una política social. La accesoriedad puede igualmente predicarse del prestatario, en el sentido de que la obtención de este préstamo se debe concretamente a su condición de empleado de la entidad. Y, por último, la accesoriedad puede predicarse del préstamo en sí, en el sentido de que constituye una prestación o retribución para el trabajador, accesoria de la principal retribución que recibe. Son las características objetivas del préstamo las que determinan la aplicabilidad de esta excepción. Y esas características se desprenden de sus condiciones materiales. Así, el hecho de que el préstamo se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política laboral de la empresa, debe ser suficiente —aunque no necesario— para acreditar su condición de préstamo exceptuado.

Como ha quedado expuesto anteriormente, el préstamo formalizado en la escritura calificada se concede por una persona jurídica, que interviene con cierta habitualidad en el mercado financiero, a una persona física, que tiene la condición de consumidora, y que se garantiza con hipoteca sobre una vivienda, por lo que se trata del supuesto objetivo del artículo 2.1.a) de la Ley 5/2019, si bien ésta no se aplicaría si se acreditara que se trata de un préstamo concedido por un empleador a su empleado, a título accesorio, cuya Tasa Anual Equivalente es inferior a la del mercado, y que no se ofrece al público en general. En el supuesto objeto de este recurso, como se ha expuesto en los hechos, la escritura de préstamo hipotecario no contiene la fijación de la «Tasa Anual Equivalente» de la operación lo que, al no permitir su comparación con el préstamo al que sustituye y tampoco con el normal del mercado, constituye un defecto que impide la inscripción al no poder determinarse si se cumple el requisito recogido en el artículo 2.4.a) de la Ley 5/2019, que justifica su no aplicación.

Resolución de 30-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Villarcayo.

URBANISMO: EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.

El contenido de la resolución del expediente sancionador es susceptible de reflejo registral mediante nota marginal, independientemente de si se practicó o no la anotación preventiva de incoación del procedimiento, pero debe acreditarse la intervención en dicho procedimiento de los titulares registrales de la finca

Reiteradamente esta Dirección General ha afirmado (vid., por todas, Resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013) que no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro. En consecuencia, tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o lo que es lo mismo si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento.

Los fundamentos que se acaban de exponer, en cuanto a la posición del titular registral en el procedimiento administrativo de naturaleza urbanística, son ratificados además por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que es acorde, a su vez, con pronunciamientos recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en supuestos similares al presente.

Hechas las consideraciones anteriores, procede ahora resolver las cuestiones objeto del presente expediente que, como se ha expuesto en los hechos, pueden ser reducidas a dos: — Si la nota marginal de terminación del expediente de disciplina urbanística requiere en todo caso de la previa constancia de su incoación mediante anotación preventiva. — En caso de ser procedente, si debe constar que la cotitular registral, por ser la finca ganancial, ha tenido posibilidad de intervención en el procedimiento mediante su notificación o comparecencia.

La primera cuestión es relativa a la necesidad de que conste previamente la anotación preventiva de inicio del expediente y que constituye el argumento principal de la nota de calificación objeto de este recurso (la calificación recurrida de 18 de septiembre de 2024). Dicho planteamiento resulta improcedente a juicio de este Centro Directivo si se atiende a la situación jurídica que trata de reflejar la citada nota marginal. Es cierto que el expediente sancionador presenta una naturaleza puramente personal por cuanto se dirige contra el responsable de la infracción, sea o no propietario del inmueble donde se ha cometido —cfr. artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público—, a diferencia del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística y de las medidas derivadas del mismo, que presentan una indudable naturaleza real.

En el caso concreto de este expediente, resulta incuestionable el carácter real del contenido de la resolución, en cuanto a la situación de edificación sin título habilitante y contraria a la ordenación y el deber de restauración de la legalidad urbanística acordada en el expediente sancionador, lo que puede ser reflejado mediante nota marginal a que se refiere el apartado tercero del artículo 67 de la Ley de Suelo —cfr. el artículo 74.1 del Real Decreto 1093/1997—. Por tanto, no puede compartirse el criterio del registrador y cabe sostener que el contenido de la resolución del expediente sancionador es susceptible de reflejo registral mediante nota marginal, independientemente de si se practicó o no la anotación preventiva de incoación del procedimiento.

No obstante, no debe confundirse la cuestión anterior con la exigencia de que los titulares registrales hayan tenido la posibilidad de intervención en el procedimiento en los términos legalmente previstos, lo que es independiente en todo caso de la virtualidad del principio de subrogación legal que opera cuando se trata del cumplimiento de la legalidad urbanística y de sus consecuencias patrimoniales. En consecuencia, dado que la finca consta inscrita a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial y no habiéndose notificado a uno de ellos la tramitación del expediente, como exige la propia normativa sustantiva de aplicación, procede confirmar el defecto en este punto.

Resolución de 30-12-2024
BOE 6-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

HIPOTECA: DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES.

Se analiza el régimen de fijación del domicilio para notificaciones teniendo en cuenta las últimas reformas sobre notificaciones electrónicas.

Así como la reforma del sistema de notificaciones en la ejecución hipotecaria llevada a cabo por la Ley 19/2015 fue amplia, abarcando varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la misma que debían ser adaptados; la reciente reforma del Real Decreto-ley 6/2023 se ha limitado a introducir un nuevo párrafo en el repetido artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin excluir a las personas jurídicas del sistema de modificación del domicilio físico señalado en el inscripción de hipoteca (artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ni del sistema de comunicación por edictos (artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, lo que es más importante, manteniendo la regulación de la forma en que debe hacerse eficazmente la notificación en el domicilio físico señalado en el Registro en el caso de que el destinatario sea una persona jurídica (artículo 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No puede defenderse coherentemente que esa falta de adaptación legal de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil haya sido un olvido del legislador.

Consecuencia de esa normativa y doctrina es que el requerimiento de pago y las notificaciones deben realizarse en el domicilio fijado en la escritura de constitución de la hipoteca o en el que resulte vigente en el Registro, en caso de haberse aquel modificado o de haberse vendido la finca gravada con subrogación en el préstamo por parte del adquirente (artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil). La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, dio nueva redacción al artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción que entró en vigor el día 15 de octubre de 2015), señalando: «Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164». Tratándose del requerimiento judicial, si la notificación se realiza fuera del domicilio señalado en el Registro, que en principio debe reflejar el consignado en la escritura de préstamo hipotecario, procede, como se ha dicho, que por la oficina judicial se realicen las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, habilitándose en último extremo la notificación por edictos.

No obstante, a este respecto debe recordarse que el objetivo fundamental de la normativa procesal sobre notificaciones, requerimientos y comunicaciones es que se procure que el ejecutado o la persona que proceda sea llamado personalmente al procedimiento. Por ello, este Centro Directivo ha admitido, tanto en el procedimiento de ejecución directa (vid. Resolución de 9 de julio de 2015), como en el de venta extrajudicial (vid. Resolución de 13 de octubre de 2016), que el requerimiento se verifique en un domicilio distinto del recogido en la inscripción de hipoteca, ante la imposibilidad de realizarlo en éste, siempre que en estos casos la notificación sea personal al ejecutado o persona que proceda.

En el supuesto de la ejecución hipotecaria directa se establece un régimen especial en los artículos 682, 683, 686 y 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puede conjugar con la regulación general de la siguiente forma: Tratándose de personas físicas deberá fijarse en la escritura de préstamo hipotecario un domicilio físico para notificaciones y requerimientos y, opcionalmente, también un correo electrónico. En este último caso, la comunicación electrónica deberá realizarse de forma acumulativa con la personal y no de forma alternativa, en los términos que resultan, con carácter general, del artículo 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratándose de personas jurídicas la fijación de un correo electrónico es obligatoria, como se desprende del artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer, tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre que «los actos de comunicación se practicarán siempre por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por dichos medios».

Resolución de 2-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera.

CONTRATOS EN LOS QUE INTERVIENE UNA ADMINISTRACIÓN: CANCELACIÓN DE UN DERECHO INSCRITO.

Para llevar a cabo la resolución del contrato de constitución del derecho de superficie y de cesión oneroso del mismo en su día efectuada y la consiguiente

cancelación de dicho derecho de superficie inscrito, será preciso el consentimiento expreso de los titulares registrales o en su defecto la oportuna resolución judicial.

Teniendo en cuenta que el certificado que acredita la firmeza del acuerdo de resolución no tuvo entrada en el Registro de la Propiedad ni fue tenido en cuenta por el registrador en su calificación, debe confirmarse también este segundo defecto, si bien es de fácil subsanación, mediante la aportación de la documentación mencionada al Registro.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, 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. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad el tercer defecto de su nota y ha fundado este en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Para el examen de este tercer defecto es preciso analizar en primer lugar la normativa aplicable para la resolución de esta cuestión, que dada la fecha en que se celebró el contrato es la contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como coinciden en señalar el registrador y el recurrente. Este Centro Directivo ha declarado de forma reiterada y constante que es principio básico del sistema registral español que la modificación o cancelación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Esta Dirección General ha venido considerando que, no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actuales 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro.

La naturaleza de los contratos sobre bienes patrimoniales celebrados por Administraciones Públicas fue objeto de examen en la Resolución de 11 de julio de 2014, con cita de la abundante jurisprudencia existente en la materia y, en particular, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012, cuyo objeto era un acuerdo municipal de resolución unilateral por parte de Ayuntamiento de la venta de dos fincas registrales formalizada mediante escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad. En dicha Resolución se recordó y reiteró la doctrina, en la actualidad plenamente consolidada en materia de contratos de los entes públicos, de los llamados actos separables. Según esta doctrina, en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se

rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa (vid. Resolución de 27 de marzo de 1999).

El Ayuntamiento recurrente fundamenta su pretensión en el hecho de que el contrato celebrado de constitución de un derecho de superficie y cesión onerosa del mismo ha de ser calificado como un contrato administrativo especial. Sin embargo, el apartado 3 de este mismo artículo 5 establece que «Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables». El artículo 8.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 exige para los contratos administrativos especiales que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de estos contratos se haga constar «su carácter de contratos administrativos especiales» (subapartado a) y «la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos», lo cual no consta que se haya hecho en este caso. La inscripción registral no recoge estas cláusulas y tampoco resulta de la documentación presentada que las recoja el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato. Tampoco resulta del Registro ni de la documentación presentada que el fin público perseguido se incluyese expresamente como causa del contrato en la celebración del mismo.

Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina y ha asumido este Centro Directivo en su doctrina oficial (vid. Resolución de 12 de diciembre de 2016), la singular protección que el Registro de la Propiedad otorga al titular inscrito constituye un límite importante a las facultades reivindicativas y de autotutela de la Administración que resulta obligada a impugnar judicialmente la presunción de legitimidad que deriva de la inscripción en el Registro (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, salvo en el caso particular de los deslindes de costas, artículo 13 de la Ley de Costas, y de cauces públicos, artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas), excepciones ambas que se justifican por la ostensibilidad característica del demanio natural, así como aquellos otros supuestos de autotutela expresamente admitidos por la Ley. En conclusión, en el caso de este expediente, para llevar a cabo la resolución del contrato de constitución del derecho de superficie y de cesión oneroso del mismo en su día efectuada y la consiguiente cancelación de dicho derecho de superficie inscrito, será preciso el consentimiento expreso de los titulares registrales o en su defecto la oportuna resolución judicial.

Resolución de 8-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Altea.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo dudas fundadas debidamente acreditadas sobre la identidad de la finca, debe denegarse la inscripción de la base gráfica.

Debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero 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 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 lo que se refiere a las alegaciones formuladas por el colindante, las mismas se encuentran sustentadas en un informe técnico y en un informe de validación elaborado en base al mismo. En primer lugar, debe confirmarse la legitimación del cotitular colindante para formular la oportuna oposición, al resultar acreditada su colindancia en el presente expediente. En segundo lugar, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Estando fundada documentalmente la oposición y puesto de manifiesto un conflicto sobre la delimitación de las fincas, pues promotor y alegante declaran que respectivamente han invadido una porción similar en su superficie de sus fincas, tendrá éste que resolverse por acuerdo entre las partes o en los tribunales de Justicia, sin que quepa plantear el recurso como una suerte de contestación o trámite para rebatir las alegaciones formuladas.

Resolución de 8-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CONTROL DE POSIBLE INVASIONES.

El registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. Sólo en el caso en que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, que como hemos visto había sostenido un criterio favorable a la no exigencia, con relación a fincas ya inmatriculadas, de la acreditación de no invasión de la zona marítimo-terrestre,

prevista por el artículo 31 en relación con el 35 del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre (cfr. Resoluciones de 16 de julio de 1998, 14 de enero de 2000 y 21 de febrero de 2002), ya en la Resolución de 6 de octubre de 2008 (reiterada por la de 18 de agosto de 2010 y otras posteriores), señaló que el Reglamento de Costas fue declarado ajustado a la Ley por el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, en las citadas Sentencias de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998, y en su consecuencia acomodó desde aquella Resolución su doctrina a dicha jurisprudencia. La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas que intersectan o colindantes con el dominio público viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.

El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33). De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. Sólo en el caso en que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

En el presente expediente, consta en la nota de calificación, que se ha recibido en el Registro de la Propiedad una certificación de la Demarcación de Costas en la que se dice que la finca invade parcialmente el dominio público marítimo-terrestre, según el deslinde aprobado por Orden Ministerial de fecha 26 de marzo de 2010, por lo que no procede su inscripción en el Registro en tanto no se rectifique la descripción adaptándose al deslinde administrativo o se impugne, en su caso, la certificación expedida por la Demarcación de Costas.

Resolución de 8-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Tacoronte.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DE FINCAS YA INMATRICULADAS.

Para denegar la inmatriculación por entender que afecta a fincas ya inmatriculadas hay que identificar adecuadamente la porción de suelo afectada.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (véase, por ejemplo, Resolución de 8 de mayo de 2023), «no solo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular

por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199».

Por otra parte, en lo que concierne a la alegación de la recurrente relativa a la que no se le dio traslado de la oposición y del contenido de las alegaciones, debe ser también desestimada este segundo motivo invocado por la recurrente, pues como ya señalaron las Resoluciones de 14 de noviembre de 2016, 21 de mayo de 2018 y 12 de julio del 2022, la Ley Hipotecaria al regular el procedimiento en el artículo 199, no contiene ninguna previsión o regla general sobre la necesidad de dar traslado de las mismas al promotor del expediente. Ahora bien, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Al expresar cuál sería ese emplazamiento, o sea, la concreta ubicación o delimitación gráfica de tales fincas ya inmatriculadas, tras las investigaciones que el registrador detalla, sólo llega a la conclusión de haber localizado una «finca que según los datos del Registro radica al Sur-Oeste de la finca cuya inmatriculación se pretende» y otra «que radica al Oeste de la finca cuya inmatriculación se pretende, según su base gráfica validada de conformidad con la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 24/2001». Y con estas expresiones, que sólo aluden a haber localizado fincas registrales «al sur-oeste» y «al oeste» de la que se pretende inmatricular, no se está diciendo que resulten invadidas, ni que haya indicios fundados de ello, que es lo que supondría una doble inmatriculación, sino tan sólo que resultan estar próximas por determinados puntos cardinales a la que se pretende inmatricular. Por ello, en este punto sí que ha de estimarse el recurso cuando invoca que la nota de calificación no ofrece una explicación razonada y justificada del motivo por el que rechaza la solicitud.

Resolución de 9-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Solo concurriendo dudas fundadas debidamente acreditadas sobre la identidad de la finca, debe denegarse la inscripción de la base gráfica.

Debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero 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 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.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cuando el registrador basa su calificación registral negativa en las alegaciones de los colindantes, el juicio registral de identidad efectuado en la nota de calificación no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, como exige la Resolución de 11 de abril de 2024. Y esa fundamentación debe realizarse tanto desde el punto de vista jurídico, indicando en qué forma se han infringido los preceptos legales, como exigió la Resolución de esta Dirección General de 22 de marzo de 2024, sin bastar una referencia genérica a los preceptos infringidos, como desde el punto de vista material, fundando objetivamente su juicio sobre las dudas en la identidad de la finca, según la Resolución de esta Dirección General de 12 de julio de 2023, debiendo justificar por qué ha estimado las alegaciones de los colindantes.

De admitirse la alegación del colindante, tal como está fundamentada, implicaría dar prevalencia a una mera afirmación de parte que se limita a aportar una representación gráfica parcial de su finca sin georreferenciar, en oposición a la representación gráfica georreferenciada del promotor que, por ser catastral, goza de la presunción de exactitud que le otorga el artículo 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Resolución de 9-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Falset.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Solo concurriendo dudas fundadas debidamente acreditadas sobre la identidad de la finca, debe denegarse la inscripción de la base gráfica.

Respecto al procedimiento y conjunto de trámites a través del cual haya de producirse tal calificación registral y en su caso la eventual inscripción de la preceptiva representación georreferenciada, en los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 de la Ley Hipotecaria supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10 % o alguna alteración cartográfica

que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. artículo 9, letra b), párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento o del previsto en el artículo 201 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

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.

E n el presente caso no pueden ser tenidos en consideración los argumentos (en esencia, rebatir los argumentos del recurrente, poner de manifiesto la oposición formulada y cita de determinadas Resoluciones de este Centro Directivo) que el registrador incluye en su informe, pues el recurrente no ha podido conocer en el momento de interposición del recurso cuáles son las razones impeditivas de la práctica del asiento solicitado, conforme a lo expuesto en este fundamento, no habiéndose explicitado en la nota de calificación cuáles son los motivos que conducen al registrador a aceptar las alegaciones del colindante ni se constata en qué medida se produce la posible invasión de la finca del colindante, por lo que debe concluirse que la nota de calificación está insuficientemente motivada, procediendo la estimación del recurso.

Resolución de 9-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HA DE SER CLARA Y TERMINANTE.

Aunque los asientos registrales pueden rectificarse en virtud de resolución judicial, es preciso que esta sea clara al respecto.

Como cuestión procedimental previa, debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por otra parte, es doctrina reiterada de este mismo Centro Directivo que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación.

La rectificación registral se practica conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que contempla diversos supuestos que pueden originar la inexactitud del Registro. Estos supuestos son: a) no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria; b) haberse extinguido algún derecho que conste inscrito o anotado; c) la nulidad o error de algún asiento, y d) la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y en general cualquier otra causa no especificada en la ley: en este último supuesto, la rectificación precisará del consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

En el presente caso es indudable que la aptitud del documento judicial presentado para la inscripción es una cuestión susceptible de calificación por parte del registrador en los términos que prevé el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Respecto de las sentencias dictadas en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales y, posteriormente, en apelación, cuyo testimonio es objeto de calificación, debe tenerse en cuenta que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones puede llevarse a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, por el procedimiento judicial regulado en el capítulo II del título II del libro IV («De los procesos especiales») de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. artículo 806), en el que una de las operaciones esenciales es la formación del inventario de activo y pasivo de la sociedad de gananciales disuelta. Si en ese procedimiento queda probado que los bienes inventariados objeto de adjudicación tienen carácter ganancial (y que son los únicos que tienen tal carácter), según sentencia firme, con unos elementos de juicio mucho más amplios que los propios del procedimiento registral, y con intervención del titular registral, no hay obstáculo que impida la modificación del contenido del Registro (cfr. artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Es posible observar que ambas sentencias se limitan a excluir la referida finca del inventario de bienes de la sociedad de gananciales, pero dejando abierta la posibilidad de que las partes acudan al correspondiente procedimiento declarativo en el que se determine su titularidad. Por lo tanto, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente expediente y de la documentación judicial presentada, no puede admitirse que se hayan cumplido los requisitos que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria exige para la modificación del contenido del Registro, esto es, bien que se realice con consentimiento del titular registral, que debe obedecer a una causa verdadera y lícita, bien que recaiga una resolución judicial dictada en procedimiento de carácter declarativo que expresamente ordene la rectificación de los asientos registrales.

Como ya ha quedado expuesto, aunque las sentencias presentadas excluyen la finca 24.202 de la formación del inventario de bienes de la sociedad de gananciales, ninguna de ellas ordena expresamente rectificar el contenido del Registro, en el sentido de eliminar el carácter «presuntivamente ganancial» de la vivienda. Al contrario, de la literalidad de las mismas lo que se deduce es que es necesario acudir al correspondiente procedimiento declarativo para determinar la titularidad de la vivienda y, en su caso, rectificar el contenido de los asientos registrales.

Resolución de 10-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN: EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL PREVISTA EN LA LJV.

La inscripción de la adjudicación que pone fin al procedimiento de división de cosa común por cuanto al tiempo de presentarse el título en el Registro existen terceros que han inscrito su dominio, en este caso de una parte indivisa, que no fueron parte del proceso ni pudieron tener conocimiento del mismo mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda que les hiciera oponibles sus efectos.

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, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Tratándose de un procedimiento de división de cosa común seguido conforme los trámites previstos en los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultan de aplicación las normas del procedimiento de apremio previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero adaptadas a la peculiaridad del caso. Uno de los trámites esenciales de dicho procedimiento es el de la expedición por el registrador de la Propiedad correspondiente de la certificación de dominio y cargas de la finca. A este respecto, este Centro Directivo, en su Resolución de 2 de marzo de 2010 ya dejó claro que no, pues para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante. En el supuesto de la extinción del condominio no existe una carga o derecho real que grave la finca, sino al contrario, como se ha explicado anteriormente, el ejercicio de una facultad inherente a la propia situación de copropiedad. Esto hace evidente, como ya se dijo en la Resolución citada, la conveniencia de que conste en el Registro la existencia del procedimiento. Esta constancia se habría producido si se hubiera solicitado y tomado anotación preventiva de demanda de ejercicio de la acción de división, sin que este Centro Directivo pueda entrar a valorar las razones que llevaron a no solicitarla.

Lo indicado anteriormente no varía como consecuencia de la regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Resulta claro que la nota marginal a que se refieren estos preceptos no es en absoluto equiparable a la que prevé el artículo 656.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una nota que simplemente «producirá el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho», pero que no tiene efectos de purga y consiguiente

cancelación de los derechos que se inscriban con posterioridad a la misma. Los efectos respecto a terceros de la publicidad derivada de tal nota marginal y en particular el eventual efecto condicionante de la buena fe, deberán ser valorados en cada caso por el órgano judicial competente en el marco de un proceso en el que sean oportunamente demandados —cfr. artículos 20, 38, 34 y 40 de la Ley Hipotecaria—.

En el caso concreto del presente expediente, a la vista de los fundamentos anteriores, resulta evidente la improcedencia de la inscripción de la adjudicación que pone fin al procedimiento de división de cosa común por cuanto al tiempo de presentarse el título en el Registro existen terceros que han inscrito su dominio, en este caso de una parte indivisa, que no fueron parte del proceso ni pudieron tener conocimiento del mismo mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda que les hiciera oponibles sus efectos. De haberse practicado la nota marginal tampoco hubiera sido relevante, como se ha expuesto, dada la inexistencia del asiento principal que permitiera la plena efectividad de los efectos registrales del proceso, en particular, la anotación preventiva de la demanda.

Resolución de 10-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Es necesario hacer constar en el título la circunstancia relativa al régimen económico matrimonial del adquirente.

Así las cosas y entrando a resolver el fondo de este recurso, hay que poner de relieve que lo que la nota señala como impedimento para la inscripción es la omisión, en la escritura calificada, de toda referencia al régimen económico-matrimonial de uno de los optantes (defecto que ha de ser necesariamente confirmado). El resto de la calificación se limita a indicar que determinados extremos del título calificado no accederían al Registro. Tanto registradores de la Propiedad como notarios, complementariamente, desempeñan un papel fundamental en la seguridad jurídica preventiva, por lo que el instrumento público así como la inscripción deben procurar reflejar de forma cierta todas aquellas circunstancias referentes a la capacidad de los otorgantes, como edad o circunstancias modificativas de la capacidad, estado civil, nacionalidad, vecindad civil, o régimen económico matrimonial que incidan de presente o de futuro en la validez del negocio jurídico o de la relación jurídico real constituida.

En el caso que ahora nos ocupa, en el escrito de interposición del recurso no se indican ni combaten, siquiera remota y someramente, los defectos que la nota expresa respecto de los extremos de la escritura cuyo acceso tabular se denegaría de ser subsanado el defecto principal (cfr. Resolución de 26 de mayo de 2000 de este Centro Directivo). Y no debe olvidarse la exigencia derivada del artículo 326 de la Ley Hipotecaria que, al enumerar los requisitos que debe contener el escrito de interposición del recurso, establece que debe contener los hechos y fundamen-

tos de Derecho párrafo tercero, apartado c)—; «razón de la impugnación», tal y como se indica en el citado artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015.

Resolución de 10-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de Valencia, número 3.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DERRIBO DEL EDIFICIO.

Se aclara cómo inscribir la extinción de la propiedad horizontal en caso de derribo del edificio.

Ha de tenerse en cuenta que, con bastante anterioridad al otorgamiento de la escritura (más de 70 años) tuvo lugar la demolición del inmueble (compuesto por las cinco entidades), produciéndose la desaparición del objeto material de la propiedad horizontal, lo que conlleva la extinción del propio régimen de propiedad horizontal, tal y como dispone el artículo 23 de la Ley estatal de propiedad horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal), apartado primero. Ni siquiera por el hecho de que se destruya el edificio se extingue la propiedad horizontal, pues cabe el pacto contrario a que se extinga. Este pacto, al no indicar otra cosa el artículo, podrá hacerse antes o después de la destrucción del edificio.

El principio de rogación no exige la expresa solicitud del asiento, pues la misma se deriva implícitamente de la propia solicitud de inscripción. Por todo ello y en referencia al supuesto que motiva este recurso, esta Dirección General no considera procedente extremar las consecuencias del principio de rogación desnaturalizándolo—, como argumento para denegar la inscripción solicitada. Una aplicación rigorista del principio de especialidad y desconectada de las circunstancias del caso, no puede obstaculizar lo que deriva, y es mera consecuencia, de una realidad fáctica y jurídica legal y debidamente acreditada, y que el Registro debe reflejar.

Resolución de 10-1-2025
BOE 12-2-2025
Registro de la Propiedad de Daimiel.

VÍAS PECUARIAS: DESLINDE.

No puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de

Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. En el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de julio de 2018 y 12 de marzo de 2020, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. En este punto no podemos olvidar la presunción derivada del principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La Administración es titular de facultades recuperatorias que vienen limitadas al ámbito estrictamente posesorio, quedando por ello excluida de las mismas toda cuestión que implique definición de derechos dominicales por venir éstas reservadas en exclusiva a la jurisdicción civil.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: vid. Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de Derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se

trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes. Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 10-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO Y CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EDIFICIOS INDUSTRIALES EN GALICIA.

De acuerdo con la legislación gallega no es exigible para la inscripción de una obra nueva de edificio industrial ni el libro del edificio ni la certificación de eficiencia energética.

El libro del edificio se configura como un conjunto de documentos gráficos y escritos, que proporcionan a los propietarios y usuarios la información necesaria no sólo para la contratación de los servicios y suministros necesarios para el funcionamiento del edificio, sino también para llevar a cabo, entre otras, actuaciones relativas a su mantenimiento y conservación, a la correcta ejecución de eventuales obras de reforma, reparación o rehabilitación o al resarcimiento de daños materiales causados por vicios o defectos de construcción, documentación que, por su propia naturaleza y finalidad, debe ser actualizada y ser accesible a los sucesivos interesados, propietarios y sucesivos adquirentes, a los que debe añadirse a las Administraciones Públicas. Tal novedosa función registral de archivo y publicidad de un contenido ajeno a la situación jurídico real del inmueble, que toma ahora sólido apoyo en la actual normativa hipotecaria, no puede ser desligada de un modo absoluto del ámbito material en el que se enmarca, la protección de los derechos de consumidores y usuarios, en este caso, usuarios de los inmuebles. El primer defecto recurrido debe ser revocado ya que la normativa autonómica limita tal exigencia a las obras nuevas con destino residencial de vivienda, sin poder hacerse extensiva a las naves industriales ante la falta de expresa previsión legal. Esta conclusión es acorde con la salvaguardia del interés protegible declarado en el anterior fundamento de Derecho, es decir, la defensa y protección de los consumidores y, concretamente, el de los posteriores usuarios de la edificación y no el del propio promotor.

Igual suerte debe correr el segundo motivo de recurso, es decir, la exigencia del certificado de eficiencia energética. Efectivamente, el artículo 2.2 en su apartado d) del Decreto 128/2016, de 25 de agosto, por el que se regula la certificación energética de edificios en la Comunidad Autónoma de Galicia, excluye de su ámbito de aplicación los «edificios industriales, de la defensa y agrícolas o partes de los mismos, en la parte destinada a talleres, procesos industriales, de la defensa y agrícolas no residenciales». Debe, por tanto, concluirse que la mera calificación de industrial de la construcción resulta suficiente para la aplicación de la exclusión prevista en el

artículo 2.2.d) del Decreto 128/2016, de 25 de agosto, por el que se regula la certificación energética de edificios en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Resolución de 13-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Aracena.

SEGERGACIÓN Y DIVISIÓN: LICENCIA.

Para la inscripción de la segregación es preciso aportar licencia que, de acuerdo con la legislación andaluza, no haya incurrido en caducidad.

En relación con el primero de los defectos, el apartado primero del artículo 76 del Reglamento Hipotecario dispone que: «En la inscripción de bienes adquiridos por herencia testada se harán constar las disposiciones testamentarias pertinentes, la fecha del fallecimiento del causante, tomada de la certificación respectiva, y el contenido del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad».

Respecto a la apreciación por parte del registrador de la caducidad de la licencia urbanística, esta Dirección General en su Resolución de 22 de julio de 2019, citada por la recurrente, señaló que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en concreto el artículo 173.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, la caducidad de las licencias urbanísticas no opera automáticamente, sino que exige un acto declarativo, previa la tramitación del correspondiente expediente, en el que además se ha de dar audiencia al interesado. La Ley 7/2021, de 1 de diciembre, entró en vigor el 23 de diciembre de 2021 por lo que, los actos administrativos se dictaron bajo la vigencia de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. El artículo 66, antes citado, es claro al establecer que las licencias municipales sobre parcelaciones se otorgan y expiden bajo la condición de la presentación en el municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación y que la no presentación en plazo de la escritura pública determina la caducidad de la licencia por ministerio de la ley, sin necesidad de acto aplicativo alguno. Por lo que, tratándose de actos de parcelación, como excepción a la regla general en licencias urbanísticas, la norma andaluza establece una caducidad por ministerio de la ley, sin necesidad de declaración administrativa alguna —cfr. artículo 16.1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales—.

La segregación y la agrupación son supuestos en los que la legislación hipotecaria impone la obligatoriedad de aportar e inscribir la representación gráfica georreferenciada pudiendo ser alternativa a la catastral. En el supuesto del presente expediente, existe una discrepancia de superficies entre las que resultan de las coordenadas georreferenciadas de la certificación catastral, pero no claramente respecto de las que resultan de la licencia municipal de segregación (que no las especifica). Pero no existiendo dudas de que existe correlación entre la escritura de segregación y la licencia concedida, aunque sí en la corrección de la representación gráfica aportada, lo que procede es la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria donde se apreciará la procedencia o no

de la inscripción de la representación gráfica alternativa aportada y por ende, la procedencia de la inscripción de la segregación.

Resolución de 14-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: FE DE CONOCIMIENTO DEL NOTARIO.

Dada la trascendencia de la fe de conocimiento notarial, sólo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente consistencia.

El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al notario queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al notario. Ahora bien, ese juicio de identidad no es un juicio «en vacío», sino un juicio vinculado al acto o negocio jurídico que se está documentando; eso es, no se trata de identificar en abstracto al compareciente, sino que implica el reconocimiento de que la persona identificada es la misma persona que aparece como titular en el documento del que deriva su legitimación para disponer, de modo que el notario no alberga duda alguna de que la persona que comparece ante él es la misma persona que figura en el título previo. El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante, así determinada, coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro.

Ello no implica que cualquier discrepancia haya de ser calificada automáticamente por el registrador como defecto que impida la inscripción, pues como ha reiterado esta Dirección General habida cuenta de la especial eficacia que la ley atribuye a ese juicio notarial sobre dicha identidad y de los limitados medios que el registrador puede tomar en cuenta al realizar su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sólo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente consistencia.

Así, tal como se alega por el notario recurrente y a la vista del título, es claro que lo hecho por la compareciente es una mera manifestación sin efecto registral alguno ya que en ningún momento solicita nada al registrador relativo a la inscripción, quien, por lo tanto, sabiendo que en el documento nacional de identidad figura como «J.» debe inscribir con este apellido.

Resolución de 14-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

CIF REVOCADO: EFECTOS. ARRENDAMIENTOS: LÍMITE TEMPORAL.

No se puede inscribir un acto otorgado por una sociedad con el CIF revocado al tiempo de practicar el asiento. El arrendamiento tiene que tener una duración determinada.

El titular de un número de identificación fiscal revocado podrá solicitar la rehabilitación de su número de identificación fiscal a la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 147.8. En particular, deberá acreditar que han desaparecido las causas que motivaron la revocación y deberá comunicar, además, quienes ostentan la titularidad del capital de la sociedad, con identificación completa de sus representantes legales, el domicilio fiscal, así como documentación que acredite cuál es la actividad económica que la sociedad va a desarrollar.

En el ámbito del Registro de la Propiedad, el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria dispone que «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 el dominio y los demás 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».

La prohibición que impone la disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria antes referida es terminante: la publicación de la revocación del número de identificación fiscal «en el "Boletín Oficial del Estado" implicará la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal (…)». En definitiva, la disposición establece una doble prohibición: de autorización de cualquier instrumento público y de acceso a cualquier registro público; la primera se aplicará a los instrumentos que pretendan otorgarse con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, y la segunda a los que pretendan acceder a cualquier registro público con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. Por tanto, esta última prohibición se aplica también (y sobre todo, dada la prohibición de autorizar ningún instrumento) a los instrumentos autorizados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma —a los que por tanto no afectaba la prohibición de autorización, pero sí la de acceso a cualquier registro público—.

La fijación de un plazo al contrato de arrendamiento se impone en el artículo 1543 del Código Civil —«por tiempo determinado»—. Este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. Resolución de 30 de octubre de 2015) que la fijación por las partes de un plazo indefinido desnaturalizaría el arrendamiento, es decir, que el plazo de duración del contrato, incluso su conversión en indefinido, no puede quedar al arbitrio del arrendatario, sino que cualquiera de las dos partes puede reclamar su terminación, oponiéndose a cualquiera de las prórrogas. En el presente supuesto, el recurrente alega que la duración es de 20 años desde la firma. A la vista de la calificación y del escrito de recurso, lo que se plantea es un problema en cuanto a la interpretación de que debe entenderse por «firma del contrato», si la suscripción del documento privado, la finalización de la prórroga originariamente pactada, o el otorgamiento de la escritura. En cualquier caso, no se ha expresado con claridad suficiente para su constancia registral que exige la determinación

del plazo máximo de la prórroga. El defecto ha de ser confirmado. Basta, para subsanarlo, un escrito aclarando cuál es la fecha exacta de la duración máxima.

Resolución de 14-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina aplicable a los casos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente tras la STS de 9 de septiembre de 2021.

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 éste tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

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 de su fallecimiento, 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. En el ámbito procesal, el fallecimiento tiene, igualmente, que quedar debidamente acreditado para justificar la legitimación procesal de la propia herencia yacente (artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 265.1 y.2 del mismo texto legal). Por lo tanto, 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.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años es que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. A la vista de la Sentencia de 9 de septiembre de 2021, 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.

Resolución de 14-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Alcañiz.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN Y VALOR DEL INFORME EMITIDO EN EL RECURSO. FINCA REGISTRAL: SOLICITUD TÁCITA DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DEL ART. 199 LH.

Si la finca se describe en la escritura conforme al Catastro y se manifiesta la identidad de la descripción catastral con la realidad física, ha de entenderse solicitada la tramitación del procedimiento del art. 199 LH.

Se limita la registradora a citar los preceptos que considera infringidos, sin expresar el motivo por el cual los considera infringidos, lo que puede causar indefensión en el recurrente, contraviniendo la doctrina de esta Dirección General, formulada en reiteradas Resoluciones, como la de 31 de julio de 2024 (vid., por todas), por la cual, los registradores, al redactar una nota de calificación negativa, no pueden limitarse a una mera cita numérica rutinaria de los preceptos legales, o Resoluciones de la Dirección General que considera infringidos, sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto es de aplicación y cuál es la interpretación que del mismo, o de una Resolución citada, se efectúa, ya que solo de este modo el interesado podrá combatir la calificación si no la considera adecuada.

No se ha cumplido con la doctrina de esta Dirección General respecto al contenido del informe en defensa de la nota, formulada en la Resolución de 14 de septiembre de 2004, por la cual el informe ha de referirse a las cuestiones de trámite, tales como la fecha de presentación del documento calificado y las incidencias que puedan haber existido, como su retirada para pago del Impuesto, o para subsanar defectos, la fecha de la calificación negativa, la notificación de ésta a los interesados, sin perjuicio de que pueda profundizar en las razones que le han llevado a la nota de calificación negativa, o a contestar a las alegaciones del recurrente, como ha permitido la Resolución de esta Dirección General de 31 de julio de 2024. En el presente caso, en el mencionado informe se introducen nuevos argumentos jurídicos, que no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso, al no haberse incluido en la nota de calificación.

El objeto del negocio es una finca concreta y determinada, respecto de la cual, puede existir una discordancia entre la descripción registral y la realidad física registral. Pero, no hay duda de cuál es el objeto del negocio, sobre el cual las partes han contratado y cuál es la renta que el arrendatario ha consentido pagar, se inscriba o no se inscriba la rectificación descriptiva, toda vez que la misma no impide la eficacia del negocio jurídico. Por tanto, las partes consienten en que la renta se fije con referencia a los metros existentes en la realidad física, que coincide con la catastral, según manifiestan, pactando que la renta se fijará con arreglo a la mayor superficie de la finca en la realidad física y no con respecto a la superficie

inscrita. Es decir, en la opción que, al comprador, en este caso arrendatario, le concede el artículo 1470 del Código Civil, este elige la de pagar el mayor valor del inmueble, en lugar de desistir del contrato. Ese modo de fijar la renta no implica que la superficie de la finca se eleve por las partes a elemento esencial del contrato del artículo 1261 del Código Civil, sino que ambas partes aceptan su fijación con arreglo a ese criterio, que ambas aceptan. Lo que es realmente elemento esencial del contrato es que la renta sea cierta.

La inscripción de un contrato de arrendamiento no se encuentra entre los supuestos en los que la georreferenciación es circunstancia necesaria de la inscripción. Y esa circunstancia no puede variar por el hecho de que la renta del arrendamiento se haya fijado con referencia a los metros existentes en la realidad física, que son distintos de los que constan inscritos en el Registro de la Propiedad. La aplicación del principio hipotecario de especialidad no exige esta circunstancia, toda vez que lo que, aparentemente, es inexacto es el contenido del Registro, con respecto a la realidad física, sin que ello pueda afectar a la validez del contrato, ni a la regularidad de la inscripción. Por tanto, ningún obstáculo existe para que pueda inscribirse el contrato de arrendamiento con la superficie que resulta del Registro, aunque no se rectifique su descripción, puesto que los metros existentes se toman en cuenta para fijar la renta, criterio que la arrendataria acepta, aunque no estén inscritos.

Cuestión distinta es si la registradora podría haber iniciado de oficio un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para rectificar la descripción de la finca y adaptarla a la realidad física. Por excepción, conforme al primer párrafo, segundo inciso del número segundo de la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015: «Se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore». En el presente caso, en la escritura de contrato de arrendamiento calificada, los otorgantes describen la finca conforme a la realidad existente en el Catastro actual, manifiestan que la misma coincide con la realidad física de la finca y el notario declara acreditada la rectificación de la superficie y los linderos con la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Por tanto, conforme a la doctrina de la Resolución de esta Dirección General de 12 de mayo de 2022, que considera que todas las declaraciones de los otorgantes, hechas en el título público y relativas a la descripción de la finca, son calificables por la registradora y conforme al número segundo párrafo primero inciso segundo de la citada Resolución-Circular, la registradora debería haber entendido que hay una solicitud tácita de inicio del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Orgaz.

CAUSA DEL ACTO INSCRIBIBLE: VALORACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE CAUSA ILÍCITA.

La declaración sobre una posible simulación negocial debe quedar reservada al ámbito judicial, dado lo limitado de los medios de calificación de que dispone el registrador.

En efecto, la regla general, recogida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en el que se consagra el principio de prioridad, es que los documentos se despachan por riguroso orden de presentación en el Registro. Principio de prioridad que también ha de conciliarse con los demás principios que informan el Derecho Hipotecario, y en particular con el principio de legalidad recogido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el principio de tracto sucesivo que establece el artículo 20 de la misma ley. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013, 31 de enero de 2014 y 28 de noviembre de 2017), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. En la calificación del documento deben tener en cuenta los asientos registrales —entre los que se incluyen los presentados en el Diario—, evitando así la práctica de inscripciones en que haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad (por ejemplo, una sentencia judicial firme dictada en procedimiento seguido contra el adquirente, declarativa de la nulidad del título anteriormente presentado). Ahora bien, esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos.

Este Centro Directivo ha configurado como la causa de los contratos como un elemento esencial de los mismos, habiendo declarado reiteradamente que es necesaria la expresión de la causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante no sólo de la validez del negocio jurídico sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción; por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1277 del Código Civil, porque aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral.

La declaración sobre una posible simulación negocial debe quedar reservada al ámbito judicial, dado lo limitado de los medios de calificación de que dispone el Registrador (títulos presentados y asientos del Registro —tal como resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria—). No se aprecia, por consiguiente, en el ámbito en el que se desenvuelve este recurso y a la vista del título y de la calificación, ningún obstáculo que impida la inscripción de la escritura calificada negativamente.

Resolución de 15-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Orgaz.

PACTO COMISORIO: DACIÓN EN PAGO.

No cabe apreciar la existencia de un caso de pacto comisorio cuando lo que realmente se realiza es una dación en pago.

La decisión del presente recurso ha de ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación de la registradora; esto es, la apreciación de un posible pacto comisorio, a consecuencia del cual el acreedor adquiere la propiedad de la cosa antes del vencimiento de la obligación. La regla general, recogida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en el que se consagra el principio de prioridad, es que los documentos se despachan por riguroso orden de presentación en el Registro. Principio de prioridad que también ha de conciliarse con los demás principios que informan el Derecho Hipotecario, y en particular con el principio de legalidad recogido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el principio de tracto sucesivo que establece el artículo 20 de la misma ley. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013, 31 de enero de 2014 y 28 de noviembre de 2017), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. En la calificación del documento deben tener en cuenta los asientos registrales —entre los que se incluyen los presentados en el Diario—, evitando así la práctica de inscripciones en que haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad (por ejemplo, una sentencia judicial firme dictada en procedimiento seguido contra el adquirente, declarativa de la nulidad del título anteriormente presentado). Ahora bien, esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos.

Debe señalarse que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020 y, en particular, las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022 y 12 de diciembre de 2023) 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).

Comúnmente se ha considerado que la prohibición de pacto comisorio tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. En segundo lugar, en la

necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distrahendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo, que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro.

Podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, pues sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión. De forma que, en definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto (cuya doctrina se recoge en la Resolución de 26 de diciembre de 2018). Además —y dato esencial para la resolución de este recurso—, el comiso prohibido es el que se conviene «ex ante», pues la razón de ser de su prohibición es asegurar la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor; de ahí que tradicionalmente se admitiera, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisoria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación garantizada, mediante el denominado pacto «ex intervalo» (reconocido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000).

Además —y dato esencial para la resolución de este recurso—, el comiso prohibido es el que se conviene «ex ante», pues la razón de ser de su prohibición es asegurar la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor; de ahí que tradicionalmente se admitiera, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisoria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación garantizada, mediante el denominado pacto «ex intervalo» (reconocido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000).

En consecuencia, y de conformidad con los precedentes fundamentos de Derecho, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación recurrida, salvo este concreto extremo de la misma en aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria: «no estar la finca inscrita a nombre de los cedentes».

Resolución 15-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Xirivella.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación del Registro, no resultando claramente de los asientos del registro ni del documento presentado requerirá, en su caso, conforme al artículo

40 de la Ley Hipotecaria la aclaración del título aportado con el consentimiento de los interesados, o, en su caso, resolución judicial pues, tal y como ha reiterado este Centro Directivo.

Tratándose de un supuesto en que consta el documento previamente inscrito, hay que partir del principio de salvaguardia de los tribunales de los asientos registrales previsto en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, al establecer que «los asientos del Registro practicados en los libros están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Expresándose por los recurrentes la existencia de un error en la inscripción, la rectificación del mismo, en caso de existir, debe efectuarse conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria que contempla diversos supuestos que pueden originar la inexactitud del Registro.

En el presente caso, puesto que las adjudicaciones se han inscrito según el sentido literal del documento judicial presentado, no nos encontramos, de manera indubitada, ante un error material. La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. artículo 217 de la Ley Hipotecaria).

Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas Resoluciones (cfr. 10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 de noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005 y 19 de junio de 2010) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

En el presente supuesto parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados es requisito indispensable para la rectificación. Por tanto, la rectificación del Registro, no resultando claramente de los asientos del registro ni del documento presentado requerirá, en su caso, conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria la aclaración del título aportado con el consentimiento de los interesados, o, en su caso, resolución judicial pues, tal y como ha reiterado este Centro Directivo.

Resolución de 15-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Monforte de Lemos-Quiroga.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de la base gráfica si el registrador, basándose en las alegaciones del colindante y en dos sentencias judiciales, aprecia dudas fundadas.

Antes de entrar en el fondo del asunto que se plantea en el presente recurso, debe hacerse dos precisiones formales. Por la primera, hay que volver a reiterar la doctrina de esta Dirección General, formulada en diversas Resoluciones, como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022, en virtud de la cual si el registrador considera que la inmatriculación no es posible por albergar 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.

Como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 3 de octubre de 2024, el registrador ha de entregar certificación de las alegaciones de los colindantes, al ser el archivero natural de las mismas, conforme al artículo 342 del Reglamento Hipotecario. Pero, como se desprende del citado artículo, se requiere petición de los interesados y declara la registradora que no consta en el Registro petición por escrito de la interesada solicitando certificación de la alegación.

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

En el presente caso, quien se opone es el titular registral de una de las fincas colindantes y como se desprende de las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de febrero y 26 de junio de 2024, su oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración, conforme al párrafo cuarto del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria. Pero, esa especial consideración no implica, necesariamente, la denegación de la georreferenciación aportada al expediente. Pero, el registrador puede basarse en ella y en el contenido registral para fundar objetivamente sus dudas en la identidad de la finca. Teniendo presentes las anteriores consideraciones, en el presente caso, la registradora funda sus dudas en las alegaciones del colindante, sustentadas en un informe técnico y en dos sentencias judiciales.

La solución del recurso debe pasar necesariamente por los pronunciamientos de la sentencia, que califica la franja de terreno discutida como serventía, con base en las pruebas practicadas, lo que acredita una situación litigiosa, que no puede llevar a otra conclusión que declarar ajustada a Derecho la nota de calificación de la registradora, desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación. La doctrina de la citada sentencia es coincidente con la que ha mantenido esta Dirección General en la Resolución de 22 de julio de 2024, donde declaramos que la serventía es un derecho de paso indivisible, sin asignación de cuotas entre sus titulares, quienes no pueden realizar alteraciones en la serventía sin el acuerdo unánime de todos ellos, ni exigir individualmente la extinción de la misma, sin perjuicio de que puedan renunciar a su utilización. Y la serventía se extingue, bien cuando todos los colindantes así lo acuerden, reintegrándose a cada uno la franja de terreno

que cedió, bien cuando la propiedad de las fincas colindantes por las que discurre la serventía se reúna en un solo titular.

Resolución de 15-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 10.

INEXACTITUD REGISTRAL: DISTINCIÓN DE LOS ERRORES DE LOS ASIENTOS.

Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad; el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación.

En primer lugar, es preciso distinguir entre inexactitud registral y error del Registro. Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad; el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación, bien material, bien conceptual. Es evidente que, en el presente caso, no existe error, pues el dato que la recurrente considera erróneo (los linderos sur y norte, respectivamente, de las fincas 93.374 y 93.375), fueron tomados literalmente de los títulos que causaron la inscripción. En consecuencia, no procede la modificación de los linderos mediante aplicación de la regulación de los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria, que se refieren a la rectificación de los errores cometidos en los asientos.

En el presente caso, en el que se solicita la rectificación de linderos fijos (viales públicos) de dos fincas registrales, procede acreditar la rectificación solicitada a través de alguno de los dos expedientes que a estos efectos regula el Título VI de la Ley Hipotecaria, con simultánea inscripción de la representación gráfica georreferenciada de las fincas afectadas.

Resolución 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Mogán.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si no la aporta inicialmente, el registrador podrá requerir al colindante que se opone que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión.

No pueden ser tomadas en consideración, a efectos de este recurso, las matizaciones efectuadas por la registradora en su informe, pues éste corresponde a un trámite en el que el registrador no puede añadir nuevos defectos (o como en el supuesto objeto de este expediente, matizarlos), ya que sólo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título

según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

La nota de calificación recurrida, tal como consta redactada, se fundamentaba en una supuesta invasión del dominio público según cartografía catastral, pero la registradora, en su informe posterior, reconoce que «se aprecia que es posible la existencia de desplazamiento en la cartografía catastral por lo que la invasión de la vía pública podría deberse a ese desplazamiento de la cartografía catastral que por sí misma no tiene que suponer la invasión real del dominio público», pasando ahora a fundamentar su calificación negativa en otros datos o extremos (ciertas fotografías) no incluidos ni mencionados en la nota de calificación inicial.

Debe recordarse además que para que el registrador pueda rechazar la inscripción de una representación gráfica de una finca por supuesta invasión de otra, no es imprescindible que ésta última tenga su georreferenciación ya inscrita, pero tiene que justificar gráficamente la oposición. Para ello si no la aporta inicialmente, el registrador podrá requerir al colindante que se opone que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión.

Resolución de 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CUANDO EL BIEN FIGUAR YA INSCRITO CON CARÁCTER PRIVATIVO.

El carácter privativo de un bien en principio exonera de manifestar en sucesivos actos dispositivos de cuál es el régimen económico-matrimonial aplicable, si bien esto hay que matizarlo desde luego en el de comunicación foral de Vizcaya.

El carácter privativo de un bien en principio exonera de manifestar en sucesivos actos dispositivos de cuál es el régimen económico-matrimonial aplicable, si bien esto hay que matizarlo desde luego en el ámbito de ciertos derechos forales, como el de comunicación foral de Vizcaya, puesto que en este régimen se requiere la intervención de ambos esposos en actos dispositivos sobre todo tipo de bienes, incluso aunque ostenten el carácter privativo. Y en cuanto a la segunda cuestión formulada, es decir, si constando ya publicado en el Registro de la Propiedad un régimen económico-matrimonial, resulta exigible para inscribir los actos dispositivos otorgados con posterioridad, la manifestación y acreditación de cuál es el régimen económico-matrimonial vigente al tiempo del otorgamiento, o al menos la expresa remisión a lo que ya obra en el Registro, no parece que deba ser tan rigurosa la calificación registral. Por tanto, resultando del Registro con claridad no sólo que el carácter del bien, sino también el régimen pactado de separación de bienes, con acreditación de la indicación de la escritura de capitulaciones en el Registro Civil, no se entiende qué añadiría ahora reiterar de nuevo que el régimen de separación de bienes es el convencional y que el mismo resulta de la citada escritura de capitulaciones, ya indicada en el Registro Civil.

Finalmente, es trascendental también en este caso la cuestión de la vecindad civil local y el régimen foral en su caso aplicable, ya que en la hipótesis de que hubiera sido aplicable el régimen de comunicación foral vasco, sería evidente la necesidad de intervención del cónyuge, con independencia del carácter privativo del bien, adquirido por legado; y en tal caso, sólo una escritura de capitulaciones inscritas en el Registro Civil podría exonerar de la aplicación de tal régimen; en tal supuesto resultaría bien justificada la exigencia de la registradora de requerir su acreditación. Pero como se ha indicado ya, según el Registro el vendedor resulta casado en régimen pactado de separación de bienes, acreditado en su día.

Resolución de 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Tudela, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: INCLUSIÓN DEL DATO DEL PRECIO.

Siendo sociedades mercantiles, respecto de las cuales la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal tiene un ámbito o intensidad menor, no hay inconveniente en incluir el precio en la publicidad formal.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador.

Como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral (cfr. las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 9 de enero y 27 de febrero de 2018). Así, serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados

como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

En el presente expediente concurre una circunstancia especial y es que tanto el aportante de los activos, como el beneficiario de los mismos, por las aportaciones realizadas a la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad, son sociedades mercantiles, respecto de las cuales la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal tiene un ámbito o intensidad menor.

Resolución de 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Valencia, número 6.

ESCRITURA OTORGADA POR NOTARIO EXTRANJERO: JUICIO DE EQUIVALENCIA.

Se reitera el sentido y alcance del juicio de equivalencia y se aclara la necesidad de la previa rectificación del asiento si existe un error.

En cuanto a la documentación no presentada en el Registro para su calificación, y aportada posteriormente, ha de reiterarse que, en aplicación del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, aquella no puede, aquí y ahora, tenerse en cuenta, al no haberse presentado en tiempo y forma para la calificación.

Del artículo 36 del Reglamento Hipotecario y de la reiterada doctrina de este Centro Directivo resulta que un 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.

Constando en el Registro que el régimen económico-matrimonial es el de gananciales —y que la finca es ganancial—, al señalarse por la recurrente que el régimen económico-matrimonial es el de participación en los gananciales [sic]; con carácter previo a la inscripción de la liquidación del régimen económico matrimonial, deberá rectificarse la inscripción del Registro a efectos de inscribir los bienes de acuerdo con el carácter que tenían de conformidad con su régimen económico matrimonial y con indicación de sus cuotas, si tienen carácter privativo.

Resolución 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA.

Se reitera la más reciente doctrina sobre la concurrencia de un pacto comisorio en cubierto en una opción de compra.

Debe señalarse que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020 y, en particular, las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022 y 12 de diciembre de 2023) 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).

Comúnmente se ha considerado que la prohibición de pacto comisorio tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. En segundo lugar, en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distrahendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo, que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro.

La prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Así lo ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 13 de julio de 2022). En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

Indudablemente, han de tenerse presentes las consideraciones que este Centro Directivo viene reiterando en las diversas Resoluciones que han abordado la problemática —recurrente por cierto— de opciones de compra pactadas en posible función de garantía de una operación de financiación, y que encubran un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento. Además, habrá que contemplar cada caso concreto, lo que impone analizar detenidamente el global clausulado de cada instrumento público y las declaraciones que en él hayan vertido las partes.

En lo referente al hecho de haberse redactado la escritura conforme a minuta presentada por las partes (cfr. artículo 147 del Reglamento Notarial), dicha circunstancia es ajena a la calificación registral, pues su eventual valoración, a la vis-

ta de las circunstancias del caso, es cuestión únicamente reservada a los tribunales de Justicia; por tal razón, este —teórico— defecto no ha de ser tenido en cuenta a la hora de resolver este recurso. No obstante, no deja de llamar la atención la redacción de la cláusula sexta «gastos», cuando expresa que, por pacto expreso de las partes, todos cuantos gastos se deriven de la opción de compra, serán satisfechos íntegramente por la parte concedente.

Por lo que se refiere a la distribución del precio entre las dos fincas, teóricamente procedería confirmar la calificación del Registrador al ser imprescindible la distribución, entre ellas, del importe de los importes (prima, precio,…); a no ser que se hubiera pactado el ejercicio necesariamente conjunto del derecho de opción sobre las fincas objeto del mismo (cfr. Resolución de esta Dirección General de 19 de septiembre de 2011), que sí que parece deducirse del clausulado de la escritura. Ahora bien, el defecto expresado en la nota no es refutado en el recurso (incluso el recurrente reconoce que la redacción no fue lo clara que debía).

Por lo demás, las restantes consideraciones de la nota para suspender la inscripción se ajustan plenamente a la reseñada doctrina de este Centro Directivo (vid. en especial las dos últimas Resoluciones citadas en los «Vistos»), toda vez que el supuesto de la escritura es sustancialmente idéntico al contemplado en las recientes Resoluciones de 9 de enero y 31 de julio de 2024, en el que este Centro Directivo concluyó la existencia de una financiación.

En la cláusula quinta, al regular el procedimiento para el ejercicio de la opción de compra, se establece, que si en el momento del ejercicio de la opción existen cargas, derechos o anotaciones posteriores, de conformidad con el artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario para cancelarlas, el precio de la compra deberá de quedar consignado a disposición de los titulares de esos asientos previa deducción del mismo tanto de las cantidades que según lo pactado en la escritura «deben descontarse del precio a pagar» (gastos de comunidad impuesto sobre bienes inmuebles, pagos para dejar la finca libre de cargas y responsabilidades preferentes); como el anticipo del precio que se ha abonado en el acto de la firma de la escritura, y se añade: «puesto que el pago del mismo y las demás deducciones a practicar deben reflejarse en la inscripción en el registro de la Propiedad de la presente opción de compra, y por tanto son oponibles y pueden ser conocidos por los terceros, gozando la opción de preferencia registral». Tal y como como pone de relieve la nota, existe cierta indeterminación en cuanto a la cantidad concreta que debe ser abonada por el comprador para ejercer el derecho de opción, lo que viene a dejar, en cierto modo indeterminada frente a titulares de cargas posteriores, la cantidad a consignar en caso de ejercicio de la opción.

Este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, siempre que haya exacto cumplimiento de los requisitos pactados para la inscripción a favor del optante. Pero de la misma manera, esta Dirección General, ha resaltado la importancia de la notificación por el optante al concedente de que va a ejercitar unilateralmente la opción. Por lo tanto, no parece ajustado Derecho que se excluya la posibilidad de otorgamiento de la escritura por el concedente y que taxativamente sólo se prevea el ejercicio unilateral y la posterior notificación de que se ha ejercitado el derecho opción de compra, tal y como resulta del apartado seis de la estipulación primera de la escritura. Cuestión distinta

sería que tal ejercicio unilateral se previera caso de haber resultado infructuosa la previsión de comparecencia del concedente al otorgamiento de la transmisión, una vez ejercitada la opción.

Resolución de 16-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: PREFERENCIA CREDITICIA DEL ART. 9 LPH.

Para que proceda la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, es necesario que resulte dicho carácter real de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso todos los interesados.

Cabe distinguir en este precepto dos efectos cuya finalidad es procurar el cumplimiento de la obligación de contribución a los gastos de comunidad, la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local y la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. La afección real solo entra en juego cuando la propiedad del inmueble se transmite y entonces cumple la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el titular anterior. En el caso de este expediente la acción ejercitada no se funda en la afección real del inmueble por la que debe responder un nuevo adquirente, sino en el derecho de preferencia, reconocido en la sentencia que se ejecuta, que la Ley otorga al crédito comunitario, a los efectos del artículo 1923 del Código Civil.

Aunque se excluyera la naturaleza de hipoteca legal tácita, todavía podría discutirse si se trata de alguna otra figura jurídica que permitiera su acceso al Registro como preferencia de carácter real y no meramente personal. Como ha señalado la doctrina de esta Dirección General, para que proceda la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, es necesario que resulte dicho carácter real de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso todos los interesados, o que de la nueva redacción del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal en virtud de Ley 8/1999, de 6 de abril, resultara no sólo el carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios por la anualidad en curso (en el momento de la demanda) y por los tres años naturales anteriores, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una carga inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha carga con motivo de la ejecución del crédito de la comunidad de propietarios. Si en la resolución judicial no se añade a la declaración de preferencia el aditamento de derecho real, que no resulta directamente como declaración legal del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal, dicha preferencia se desenvuelve en el plano puramente obligacional y no puede dar lugar a modificaciones del rango registral, ni a eventuales cancelaciones automáticas de los derechos reales que se pretenden postergar.

Del historial registral resulta que la sentencia dictada en procedimiento en el que intervinieron los acreedores anteriores, declara la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios ejecutante por un importe de 3.036 euros

frente al acreedor hipotecario «Kutxabank, SA» y los embargos anotados a favor del Ayuntamiento de Ojén, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a una modificación del rango de las citadas cargas, por lo que debe entenderse que la declaración de preferencia del crédito de la comunidad de propietarios lo es en cuanto al cobro de la cantidad pero no en cuanto al rango o prioridad registral. Tampoco se infiere dicha declaración del decreto de 9 de julio de 2024, dictado como consecuencia de la resolución de un recurso interpuesto por el acreedor hipotecario.

Resolución de 17-1-2025
BOE 13-2-2025
Registro de la Propiedad de Collado Villalba.

PROCEDIMIENTO ART 199 LH: NEGATIVA A TRAMITARLO.

Las objeciones del registrador a la tramitación del expediente han de ser expuestas al inicio, y han de ser de tal entidad que puedan impedir su continuación, porque no puedan solventarse durante la tramitación del propio expediente.

En el presente caso, la inexactitud no está en el asiento, puesto que este está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria y el asiento practicado como consecuencia de la escritura de compraventa por la que el recurrente adquiere la propiedad de la finca objeto del expediente no puede modificarse sin su consentimiento o mediante la presentación de la pertinente resolución judicial firme que salvaguarde el principio de tutela judicial efectiva de las partes afectadas. Cualquier rectificación requiere el consentimiento del mismo. En conclusión, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 30 de julio de 2024, la incorrecta emisión de publicidad registral en modo alguno puede prevalecer sobre el contenido efectivo de los libros registrales.

Las objeciones del registrador a la tramitación del expediente han de ser expuestas al inicio, y han de ser de tal entidad que puedan impedir su continuación, porque no puedan solventarse durante la tramitación del propio expediente. De no ser así, el expediente ha de continuar, sin perjuicio de la calificación que finalmente proceda, a la vista de lo actuado. Las objeciones que la registradora expresa en la nota de calificación carecen de la entidad suficiente para convertir en contencioso el expediente, toda vez que, el juicio de la registradora pudiera obedecer a un entendimiento erróneo de los asientos del Registro, dado que interpreta, e incluso arrastra dicha interpretación al contenido de la nota simple. De igual modo, a través de la tramitación del expediente también puede resolverse la duda de identidad.

Resolución de 22-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO A EFECTOS DE RETRACTO.

Debe entenderse que resultando infructuosa la notificación personal del notario, habrá de realizarse una por correo certificado, a fin de satisfacer la exigencia

legal de la notificación fehaciente de la transmisión al arrendatario a los efectos del eventual ejercicio del derecho de retracto, como requisito necesario para el levantamiento del correspondiente cierre registral.

Como ha puesto de manifiesto reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), la regulación de los requerimientos y notificaciones en los ámbitos hipotecario y notarial ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que la misma es entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este mismo criterio es el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular en el caso concreto de la notificación fehaciente de la decisión de vender la finca arrendada que a los efectos del correspondiente derecho de tanteo prevé el artículo 25.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Conforme a los criterios reflejados en la reseñada jurisprudencia constitucional y civil, este Centro Directivo ha sostenido que, a los efectos de tener por probada la notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resoluciones de 21 de noviembre de 1992 y 14 de mayo de 2019). Sin embargo, en los casos en que el documento no ha podido ser entregado por la indicada vía postal, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. Resoluciones de 30 de enero de 2012, 16 de diciembre de 2013 y 14 de mayo de 2019) que el acta autorizada conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial acredita únicamente el simple hecho del envío de la carta por correo, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo y la devolución del envío por no haber podido realizarse la entrega, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre. De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de diciembre de 2013, 3 de agosto de 2017 y 14 de mayo y 29 de agosto de 2019, debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario a fin de satisfacer la exigencia legal de la notificación fehaciente de la transmisión al arrendatario a los efectos del eventual ejercicio del derecho de retracto, como requisito necesario para el levantamiento del correspondiente cierre registral.

En el presente caso la notificación presencial ex artículo 202 del Reglamento Notarial (única que respecto de todas las condiciones definitivas de la venta se ha intentado) ha sido infructuosa. A la luz de lo establecido en los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial debe concluirse que en el presente caso era necesaria una doble actuación notarial, que diera cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula, uno efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación había de practicarse, y otro mediante su envío por correo certificado con acuse de recibo (o por cualquier otro procedimiento que permitiera dejar constancia fehaciente de la entrega).

Resolución de 28-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Ponteareas.

HERENCIA: INTERVENCIÓN EN LA PARTICIÓN DE LOS DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO.

Es procedente exigir que, si el desheredado carece de descendientes, se manifieste así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, se acredite quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en la operaciones de adjudicación de la herencia.

Previamente debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto a la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que el registrador no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada. En tal sentido y 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 (cfr. Resolución de 22 de noviembre de 2021, reiterada por muchas otras).

También previamente, hay que tener en cuenta que, como se fundamenta en la calificación y coincide en ello la recurrente, en la sucesión causada por el primer fallecido, y en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la legítima gallega, rige lo dispuesto en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia, por lo que, en esta sucesión, se trata de una legítima «pars bonorum» que exige la intervención, como regla general, de todos los legitimarios (artículos 146.2, 149.1 y 151.1 de la citada ley).

Según doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., entre otras, las Resoluciones de 28 de enero de 2021, 20 de julio de 2022 y 23 de julio de 2024), es procedente exigir que, si el desheredado carece de descendientes, se manifieste así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, se acredite (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en la operaciones de adjudicación de la herencia (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos —vid. Resolución de 10 de febrero de 2021—).Por tanto, no manifestándose en la escritura la inexistencia de descendientes de la desheredada, el defecto ha de ser confirmado.

Resolución de 28-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

HIPOTECA: INTERÉS DE DEMORA LEY 5/2019.

Las normas imperativas de los citados artículos 25 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria se

refieren expresamente a préstamos o créditos que estén garantizados «mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial».

Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior —o incluso permitiera no pactar tipo de interés de demora alguno— en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica.

De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de aquella en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación, y por consiguiente la fijación de un tipo de demora inferior al legal.

En el presente caso es determinante que las normas imperativas de los citados artículos 25 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria se refieren expresamente a préstamos o créditos que estén garantizados «mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial». Queda así acotada con precisión la referida limitación, de modo que no puede ser extrapolada a otros supuestos no contemplados en tales preceptos legales ni pueden ser éstos objeto de una interpretación que desborde los términos en que aquella está formulada (vid. artículo 4 del Código Civil y Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de noviembre de 2013, 25 de abril y 3 de junio de 2014 y 24 de mayo de 2022, entre otras). Por ello, al constituirse en el presente caso la hipoteca sobre un inmueble no residencial, el defecto debe ser revocado.

Resolución 28-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

BIENES COMPRADOS POR CÓNYUGES EXTRANJEROS: APLICACIÓN ART. 92 RH.

Para que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, tratándose de extranjeros, bastará dicha manifestación, haciéndose constar en la inscripción que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial (artículo 92 Reglamento Hipotecario).

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello, la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas ca-

sadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. Por otra parte, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

Así, frente a la regla general de nuestro sistema registral, que exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (artículo 51.6.ª Reglamento Hipotecario), y aunque, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para la adquisición de un bien por extranjero casado debería acreditarse el régimen económico en ese momento, a fin de inscribir dicho bien según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el artículo 51.9.ªa), del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económicomatrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial (artículo 92 Reglamento Hipotecario).

Por ello, debe entenderse que para inscribir la adquisición realizada conjuntamente por los cónyuges mediante la escritura objeto de la calificación impugnada es suficiente que, conforme al artículo 92 del Reglamento Hipotecario, se haga constar por el notario que la Ley aplicable es la israelí; de modo que el momento de la enajenación posterior —voluntaria o forzosa— será cuando hayan de tenerse en cuenta las consideraciones expresadas en dicha calificación registral y acreditarse el concreto derecho israelí aplicable.

Resolución de 28-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Tías.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN. PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el presente caso, analizada la instancia privada que inicia el procedimiento registral, se observa que en la misma no se ha manifestado voluntad de recibir las notificaciones por vía telemática ni se ha señalado una dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones. Concurriendo dudas fundadas sobre la identidad de la finca, no procede inscribir la base gráfica

Como se desprende del artículo 322, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, para que sea válida la notificación por vía telemática se requiere que el interesado lo haya manifestado así al tiempo de la presentación del título, quedando constancia fehaciente. Ello debe interpretarse en el sentido de que debe ser en la instancia de presentación, que contiene la solicitud de inscripción, donde el presentante ha

de manifestar tal voluntad de recibir las notificaciones por vía telemática, dejando constancia de ello, mediante el señalamiento de una dirección de correo electrónico donde realizar tales notificaciones. En el presente caso, analizada la instancia privada que inicia el procedimiento registral, se observa que en la misma no se ha manifestado voluntad de recibir las notificaciones por vía telemática ni se ha señalado una dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones. El presentante reseña una dirección de correo postal para la práctica de las notificaciones. Por tanto, la notificación mediante correo electrónico no ha sido la elegida por el interesado, por lo que la notificación del registrador por correo electrónico no es formalmente correcta para determinar el día del cómputo inicial del plazo para interponer el recurso. Además, la notificación por la vía del correo electrónico ordinario tampoco parece que cumpla con los requisitos que exige el artículo 41 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Por tanto, la forma de notificación elegida por el registrador para notificar la nota de calificación no puede ser utilizada como día inicial del cómputo del plazo del mes para interponer el recurso.

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 registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

La documentación aportada por quien se opone a la inscripción sólo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia; la cual, caso de haberla, solo puede resolverse judicialmente, lo que ocurre en el presente caso, sin que competa al registrador de la Propiedad en sede de calificación registral, o a la Dirección General en sede de recurso, decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada por el promotor, o soluciones transaccionales entre colindantes.

Resolución de 28-1-2025
BOE 20-2-2025
Registro de la Propiedad de Ripoll.

HERENCIA: DOCUMENTOS NECESARIOS.

Es preciso aportar los documentos que justifican que el transmisario ostenta la condición de tal.

De la relación de los hechos resulta que el heredero de los primeros causantes, don A. C. S., fallece con posterioridad a sus padres según consta en la escritura,

esto es, el día 20 de noviembre de 2013, y, según lo que resulta del título, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de ellos. Resulta necesario, a los efectos de acreditar la condición de únicos herederos de don A. y doña M. T. C. B. y, por tanto, comprobar si concurren todos los interesados en la herencia de don A. C. V. y doña A. S. B., aportar o testimoniar el testamento, certificado de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad o, en su caso, el acta de declaración de herederos ab intestato de don A. C. S.

Por último, alega el recurrente que no puede aportar dicho título por cuanto no presenta ningún derecho sucesorio frente al mismo que le permita solicitar una copia. Pero el artículo 224 del Reglamento Notarial establece lo siguiente: «1. Además de cada uno de los otorgantes, según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura o póliza incorporada al protocolo algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento». Por tanto, según se desprende de la escritura que se presenta a calificación, hay interés legítimo para el recurrente en la solicitud de la copia de herencia reseñada.

Resolución de 29-1-2025
BOE 27-2-2025
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAAD DE LA FINCA.

Solo cuando se tenga la certeza de que la base gráfica invade otra finca o el dominio público puede negarse la tramitación del procedimiento del artículo 199.

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.

La protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

La correspondencia entre la finca objeto del procedimiento y su representación gráfica constituye un presupuesto para que el registrador proceda a la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, lo anterior no puede justificar, por sí solo, las dudas de identidad manifestadas por la registradora en su calificación. En caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del dominio público afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión. Es por ello por lo que estas dudas de identidad señaladas por la registradora en su calificación no pueden mantenerse a los efectos de impedir la tramitación del procedimiento del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la calificación que proceda a su conclusión.

Resolución de 29-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Málaga, número 13.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO ESTATUTARIO SOBRE PROHIBICIÓN DE USOS.

La excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, «cualquier otra modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la Comunidad». Es necesario el consentimiento de determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción del acuerdo debatido.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. La regla duodécima del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal ha sido modificada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, de modo que —con efectos de 3 de abril de 2025— se establece su aplicación no sólo al acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere sino también al acuerdo expreso por el que se apruebe o prohíba dicha actividad (por cierto, como había interpretado este Centro Directivo respecto del acuerdo prohibitivo —vid. las Resoluciones de 16 de junio y 5 de noviembre de 2020, 15 y 22 y 8 de enero y 8 de junio de 2021, 21 de diciembre de 2022 y 7 de febrero de 2022— y ha confirmado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia número 1232/2024, de 3 de octubre). Y se complementa con la adición de un nuevo apartado 3 al artículo 7 de la citada Ley sobre propiedad horizontal, según el cual el propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo 17 de esta Ley.

Lo que no permite es 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, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (vid. las Resoluciones de esta Dirección General de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020, 15 de enero, 8 de junio y 1 de diciembre de 2021 y 7 de febrero de 2023), o, como ocurre en el presente caso, «cualquier otra modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la Comunidad».

Debe también confirmarse la objeción que opone la registradora al exigir el consentimiento de determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción del acuerdo debatido. Si en el Registro apareciesen

inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que ésta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria). Precisamente el fundamento del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los derechos inscritos radica en razones de seguridad jurídica del tráfico (artículo 9.3 de la Constitución), para evitar las cargas ocultas y la clandestinidad en el ámbito inmobiliario, que es precisamente lo que la legislación hipotecaria trata de evitar.

Resolución de 29-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que alegue el registrador, tanto respecto de la coincidencia de la finca con el título previo, como de posible invasión de otras fincas, deben ser fundadas y motivadas.

Este Centro Directivo —cfr. Resolución de 14 de noviembre de 2018— ha señalado que, cuando el registrador ha de calificar si existe identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, la Ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por ello es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación, siendo por ello preciso una identificación razonable entre ambos modelos descriptivos. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no puede limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la Ley, justificando las dudas fundadas sobre ella.

Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), la dicción legal —coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. El notario aporta la referencia catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble cuya inmatriculación se pretende, junto con el correspondiente anexo de coordenadas georreferenciadas, obtenida directamente por el notario, del Catastro, a instancia de los interesados, cuyo traslado a papel une a la matriz, por lo que la descripción que debe hacerse en la inmatriculación será esta, una vez constatado que no hay razones fundadas para dudar de

la identidad de que es la misma finca, aunque haya diferencias descriptivas entre el título previo y el inmatriculador, como ya se ha razonado.

No sólo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Granada, número 7.

INEXACTITUD REGISTRAL: DISTINCIÓN DE LOS ERRORES DE LOS ASIENTOS.

Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad; el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La cuestión planteada en este expediente ha sido objeto de una reiterada atención de esta Dirección General por lo que su doctrina y argumentos deben ser de aplicación nuevamente y el recurso no puede prosperar. Conforme a dicha doctrina, los principios de legitimación y salvaguardia judicial de los asientos y los conceptos registrales de inexactitud y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. artículo 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras, pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos.

De lo expuesto se deduce que, en su caso, la eventual inexactitud registral derivaría no de un error del Registro, en el sentido expresado en el anterior fundamento de Derecho, sino de un error en la escritura que motivó la inscripción registral. Si como consecuencia del acceso al Registro de la Propiedad de segregaciones posteriores la superficie de la finca matriz ha quedado agotada o disminuida de modo que la superficie resultante sea inferior a la que ahora se pretende inscribir, es evidente que no procede la inscripción sin que previa o simultáneamente se rectifique la superficie de dicha finca (artículo 40 de la Ley Hipotecaria en relación a los artículos 47 y 50 de su Reglamento) lo cual ha de ser solicitado por el titular registral de la finca resto, y no simplemente por el comprador de la porción segregada.

Resolución de 29-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Montefrío.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El objeto del expediente del 199 es permitir al registrador disipar las eventuales dudas sobre la identidad de la finca.

Si el registrador tiene dudas respecto a la correspondencia de la descripción de la finca registral con la de la parcela catastral, o no puede afirmar con rotundidad que ambas se refieren a la misma porción de terreno, debe intentar resolver las dudas tramitando el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, y a la vista del resultado, emitir la correspondiente calificación negativa, o practicar la inscripción, en caso de disiparse las dudas. Es decir, corresponde al registrador, una vez practicados los trámites del expediente del artículo 199, calificar, a la vista del resultado de dichos trámites y de las alegaciones realizadas, la correspondencia entre la finca inscrita y la parcela catastral y, en consecuencia, practicar la inscripción de la base gráfica junto con las rectificaciones descriptivas procedentes.

Resolución de 30-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Huete.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe denegar la inscripción de la base gráfica si se acreditan de forma indubitada dudas razonables sobre la identidad de la finca.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

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.

La nota de calificación reproduce las alegaciones del colindante, concluyendo que a la vista de la documentación aportada (Geoportal, Catastro y fotos relativas a la delimitación perimetral de ambas fincas) se desprende que no es pacífica la representación gráfica cuya inscripción se pretende. En el caso de este expediente, la oposición viene formulada por un colindante catastral y registral, lo cual merece una especial consideración por el registrador, como resulta de la Resolución de 2 de noviembre de 2023. Pero esa especial consideración que merece la oposición de un titular registral no es óbice para que el registrador deba fundar objetivamente la nota de calificación. En definitiva, en el caso que nos ocupa no pueden considerarse fundados los motivos por los que existen las dudas de identidad, ni las razones por las que la oposición del titular colindante debe prevalecer sobre la solicitud de inscripción de la representación gráfica catastral.

Resolución de 30-1-2025
BOE 19-2-2025
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe denegar la inscripción de la base gráfica si se acreditan de forma indubitada dudas razonables sobre la identidad de la finca.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

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.

Es cierto que para que el registrador pueda rechazar la inmatriculación de una finca por supuesta invasión de otra ya inmatriculada, no es imprescindible que ésta última tenga su georreferenciación ya inscrita (puede ser anterior a la Ley 13/2015 y no tener representación gráfica, pues en tal caso no hablaríamos

de simples indicios fundados sino, en su caso, certezas geométricas de invasión), pero sí que cuando el titular registral de la finca inmatriculada formule oposición a la nueva inmatriculación, la justifique. Para ello si no la aporta inicialmente, el registrador podrá requerirle para que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca.

En el presente caso no se ha formulado duda justificada alguna de que la representación gráfica que pretende inscribirse pueda invadir otra finca inscrita, siendo la única cuestión planteada, y a la que se circunscribe este recurso, las dudas motivadas por la coincidencia en la localización de la finca. Pero dicha coincidencia ya resultaba con anterioridad de los asientos del registro, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1, párrafo tercero, Ley Hipotecaria), por lo que, en caso de que el registrador así lo estime, lo procedente es iniciar, incluso de oficio, el procedimiento para subsanar la doble inmatriculación previsto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

Siguiendo un elemental criterio de prudencia y a fin de evitar el nacimiento de los efectos legitimadores que en cuanto a los datos físicos de la finca se derivarían de la práctica de la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, lo procedente sería iniciar, aun de oficio, el procedimiento de subsanación de la doble o múltiple inmatriculación.

El artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 30-1-2025
BOE 20-2-2025
Registro de la Propiedad de Santander, número 4.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No cabe anotar un embargo si el procedimiento se ha seguido con persona distinta del titular registral.

Con carácter previo debe señalarse que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En el presente expediente, la finca se encuentra inscrita a nombre de los cónyuges don U. G. A. y doña I. H. H. para su sociedad conyugal, y el procedimiento se ha dirigido, según consta en el mandamiento, contra doña M. I. H. H., persona diferente del titular registral, por lo que, en aplicación de lo expresado en el anterior fundamento de Derecho, el recurso debe ser desestimado, en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

Resolución de 4-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Oliva.

HIPOTECA: SUJETA A LA LEY 2/2009.

Tratándose de un préstamo sujeto a la Ley de 2009 es necesario acreditar la inscripción del prestamista en el Registro correspondiente y la constitución. del seguro.

Dado que en este supuesto el inmueble objeto de la garantía se trata de una parcela sin edificar, el préstamo no se encontraría comprendido dentro del ámbito del artículo 2.1.a) que exige un uso residencial del inmueble hipotecado. Procede, en consecuencia, determinara cuál es el ámbito de aplicación del artículo 2.1.b) que, en principio, comprende tanto los préstamos personales como los garantizados con cualquier garantía real que no recaiga sobre un inmueble de uso residencial que respondan a la finalidad recogida en el mismo concedidos a prestatarios personas físicas consumidoras.

La Instrucción de esta Dirección General de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha considerado como más ajustada a la voluntad del legislador la interpretación literal del artículo, compresiva de todo tipo de inmuebles, en aras a una mayor protección de los consumidores que es el criterio que debe prevalecer en la interpretación de las normas que les afecten, considerando que lo relevante en este supuesto es que el prestatario o el garante sea una persona física consumidora y no el destino o carácter del inmueble sobre el que recae la inversión.

Respecto al significado que debe darse a que la finalidad del préstamo tenga que ser para «adquirir o conservar derechos de propiedad», la citada Instrucción de 20 de diciembre de 2019, partiendo de la consideración de que adquirir o conservar «derechos de propiedad» es un concepto distinto que el de conservar la cosa objeto de la propiedad, ha señalado que comprende aquellos préstamos destinados: 1.º) a «pagar todo o parte del precio de esa compra de un inmueble» (de cualquier naturaleza), u obtener un derecho a adquisición de la propiedad (derecho de opción de compra, derechos de tanteo o retracto convencional, etc.), considerándose que el préstamo destinado simultáneamente a adquirir y rehabilitar el inmueble deben ser objeto de tratamiento unitario porque la finalidad económica de la total operación será finalmente adquirirlo en estado de que sea habitable o susceptible de explotación; 2.º) a «verificar los pagos para levantar un embargo» u otra carga real cuyo impago pueda originar la pérdida del derecho de propiedad (condición resolutoria, hipoteca, etc.), y 3.º) a «posibilitar la conservación de la propiedad» mediante la refinanciación de «un préstamo anterior que se hubiera contraído con esa misma finalidad adquisitiva o que estuviera garantizado mediante una hipoteca sobre un inmueble», etc. Y, como supuestos especiales, la Resolución de 21 de enero de 2020 añade los dos siguientes: 1.º) «los créditos garantizados (con cualquier tipo de garantía) destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial (artículo 46 Directiva 2014/17/UE in fine)», antes

aludidos, y 2.º) los créditos destinados a evitar la ruina de un edificio cualquiera que fuere su carácter urbanístico.

En el supuesto objeto de este recurso, el préstamo se encuentra destinado a una finalidad que, aunque se indica que es de consumo, no se encuentra determinada concretamente, ni parece se pueda subsumir en ninguno de los supuestos que comprende el ámbito de aplicación del artículo 2.1.b) de la Ley 5/2019, ya que no puede estar destinado a la adquisición del terreno, la cual tuvo lugar diecinueve años antes, no existe edificación residencial que se pueda renovar o evitar su ruina, ni existen en el historial registral de la finca hipotecada embargos o cargas que levantar, ni préstamos hipotecarios que refinanciar.

Por tanto, al no ser de aplicación la Ley 5/2019 debe analizarse si lo es la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Siendo en este caso el destino del préstamo de categoría de consumo, según la manifestación de las partes interesadas, y concurriendo los demás requisitos para la aplicación de la Ley 2/2009, el prestamista debería encontrarse inscrito en el Registro de la Comunidad Autónoma donde tuviera su domicilio social aunque su ámbito de actuación fuere estatal, inscripción que debe notificarse al Registro del Instituto Nacional de Consumo (artículo 3.1 y.3), sin que la inscripción del prestamista en el Registro del Banco de España le exonere de ello.

Finalmente, siendo aplicable la citada Ley 2/2009, tampoco consta debidamente justificada la vigencia al tiempo del otorgamiento del crédito, del seguro o aval exigido por el artículo 7 de la misma para ejercer la actividad de prestamista inmobiliario frente a consumidores o deudores personas físicas en el ámbito de dicha norma; seguro o aval cuyos datos identificativos, contenido y vigencia debe constar en el registro correspondiente.

Resolución de 4-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Utrera, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO AFECTANTE A BIENES GANANCIALES.

No cabe inscribir una sentencia que acuerda la resolución de una compra porque en el procedimiento no ha tenido intervención la esposa, siendo la finca ganancial.

Alega el recurrente la reiterada doctrina jurisprudencial que libera al acreedor de la carga de demandar a ambos cónyuges cuando ha contratado con uno solo de ellos y no obliga al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986 y 16 de junio de 1989). En el ámbito de los procesos ejecutivos, el Reglamento Hipotecario armonizó las dos circunstancias (carácter ganancial del bien con la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario) no exigiendo demanda del embargo al cónyuge no titular, pero

sí que se notifique la demanda al cónyuge en gananciales que no es formalmente titular registral por no haber sido comprador.

Pero este no es el supuesto contemplado en el presente expediente, pues se trata de un procedimiento declarativo de resolución de compraventa de una finca inscrita con carácter presuntivamente ganancial. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y cualquier modificación exige consentimiento del titular registral o resolución judicial firme en procedimiento seguido contra todos aquellos a quien el asiento registral conceda algún derecho (cfr. artículos 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, ha de confirmarse el defecto apreciado por la registradora, puesto que la resolución judicial de una compraventa exige la intervención de la cónyuge del adquirente, casado en régimen económico-matrimonial de gananciales.

Resolución de 4-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

No existe ningún obstáculo jurídico para que la formalización de operaciones de préstamo con garantía hipotecaria por un apoderado quede subordinada a la previa aprobación de las mismas por los órganos o por otro apoderado de la entidad concedente.

De la interpretación del art. 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por 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. El registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral "a la existencia de a reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación"». Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la Propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos.

No existe ningún obstáculo jurídico para que la formalización de operaciones de préstamo con garantía hipotecaria por un apoderado quede subordinada a la

previa aprobación de las mismas por los órganos o por otro apoderado de la entidad concedente. Por las razones expuestas, en el presente supuesto debe determinarse únicamente si está o no fundada en derecho la exigencia por el Registrador de una escritura pública de consentimiento o de ratificación por parte del apoderado que suscribe la referida certificación incorporada a la escritura calificada. Respecto de esta cuestión ha de concluirse necesariamente en el carácter infundado de dicha exigencia. No puede obviarse que, no obstante la referencia a dicho documento privado con firma legitimada, el Notario asevera, bajo su responsabilidad que de la documentación auténtica reseñada resulta que el apoderado está suficientemente facultado para formalizar el negocio de que se trata.

Es el notario autorizante quien, bajo su responsabilidad, ha emitido un juicio sobre el cumplimiento de un requisito que respecto de esa condición suspensiva de la eficacia del poder se ha establecido por el poderdante, cual es «la exhibición de autorización con firmas legitimadas librada en relación con la operación de que se trate, y estableciendo las condiciones de la operación por dos apoderados Tipo G1». Y no puede afirmarse que este juicio notarial sea claramente erróneo, sin que a esta conclusión puedan oponerse las consideraciones expresadas por el registrador en la calificación impugnada.

Resolución de 4-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Don Benito.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA DE PARCELACIÓN.

Si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística.

Del artículo 26 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 y del artículo 148 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación que pretendan acceder al Registro de la Propiedad. En el ámbito de la legislación sustantiva extremeña resulta exigible licencia a efectos de inscripción los actos de parcelación, división o segregación y la constitución o modificación de los complejos inmobiliarios, así como cualquier tipo de intervención u operación jurídica que afecte al régimen de propiedad de un inmueble mediante su división, produciendo un incremento del número de viviendas, establecimientos u otros elementos susceptibles de aprovechamiento privativo independiente.

Ciertamente, como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación, ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, pues el régimen

de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total. Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. En el caso particular de este expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, como demuestra la perfecta delimitación de porciones de terreno de uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública y separados por un elemento de cierre.

No cabe invocar la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016 y 7 de marzo y 2 de agosto de 2017, pues, por un lado, todas estas Resoluciones siguen partiendo de la exigencia de un título administrativo habilitante de la inscripción, en lo que se refiere a los actos de división de suelo, a diferencia de los edificatorios. Sin perjuicio de que tal título habilitante pueda ser la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Resolución de 5-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD DEL ART. 68 RH.

No se exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros mediante cuotas con asignación de uso ex art. 68 RH.

Para dar respuesta a la cuestión principal objeto de este expediente, es decir, si la ley (artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal) exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros, o sólo lo hace para los casos expresamente mencionados en su artículo 10 (entre ellos la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, o su disminución por segregación de alguna parte), hay que partir de la naturaleza jurídica de cada una de estas figuras y valorar las consideraciones (material y jurídica) que fundamentan esta exigencia de acuerdo de la junta de propietarios de la comunidad contenida en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en el caso de la comunidad funcional la finca original no se extingue ni se crean fincas independientes, sino que la propiedad de la misma se distribuye en cuotas, cada una de las cuales da derecho al uso exclusivo de una zona determinada, debiendo describirse pormenorizada-

mente, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes (artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997; y antigua redacción del artículo 68, apartados 3 y 4, éstos anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001). Por tanto, la comunidad funcional es distinta a las figuras de división y de segregación.

Por lo que se refiere a si la reseñada redistribución del local que aquí nos ocupa constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la respuesta ha de ser negativa. En el supuesto que motiva esta Resolución, se trata indudablemente de una comunidad de carácter funcional por razón de su destino, en la que quedan excluidos la «actio communi dividundo» y el derecho de retracto; participando tal comunidad o subcomunidad de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990), en los habituales casos de subcomunidades de aparcamientos o garajes (cfr. Resolución de 18 de octubre de 2021).

Si lo que desea la comunidad es restringir la entrada de nuevos propietarios, o los usos de ciertos elementos, tendrían que hacerlo en un estatuto privativo, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, para que tenga efectos frente a terceros, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal en su tercer párrafo, pues no ha de olvidarse un principio general de especial alcance y relevancia en el campo del derecho privado: lo no prohibido está permitido.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de la figura de la comunidad funcional, frente a la segregación y la división, así como las consideraciones jurídica y material del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal que fundamenta la exigencia de la autorización de la comunidad para la segregación y la división —que, como ya hemos dicho, no es el caso—; el principio general de que las normas prohibitivas o que imponen obligaciones deben de interpretarse restrictivamente (criterio aplicable para una recta interpretación del antedicho artículo 10.3.b); el principio general de que lo no prohibido está permitido, y siendo que los estatutos no prohibieron tal distribución de local, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, procede estimar el presente recurso.

Resolución de 5-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD DEL ART. 68 RH.

No se exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros mediante cuotas con asignación de uso ex art. 68 RH.

Para dar respuesta a la cuestión principal objeto de este expediente, es decir, si la ley (artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal) exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros, o sólo lo hace

para los casos expresamente mencionados en su artículo 10 (entre ellos la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, o su disminución por segregación de alguna parte), hay que partir de la naturaleza jurídica de cada una de estas figuras y valorar las consideraciones (material y jurídica) que fundamentan esta exigencia de acuerdo de la junta de propietarios de la comunidad contenida en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en el caso de la comunidad funcional la finca original no se extingue ni se crean fincas independientes, sino que la propiedad de la misma se distribuye en cuotas, cada una de las cuales da derecho al uso exclusivo de una zona determinada, debiendo describirse pormenorizadamente, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes (artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997; y antigua redacción del artículo 68, apartados 3 y 4, éstos anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001). Por tanto, la comunidad funcional es distinta a las figuras de división y de segregación.

Por lo que se refiere a si la reseñada redistribución del local que aquí nos ocupa constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la respuesta ha de ser negativa. En el supuesto que motiva esta Resolución, se trata indudablemente de una comunidad de carácter funcional por razón de su destino, en la que quedan excluidos la «actio communi dividundo» y el derecho de retracto; participando tal comunidad o subcomunidad de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990), en los habituales casos de subcomunidades de aparcamientos o garajes (cfr. Resolución de 18 de octubre de 2021).

Si lo que desea la comunidad es restringir la entrada de nuevos propietarios, o los usos de ciertos elementos, tendrían que hacerlo en un estatuto privativo, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, para que tenga efectos frente a terceros, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal en su tercer párrafo, pues no ha de olvidarse un principio general de especial alcance y relevancia en el campo del derecho privado: lo no prohibido está permitido.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de la figura de la comunidad funcional, frente a la segregación y la división, así como las consideraciones jurídica y material del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal que fundamenta la exigencia de la autorización de la comunidad para la segregación y la división —que, como ya hemos dicho, no es el caso—; el principio general de que las normas prohibitivas o que imponen obligaciones deben de interpretarse restrictivamente (criterio aplicable para una recta interpretación del antedicho artículo 10.3.b); el principio general de que lo no prohibido está permitido, y siendo que los estatutos no prohibieron tal distribución de local, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, procede estimar el presente recurso.

Resolución de 5-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD DEL ART. 68 RH.

No se exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros mediante cuotas con asignación de uso ex art. 68 RH.

Para dar respuesta a la cuestión principal objeto de este expediente, es decir, si la ley (artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal) exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros, o sólo lo hace para los casos expresamente mencionados en su artículo 10 (entre ellos la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, o su disminución por segregación de alguna parte), hay que partir de la naturaleza jurídica de cada una de estas figuras y valorar las consideraciones (material y jurídica) que fundamentan esta exigencia de acuerdo de la junta de propietarios de la comunidad contenida en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en el caso de la comunidad funcional la finca original no se extingue ni se crean fincas independientes, sino que la propiedad de la misma se distribuye en cuotas, cada una de las cuales da derecho al uso exclusivo de una zona determinada, debiendo describirse pormenorizadamente, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes (artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997; y antigua redacción del artículo 68, apartados 3 y 4, éstos anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001). Por tanto, la comunidad funcional es distinta a las figuras de división y de segregación.

Por lo que se refiere a si la reseñada redistribución del local que aquí nos ocupa constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la respuesta ha de ser negativa. En el supuesto que motiva esta Resolución, se trata indudablemente de una comunidad de carácter funcional por razón de su destino, en la que quedan excluidos la «actio communi dividundo» y el derecho de retracto; participando tal comunidad o subcomunidad de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990), en los habituales casos de subcomunidades de aparcamientos o garajes (cfr. Resolución de 18 de octubre de 2021).

Si lo que desea la comunidad es restringir la entrada de nuevos propietarios, o los usos de ciertos elementos, tendrían que hacerlo en un estatuto privativo, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, para que tenga efectos frente a terceros, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal en su tercer párrafo, pues no ha de olvidarse un principio general de especial alcance y relevancia en el campo del derecho privado: lo no prohibido está permitido.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de la figura de la comunidad funcional, frente a la segregación y la división, así como

las consideraciones jurídica y material del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal que fundamenta la exigencia de la autorización de la comunidad para la segregación y la división —que, como ya hemos dicho, no es el caso—; el principio general de que las normas prohibitivas o que imponen obligaciones deben de interpretarse restrictivamente (criterio aplicable para una recta interpretación del antedicho artículo 10.3.b); el principio general de que lo no prohibido está permitido, y siendo que los estatutos no prohibieron tal distribución de local, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, procede estimar el presente recurso.

Resolución de 5-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDAD DEL ART. 68 RH.

No se exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros mediante cuotas con asignación de uso ex art. 68 RH.

Para dar respuesta a la cuestión principal objeto de este expediente, es decir, si la ley (artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal) exige acuerdo de la comunidad de propietarios para distribuir un local en trasteros, o sólo lo hace para los casos expresamente mencionados en su artículo 10 (entre ellos la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, o su disminución por segregación de alguna parte), hay que partir de la naturaleza jurídica de cada una de estas figuras y valorar las consideraciones (material y jurídica) que fundamentan esta exigencia de acuerdo de la junta de propietarios de la comunidad contenida en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en el caso de la comunidad funcional la finca original no se extingue ni se crean fincas independientes, sino que la propiedad de la misma se distribuye en cuotas, cada una de las cuales da derecho al uso exclusivo de una zona determinada, debiendo describirse pormenorizadamente, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes (artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997; y antigua redacción del artículo 68, apartados 3 y 4, éstos anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001). Por tanto, la comunidad funcional es distinta a las figuras de división y de segregación.

Por lo que se refiere a si la reseñada redistribución del local que aquí nos ocupa constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la respuesta ha de ser negativa. En el supuesto que motiva esta Resolución, se trata indudablemente de una comunidad de carácter funcional por razón de su destino, en la que quedan excluidos la «actio communi dividundo» y el derecho de retracto; participando tal comunidad o subcomunidad de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un

aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990), en los habituales casos de subcomunidades de aparcamientos o garajes (cfr. Resolución de 18 de octubre de 2021).

Si lo que desea la comunidad es restringir la entrada de nuevos propietarios, o los usos de ciertos elementos, tendrían que hacerlo en un estatuto privativo, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, para que tenga efectos frente a terceros, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal en su tercer párrafo, pues no ha de olvidarse un principio general de especial alcance y relevancia en el campo del derecho privado: lo no prohibido está permitido.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de la figura de la comunidad funcional, frente a la segregación y la división, así como las consideraciones jurídica y material del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal que fundamenta la exigencia de la autorización de la comunidad para la segregación y la división —que, como ya hemos dicho, no es el caso—; el principio general de que las normas prohibitivas o que imponen obligaciones deben de interpretarse restrictivamente (criterio aplicable para una recta interpretación del antedicho artículo 10.3.b); el principio general de que lo no prohibido está permitido, y siendo que los estatutos no prohibieron tal distribución de local, conforme el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, procede estimar el presente recurso.

Resolución de 6-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

HORIZONTAL: ACUERDO ESTATUTARIO SOBRE PROHIBICIÓN DE USOS.

La excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, uso turístico en general aun cuando no esté sometido a un régimen específico derivado de su normativa sectorial.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. La regla duodécima del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal ha sido modificada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, de modo que —con efectos de 3 de abril de 2025— se establece su aplicación no sólo al acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere sino también al acuerdo expreso por el que se apruebe o prohíba dicha actividad (por cierto, como había interpretado este Centro Directivo respecto del acuerdo prohibitivo —vid. las Resoluciones de 16 de junio y 5 de noviembre de 2020, 15 y 22 y 8 de enero y 8 de junio de 2021, 21 de diciembre

de 2022 y 7 de febrero de 2022— y ha confirmado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia número 1232/2024, de 3 de octubre). Y se complementa con la adición de un nuevo apartado 3 al artículo 7 de la citada Ley sobre propiedad horizontal, según el cual el propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo 17 de esta Ley.

En el presente caso, se adopta un acuerdo que comprende algunas limitaciones y prohibiciones que exceden del ámbito a que se refiere la antes transcrita letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pues —además de algunos usos que sí que estarían incluidos en dicho ámbito— se refiere al uso turístico en general aun cuando no esté sometido a un régimen específico derivado de su normativa sectorial y, por ello, no puede ser adoptado con la mayoría establecida en la regla duodécima del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Resolución de 6-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Ayamonte.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: PRESENTACIÓN CONJUNTA DECRETO Y MANDAMIENTO Y APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN SOBRE SUELOS CONTAMINADOS.

Conforme al art. 133 LH ha de presentarse y calificarse conjuntamente decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación. El adjudicatario ha de realizar la declaración sobre suelos contaminados.

Las exigencias formales de acceso de los títulos al Registro, determinan que cada título sea utilizado para el propósito perseguido con la máxima precisión; ello en pro de la seguridad jurídica y de la inscripción pretendida. En la actualidad, el artículo 133 de la Ley Hipotecaria exige que junto con el testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación, siempre se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas, sin perjuicio de la posibilidad establecida en el apartado segundo del mismo artículo 133; de modo que la presentación conjunta determina que la calificación también habrá de ser conjunta, los defectos de que adolezca cualquiera de ellos impedirían la inscripción de los dos, saliendo así al paso de las disfunciones que pudiera provocar su inscripción independiente.

Una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), éste será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con

lo dispuesto en la legislación civil. Ha de entenderse que una adjudicación consecuencia de una ejecución hipotecaria es un acto oneroso y, por tanto, obligada la declaración de suelos contaminados; más aún cuando recae sobre una vivienda unifamiliar (como es el caso) y no sobre una vivienda en altura de un edificio en propiedad horizontal (véase la Resolución de 3 de octubre de 2022), como pone de ejemplo la recurrente. Ahora bien, los propios términos de la legislación de referencia conducen a que tal exigencia debe ser cubierta por el propietario del bien adjudicado, una vez testimoniado el decreto de adjudicación y mediante un instrumento jurídico y documental adecuado (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 6-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Arona.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAAD DE LA FINCA.

Si concurren dudas justificadas sobre la identidad de la finca procede denegar la inscripción de la base gráfica.

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.

Los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas se sistematizan en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».— El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1.

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.

Como señalara la Resolución de 10 de noviembre de 2022 «cuando un particular formula oposición en términos confusos o sin que conste la autenticidad de su identidad, o validez y vigencia de la representación que alegue, o la identificación de cuál es la finca supuestamente invadida y en qué medida concreta, o cualquier otro extremo esencial, el registrador, como trámite para mejor proveer, puede requerirle para que subsane o complete tal escrito de oposición a fin de que el registrador pueda formarse un juicio cabal sobre la efectividad y fundamento de tal oposición y tomar la decisión que corresponda».

Establecido lo anterior, a la vista del historial registral de la finca objeto del procedimiento (que linda al este con la citada carretera) y del contenido de las alegaciones presentadas, debe confirmase la nota de calificación de la registradora, por existir dudas fundadas en cuanto a la configuración física de la finca y, en particular, en cuanto a dónde se sitúa el límite de la finca por el lindero este, según lo señalado en los fundamentos anteriores de esta resolución. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, lo procedente es la denegación de dicha inscripción y podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el artículo 199 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 6-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6.

PUBLICIDAD FORMAL: CERTIFICACIÓN CON INFORMACIÓN CONTINUADA.

Si el titular registral está legitimado para solicitar la expedición de la certificación con información continuada, también lo estará cualquiera de sus herederos.

Debe confirmarse la admisibilidad del recurso conforme al artículo 328 de la Ley Hipotecaria pues, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 30 de mayo de 2023, la negativa del registrador a expedir publicidad formal es una calificación más y, como tal, impugnable mediante el mismo recurso que puede interponerse contra la calificación que deniegue o suspenda la inscripción de un documento, debiendo por tanto el recurso tramitarse a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

También ha declarado esta Dirección General en Resoluciones como la de 19 de noviembre de 2024, que, ante una solicitud de publicidad formal, tres son los aspectos que debe calificar el registrador: en primer lugar, si procede o no expedir la información solicitada, atendida la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, si existe interés legítimo en el solicitante, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias del historial registral de la finca puede incluir o debe excluir de la información. La publicidad ha de adecuarse a las finalidades de la institución registral, que son: la investigación jurídica en sentido amplio, la patrimonial y la económica (crédito, solvencia y responsabilidad); así como la investigación jurídica en sentido estricto encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales.

Antes de entrar a resolver el fondo del recurso, debemos determinar el objeto de la petición de publicidad formal. Se solicita la expedición de una certificación con información continuada, certificación que se encuentra regula en el artículo 354 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, esta certificación presenta la especialidad de que, además de la titularidad y cargas vigentes, añadirá la publicidad posterior actualizada de los asientos de presentación que se practiquen durante los 30 días siguientes a la petición de la publicidad formal. El artículo 354 del Reglamento Hipotecario, en su número 3, parece restringir la legitimación reconocida en el inicio del número 1, puesto que mientras que en éste se establece que «el peticionario de una certificación», lo que pudiera interpretarse como cualquier peticionario, posteriormente en el número 3, limita dicha legitimación, al disponer: «La certificación con información continuada sólo podrá ser pedida por los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes».

En el presente caso, aunque el solicitante de la certificación no es titular registral, sí parece tenga cabida dentro del concepto «legítimo representante», puesto que, fallecidos los titulares registrales, sus herederos son los continuadores de su personalidad, puesto que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, conforme al artículo 660 del Código Civil. Por lo que, si el titular registral está legitimado para solicitar la expedición de la certificación con información continuada, también lo estará cualquiera de sus herederos.

Resolución de 6-2-2025
BOE 21-2-2025
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULA ESTATUTARIA DE AUTORIZACIÓN DE DIVISONES DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

La autorización estatutaria de divisiones de elementos privativos no tiene en principio carácter personalísimo.

La propia Ley sobre propiedad horizontal prevé y admite que «el título [constitutivo] podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobier-

no, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». Con esta previsión, incluida en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y debidamente inscrita, se exceptúa de la necesidad de contar con el consentimiento que como regla general se exigiría al amparo de los artículos citados más arriba, y sin que tal excepción pueda considerarse prohibida por la ley, sino al contrario permitida por ella. La validez de tales cláusulas ha sido admitida por este Dirección General en numerosas ocasiones (cfr., por todas, las Resoluciones de 19 de junio de 2012, 1 de febrero y 7 de mayo de 2014 y 12 de febrero de 2016).

La cuestión que se plantea es la de si esta concreta previsión del título constitutivo que consta debidamente inscrita y evita tener que contar con autorización de la junta de propietarios para dividir un elemento privativo opera sólo a modo de derecho personalísimo en favor de los titulares registrales concretos que la establecieron, o se trata de algo inherente a la propiedad de tales elementos, de modo que los ulteriores adquirentes de tales elementos tendrán también la posibilidad de efectuar tales divisiones sin necesidad de consentimiento de la comunidad de propietarios. A estos efectos debe considerarse que de la redacción inscrita no hay indicio alguno que permitiera interpretar que se estuviera configurando un derecho personalísimo que hubiera de extinguirse al fallecimiento de su titular, ni que se trate de un derecho cuya transmisibilidad se pudiera producir de modo separado a la del elemento privativo en cuyo favor opera.

Resolución de 11-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Gérgal.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Si la Administración competente informa sobre la invasión del dominio público, el registrador ha de denegar la inmatriculación.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que en caso de que, recibida por la Administración competente la notificación por parte del registrador expresando sus dudas acerca de la posible invasión del dominio público por una finca cuya inmatriculación se pretende, dicha Administración emita un informe en el que se opone a la inmatriculación, como sucede en este caso, el párrafo cuarto del artículo 205 de la Ley Hipotecaria establece de manera taxativa que el registrador denegará la inmatriculación.

Son dos los supuestos que contempla este párrafo cuarto del artículo 205 de la Ley Hipotecaria en los cuales el registrador puede rechazar la inmatriculación: uno, que la Administración manifieste su oposición justificada a la inmatriculación, y, otro, que la Administración no remita el informe solicitado en el plazo legalmente establecido y aun así el registrador conserve dudas sobre la posible invasión del dominio público. Es en este segundo caso donde el registrador debe iniciar el expediente regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria y en su caso, expresar, detallar y motivar suficientemente sus dudas. En cambio, si existe oposi-

ción expresa y fundada por parte de la Administración o la invasión resulta de las propias bases gráficas registrales, el registrador debe denegar la inmatriculación, incluso aunque se trate de patrimonio demanial público no inscrito, sin poder (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario), cuestionar el fondo del informe emitido por la Administración.

Resolución de 12-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA.

Cabe apreciar que mediante los negocios celebrados se ha instrumentado un negocio indirecto de opción de compra con una finalidad de garantía de una financiación extraña a la causa del contrato de opción.

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. La prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

Por todo ello y a la vista de dos escrituras con número de protocolo casi seguidos opción de compra y carta de pago de cantidades que habría que satisfacer en un futuro al ejercitarla—, hay base suficiente para entender que existe una financiación por la sociedad optante, como acreedora, a la persona concedente como deudora mediante la entrega de una serie de cantidades, que en ese momento y según resulta de la segunda de las escrituras, ascienden a 350.000 euros; siendo el destinatario final no la concedente sino una sociedad que era titular de una opción anterior y otros intermediarios (extremo ya reseñado en detalle con anterioridad). Cabe apreciar, por tanto, que mediante los negocios celebrados se ha instrumentado un negocio indirecto de opción de compra con una finalidad de garantía de una financiación extraña a la causa del contrato de opción; y contraria a la prohibición del pacto comisorio.

Este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, siempre que haya exacto cumplimiento de los requisitos pactados para la inscripción a favor del optante. Con carácter general se admite la notifi-

cación por medio de burofax, (cfr. Resolución de 14 de mayo de 2019), pero en nuestro caso, dada la trascendencia de los efectos resultantes del acto notificado (transmisión del dominio en ejercicio de derecho de opción), tal notificación debe ser realizada por conducto notarial.

Resolución de 12-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15.

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECITIFICACIÓN CABIDA DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Se entiende aplicable el punto tercero del art. 201 LH a la rectificación de la cabida de un elemento privativo, pero siempre que se acompañe el acuerdo de la comunidad.

Los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas se sistematizan en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b) de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».— El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1.

En el supuesto de hecho objeto de este expediente únicamente se solicita la rectificación del dato descriptivo referido a la superficie construida, tomado de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, por entender el recurrente la existencia de un error de medición original. La regulación, como un supuesto independiente y diferenciado de los anteriores, de los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 201 de la Ley Hipotecaria no permite hacer extensivas las excepciones contempladas en su apartado 1 a estos supuestos de meras rectificaciones superficiales que no conllevan la inscripción simultánea de

la representación gráfica georreferenciada de la finca, permitiendo así la práctica de las mismas siempre que estén suficientemente acreditadas y cumpliendo los requisitos impuestos por la propia legislación hipotecaria y por la legislación específica que en cada caso resulte aplicable.

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.

Resolución de 12-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ART. 206 LH: TÍTULO PARA LA INMATRICULACIÓN Y DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.

Se analiza el alcance de la certificación administrativa para inmatricular fincas y declarar obra nueva.

Para resolver el presente recurso debemos diferencias los dos actos jurídicos cuya inscripción se solicita en el título presentado: la inmatriculación de la finca y la inscripción de parte de una obra nueva, todos ellos a través de la certificación administrativa de dominio.

Con respecto a la inmatriculación de la finca, la primera cuestión que se plantea es la relativa a la titularidad de la finca. Se solicita la inscripción en favor de la Administración General del Estado y lo solicita el Organismo Autónomo Gerencia de Infraestructuras y equipamientos de Cultura del Ministerio de Cultura. Este es un organismo público adscrito al Ministerio de Cultura, que es responsable de la ejecución de infraestructuras y equipamientos que sean competencia del Ministerio, así como de la gestión del patrimonio inmobiliario afectado al Departamento. Es decir, se ha cumplido con el requisito de competencia al que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Debe diferenciarse la titularidad pública de la finca de su adscripción a un organismo público dependiente de la Administración titular, para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios, o de otro, que en ningún caso altera la titularidad del bien, conforme al artículo 73 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

En cuanto al defecto alegado por la registradora, de no constar el modo y título público de adquisición de la parcela de terreno cuya inmatriculación se pretende. De la documentación presentada resulta que el título de dominio, al que trata de suplir la certificación administrativa, se compone de tres documentos. El primero es el acta de desafectación de 26 de marzo de 2004, por la cual el Patrimonio del Estado desafecta el bien cuya inmatriculación se solicita y lo adscribe al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y en cumplimiento de la Orden Ministerial de 13 de marzo de 2003 las entrega a la representante de la Gerencia

de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Cultura, quien las recibe de conformidad, para ser destinadas al fin pactado. El segundo es el acta de toma de posesión del terreno cedido por la Corona de 28 de febrero de 1853 de 488.474 pies, equivalentes a 45.380 metros cuadrados. El tercero es el acta de deslinde de 1 de septiembre de 1886, por la cual se deslindaron de los terrenos procedentes del Observatorio Astronómico, un terreno destinado a la construcción de las Escuelas de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos. Respecto e este alega la registradora que no se acompaña copia autentica del acta, reconociendo expresamente el recurrente que no se tiene constancia de dicho documento.

Esta exigencia no coincide con lo que dispone el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, puesto que la aportación del título escrito de dominio es potestativa, se realizará «cuando dispongan de él». Por tanto, cuando no se disponga, podrá inmatricularse con la certificación administrativa librada, «previo informe favorable de sus servicios jurídicos, por el funcionario a cuyo cargo se encuentre la administración de los mismos, acreditativa del acto, negocio o modo de su adquisición». Por tanto, el título cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, pues ha sido dictado por órgano competente, la petición de inmatriculación, como conclusión de la resolución administrativa, es congruente con la clase de expediente o procedimiento seguido y son correctas las formalidades extrínsecas del documento presentado, los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, la relación de éste con el titular registral, por lo que el defecto alegado por la registradora debe ser revocado, por aplicación de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario.

El hecho alegado por la registradora no obsta para la inmatriculación de la finca en favor de la Administración General del Estado, como titular de la finca, aunque no lo solicite el citado Centro de Estudios, primero porque estamos ante el cumplimiento de una obligación legal, conforme al citado artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre; y segundo porque se solicita por un organismo que está facultado para ello, pues una cosa es la titularidad pública del bien y otra el organismo administrativo al que esté adscrito.

La registradora, teniendo esas dudas, podría haber iniciado de oficio un expediente el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, aplicando la doctrina de esta Dirección General, formulada en Resoluciones como la de 31 de enero de 2024, por la cual las dudas que, en una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, extensible a la certificación administrativa de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, le puedan surgir al registrador acerca de la eventual invasión de una finca ya inscrita, deben llevarle a suspender la inscripción y a la tramitación de oficio del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para tratar de solventar las dudas, lo cual no ha hecho en el presente caso. Pero, analizadas las objeciones, ningún obstáculo hay para la inmatriculación de la finca.

Respecto al defecto alegado de la falta de coincidencia entre la descripción de la finca en el título y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica, la registradora alega dos cuestiones: La primera es la de la falta de coincidencia en la titularidad para la cual se solicita la inmatriculación de la finca y la que consta en la certificación catastral. Dicha circunstancia no es defecto que impida la inscripción, pues como declaró la Resoluciones de esta Dirección General de 7 de abril y 25 de septiembre de 2017, no es necesario que de la certificación catastral resulte que la

finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente, pues tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015 debe considerarse tácitamente derogado el Título VI del Reglamento Hipotecario y, por tanto, su artículo 298, que exigía dicho requisito. La segunda es la relativa a la descripción de la finca, cuando la registradora entiende que no es admisible, que un mismo perímetro catastral tenga dos referencias, sino que debe deslindarse en cada referencia, el perímetro que corresponde a cada una de esas referencias. Olvida la registradora que esta cuestión está mediatizada por el hecho de que existe catastralmente una propiedad horizontal sobre la finca que se pretende inmatricular. Ello determina, como pasa en todas las propiedades horizontales que todas las referencias catastrales de los elementos privativos en los que se divide la propiedad horizontal se identifican en la cartografía sobre el terreno de la finca matriz, sobre la que se asienta la declaración de obra nueva y la división horizontal. Lo verdaderamente esencial para decidir si se puede inmatricular la finca es que la descripción de la misma en el título calificado coincida con la descripción de la parcela catastral, que se deriva de su certificación catastral descriptiva y gráfica. Coincidencia que en el presente caso si se produce.

Con referencia a la inscripción de la declaración de obra nueva, la certificación administrativa de dominio también es título hábil para proceder a la inscripción de dicha declaración, siempre que se acredite el cumplimiento de las exigencias urbanísticas y de las derivadas de la legislación sobre ordenación de la edificación. En el presente caso, nos encontraríamos ante la solicitud de inscripción de una declaración de obra nueva parcial, por el régimen de antigüedad del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo 7/2015, de 30 de octubre. En el presente caso, se acredita con la certificación catastral la antigüedad de la obra, que es del año 1975, con base en la cual no es exigible la aportación del seguro decenal, pues han transcurrido más de 10 años desde la terminación de la obra. Respecto a las diferencias descriptivas entre la descripción catastral y la que figura en el certificado técnico, relativa al número de plantas y superficie construida, entiende la registradora que ello es contrario al principio hipotecario de especialidad y al artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Analizado dicho artículo, respecto a la inscripción de la declaración de obra nueva por certificación administrativa de dominio, este exige literalmente que «se cumplan los requisitos establecidos por la legislación sectorial y se aporte la representación gráfica catastral de la finca o representación alternativa, en los términos previstos en el artículo 10». No se impone que la descripción de la obra nueva en el título tenga que coincidir con la que consta en el Catastro, puesto que es competencia del técnico dicha descripción y el requisito se ha cumplido.

Resolución de 12-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

DOBLE INMATRICULACIÓN: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El presupuesto para la tramitación del procedimiento es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación.

Ciertamente, el inmatriculante nunca se encuentra protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin que proceda entrar aquí examinar el alcance del artículo 32 de la Ley Hipotecaria o 1.473 del Código Civil, y, tratándose de una inmatriculación practicada por el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se produce la suspensión del principio de fe pública para el tercer adquirente durante el plazo de dos años (artículo 207 de la Ley Hipotecaria).

Como ya ha señalado esta Dirección General (vid. Resolución 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. 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.

Resolución de 12-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Sarria-Becerreá.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Se reiteran los requisitos necesarios para la inscripción de obra nueva por la vía del art. 28.4 LS.

Es importante dejar claro, en los supuestos de inscripción de obra nueva por antigüedad, tanto en la certificación de despacho como en la del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, como en cualquier otra publicidad que con posterioridad se expida, que se ha notificado al Ayuntamiento para que éste dicte la resolución procedente sobre la situación urbanística de la edificación y las posibles limitaciones a que pueda sujetarse el derecho de propiedad y proceda a solicitar su constancia registral por nota marginal. Así se deduce con toda claridad del apartado b) del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación. De esta forma, se evita que se genere una falsa apariencia de legalidad respecto de terceros, de manera que ningún adquirente posterior pueda desconocer, desde la misma inscripción de la obra, que el objeto del derecho inscrita está pendiente de una fiscalización administrativa de la que puedan resultar limitaciones sobre el derecho de propiedad.

En el presente expediente, ciertamente en el acta notarial que motiva el presente recurso no se contiene una declaración expresa respecto de la vía por la que se opta para la inscripción de la finalización de la obra nueva, lo que pudo inducir

a la registradora a entender que se optaba por la vía del artículo 28.1 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Sin embargo, en el acta sí hay indicios suficientes para constatar que se optaba por la vía del artículo 28.4 de declaración de obra por antigüedad.

Mediante el acta de rectificación y terminación de obra, objeto del presente recurso, no se pretende acreditar el cumplimiento del requisito exigido en la escritura de préstamo hipotecario para poder disponer del saldo final del préstamo y dar cumplimiento a la fijación de la tasación estipulada en la escritura. Los requisitos impuestos para el cumplimiento de sus condiciones discurren por otros términos, de tal modo que lo único que se pretende en la presente acta es la rectificación de la descripción y la declaración de terminación de la obra.

Resolución de 13-2-2025
BOE 28-2-2025
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No procede denegar el asiento de presentación de la solicitud de número de Registro de Alquiler de Corta Duración por el hecho de que la finca esté inscrita a nombre de persona distinta del solicitante.

Con la Ley 11/2023, se da nueva redacción al artículo 246 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 3. introduce un recurso especial, «exprés», contra la denegación de la práctica del asiento de presentación, habida cuenta de la importancia de este, con unos plazos reducidos para su interposición y resolución, corriendo esta última a cargo exclusivamente de la Dirección General, sin que haya posibilidad de calificación sustitutoria ni recurso judicial directo. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador debe remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

La cuestión que se debate por tanto es si es o no aplicable el principio de tracto sucesivo en relación con la asignación de número de Registro de Alquiler de Corta Duración. Cuestión que no puede ahora decidirse, pues el recurso está limitado a la procedencia o no del asiento de presentación. Al ser una cuestión o defecto de tracto sucesivo, lo correcto es practicar el asiento de presentación y proceder a calificar la solicitud, pues no estamos propiamente ante ninguno de los especiales supuestos de denegación del asiento de presentación contemplados en los artículos 246.3 de la Ley Hipotecaria y 420 de su Reglamento.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 16.12.2024.
BOE 7-2-2025
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE FUSIÓN: DERECHO DE INFORMACIÓN A LOS TRABAJADORES.

SE REVOCA

Se discute si en una fusión de dos empresas en la que la sociedad absorbida no tiene trabajadores y está íntegramente participada por la absorbente, es necesario que el órgano de administración manifieste que ha elaborado y puesto a disposición de los trabajadores el informe a que se refiere el art. 5 del RD-Ley 5/2023. La DG resuelve que en los casos de fusiones acordadas por unanimidad en junta universal se puede prescindir del informe a los socios, pero no del informe a los trabajadores, sin embargo, en este caso que nos ocupa tampoco es necesario porque estamos ante una empresa absorbida que carece de trabajadores y está íntegramente participada por la absorbente y se hace constar que la fusión no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente. En este caso, el artículo 9 del RDL debe ceder ante el artículo 53.

Resolución de 10-12-2024.
BOE 8-2-2025
Registro Mercantil de Valencia, número VI

DEPÓSITO DE CUENTAS. INFORME DE AUDITORIA OBLIGATORIO A SOLICITUD DE LA MINORIA.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que cuando se ha solicitado al registrador mercantil el nombramiento de auditor a instancia de la minoría no se puede tener por efectuado un depósito de cuentas si no se presenta el informe de auditoría. Si presentadas las cuentas a depósito ya se había solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad, si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el Registrador Mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito puede tenerse por efectuado. (Art. 279 LSC)

En el supuesto que nos ocupa, la sociedad celebró junta general el 27 de junio para aprobar las cuentas, que fueron presentadas el 30 de julio de 2024, aún siendo conocedores de que la minoría había solicitado nombramiento de auditor, por lo que se debe de poner a disposición de los socios el informe de auditoría exigido. (STS de 2 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de julio de 2004 y 4 de octubre de 2005). Se considera nulo el acuerdo de aprobación de las cuentas adoptado (art. 272 LSC).

Resolución de 11-12-2024.
BOE 8-2-2025
Registro Mercantil de Madrid, número XXI

CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que cuando la titulación no tiene otra pretensión que advertir, ilustrar y condicionar la calificación del registrador, no debe tenerse en cuenta.

En el supuesto que nos ocupa estamos ante un supuesto donde se quiere determinar los efectos que pueda tener sobre la calificación del registrador un documento privado presentado en el Registro Mercantil con la única finalidad de cambiar la calificación del registrador en relación con que se añada otro defecto en dicha calificación.

Resolución de 13-1-2025.
BOE 13-2-2025
Registro Bienes Muebles de Madrid, número III

DENEGACION DEL ASIENTO DE PRESENTACION. TITULO INSCRIBIBLE.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que cabe denegar la presentación de un título según el artículo 246 LH cuando el título no es inscribible, debiendo notificar la denegación el mismo día que fue presentado. En el supuesto que nos aplica, no son título inscribible los documentos de la entidad de financiación por los que se comunica la amortización de la deuda porque, aunque son originales, son documentos privados, debiendo de ser documentos públicos o los modelos oficiales de cancelación de deuda.

Resolución de 14-1-2025.
BOE 13-2-2025
Registro Mercantil de A Coruña, número I

EXTINCIÓN DE UNA SOCIEDAD: CANCELACIÓN ASIENTOS REGISTRALES.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que conforme al artículo 396 LSC en relación con la cancelación de los asientos registrales para hacer constar en el RM la extinción de la sociedad disuelta y liquidada, es necesario no sólo que se presente a inscripción la escritura pública de extinción sino también que los liquidadores depositen en dicho registro los libros y documentos de la sociedad extinguida.

El RRM indica que en la escritura los liquidadores pueden asumir el deber de conservación de dichos libros y documentos durante el plazo de seis años a contar desde la fecha del asiento de cancelación de la sociedad, o manifestar que la sociedad carece de ellos.

En el presente supuesto no se han depositado previa ni simultáneamente a la solicitud de la cancelación de los asientos registrales los libros y documentos de la sociedad ni la escritura presentada contiene manifestación alguna del liquidador sobre su asunción del deber de conservación durante el plazo de seis años a contar desde la fecha del asiento de cancelación de la sociedad.

No habiéndose depositado los libros ni conteniendo la escritura ninguna de las manifestaciones señaladas debe rechazarse la inscripción.

Resolución de 04.02.2025.
BOE 21-2-2025
Registro Bienes Muebles de Almería.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: PROCEDE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, AUNQUE EXISTA UNA BAJA TEMPORAL EN EL REGISTRO ADMINISTRATIVO DE TRÁFICO.

SE REVOCA

Es doctrina de la DG que se presume que los derechos inscritos en el Registro de Bienes Muebles existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo (art 15.2 de la Ley28/1998 de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles). Por tanto, debe partirse de la base de la presunción de titularidad civil que corresponde al titular registral, y de su aptitud para ser objeto de anotaciones de embargo por deudas suyas. (RDG de 18 de febrero de 2021).

La baja provisional en el Registro de Tráfico no puede tener la transcendencia de destruir la presunción de legitimación registral. Procede por tanto la práctica de la anotación de embargo solicitada, sin que la baja temporal en el Registro administrativo de Tráfico lo impida.

Resolución de 5-2-2025.
BOE 21-2-2025
Registro Mercantil de Madrid, número VI.

DEPÓSITO DE CUENTAS: NO CABE EL DEPÓSITO DE UNAS CUENTAS YA DEPOSITADAS SI NO ES PARA SU RECTIFICACIÓN.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que conforme al artículo 280 LSC y 368 RRM en materia de depósito de cuentas, los registradores calificarán bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están aprobados debidamente por la Junta General y si constan las preceptivas firmas. En este caso concreto, se verifica que las cuentas presentadas son coincidentes con las del ejercicio anterior ya depositado, pero ello es debido a un error de presentación, y no a una rectificación de las cuentas depositadas.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El consentimiento y los usos sociales en relación con el derecho a la propia imagen en redes sociales

Consent and social uses in relation to the right to one's own image on social networks

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora Ayudante de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La vulneración del derecho a la imagen en redes sociales tiene lugar cuando no hay un consentimiento expreso a la publicación por parte del sujeto fotografiado. Los usos sociales en la utilización de las redes sociales se refieren a las normas y comportamientos generalmente aceptados por los usuarios en estas plataformas. Dichos usos sociales generados por las redes sociales, y tras consentir en ser fotografiada por su marido cuando sabía que este era titular de una cuenta de Facebook, clicando «me gusta» o «j'adore» en varias de las fotografías colocadas en el muro de dicha cuenta en las que aparecía la demandante (lo que además demuestra que accedía a dicha cuenta con regularidad), sin haber objetado en momento alguno a dicha conducta de su marido ni haberle solicitado que las retirara, debe considerarse, apreciada en su conjunto, como una actuación concluyente demostrativa de consentimiento a que su imagen fuera no solo captada sino también publicada en la cuenta de Facebook por su marido.

ABSTRACT: The violation of the right to one's image on social media occurs when there is no express consent to publication by the photographed subject. Social uses in the use of social media refer to the norms and behaviour generally accepted by users on these platforms. These social uses generated by social media, and after consenting to be photographed by her husband when she knew that he was the holder of a Facebook

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

account, clicking "like" or "j'adore" on several of the photographs posted on the wall of said account in which the plaintiff appeared (which also shows that she accessed said account regularly), without having objected at any time to said conduct by her husband or having asked him to remove them, must be considered, assessed as a whole, as a conclusive act demonstrating consent to her image being not only captured but also published on the Facebook account by her husband.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la imagen. Redes sociales. Usos sociales. Consentimiento.

KEYWORDS: Rights to one's own image. Social networks. Social uses. Consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿NOS ESTÁ ENSEÑANDO LA JURISPRUDENCIA A UTILIZAR LAS REDES SOCIALES?—II. CONSENTIMIENTO Y PUBLICACIÓN DE IMÁGENES EN REDES SOCIALES.—III. PUBLICACION DE FOTOS DE LA EX PAREJA.—IV. ANÁLISIS DEL *CONTEXTO* EN EL QUE PRODUCE LA CAPTACIÓN Y LA PUBLICACIÓN DE LAS FOTOGRAFÍAS.—V. CONVENCIMIENTO RAZONABLE DEL CONSENTIMIENTO PARA SU PUBLICACIÓN.—VI. MATRIMONIO Y USOS DE LAS IMÁGENES DE LOS CÓNYUGEN EN LAS REDES SOCIALES.—VII. COMO ACTÚAN LOS USOS SOCIALES EN EL OTROGAMIENTO IMPLÍCITO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS REDES SOCIALES.—VIII. RELACION ENTRE DERECHO A LA IMAGEN Y DATOS BIOMÉTRICOS. A. Relación entre derecho a la imagen y datos biométricos en las redes sociales. B. Captura de los datos biométricos de las redes sociales.—VII. CONCLUSION.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: ¿NOS ESTÁ ENSEÑANDO LA JURISPRUDENCIA A UTILIZAR LAS REDES SOCIALES?

El objeto del estudio jurisprudencial de hoy se basa en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2024 cuyo supuesto de hecho se centra en la publicación por parte del exmarido de fotografías de su exmujer en su cuenta de Facebook, tomadas antes de la crisis matrimonial con su consentimiento.[1]

La cuestión radica en que en el momento de la publicación no costa que hubiese conflictos entre los litigantes, incluso la exmujer había reaccionado con "j'adore" a la publicación en fechas anteriores de algunas de las fotografías y había realizado comentarios.

Previamente, debemos tener presente la STC de 24 de febrero de 2020[2], que realiza un comentario certero sobre el panorama tecnológico actual donde se incluye la aparición de las redes sociales que ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, y donde advierte *que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica*.

Y entre el contenido de los derechos fundamentales que resultan afectados por los contenidos publicados en línea y la *responsabilidad del creador del contenido* al que se imputa la vulneración de los derechos fundamentales, esto es los derechos

de la personalidad del art. 18 CE, continúan rigiéndose por las mismas normas de la era analógica, y que son el citado art. 18 CE (que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen) y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen, (que establece que la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en cualquier medio requiere su consentimiento expreso, salvo en excepciones específicas, como el interés informativo sobre personajes públicos en contextos públicos). Sin perjuicio de la relevancia que puedan tener otras normas cuando es necesario realizar una ponderación con otros bienes jurídicos o derechos con los que entran en conflicto tales derechos de la personalidad. Y, sin olvidarnos del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) normativas que regulan la protección de datos personales, incluidos los datos biométricos como las imágenes, y requieren el consentimiento explícito para su tratamiento.

La presencia en nuestra sociedad de Internet y, más en concreto, de las redes sociales en línea, y la sociedad de la información en la que se insertan y de la que son actoras importantes, es relevante en tanto que esas normas han de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1.º CC).

En resumen, internet y, en concreto, las redes sociales, ofrecen grandes expectativas de comunicación e interacción social, pero generan también grandes riesgos al constituir un cauce para difundir contenidos que afectan a derechos de diferente naturaleza, en concreto, a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen).

II. CONSENTIMIENTO Y PUBLICACIÓN DE IMÁGENES EN REDES SOCIALES

Comenzaremos recordando lo señalado en la STC de 15 de noviembre 2004,[3] que concreta que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 CE, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico, que posibilita 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. La jurisprudencia ha entendido que la exigencia de consentimiento expreso no supone que el consentimiento haya de ser expresado formalmente pero sí que sea inequívoco, pudiendo considerarse así al que se deriva de actos concluyentes que expresen esa voluntad.

Recordemos que se entiende por consentimiento el *acto jurídico* fundamental que implica la manifestación de la voluntad de una persona para aceptar y estar de acuerdo con una propuesta, contrato, o acto jurídico. Este consentimiento debe ser *libre, consciente, informado, y expresado sin vicios para ser válido y efectivo*.

En nuestro Derecho, el consentimiento es crucial en diversos ámbitos y actuaciones. Por ejemplo, en *Derecho de familia*, el consentimiento es fundamental el

matrimonio (donde los contrayentes deben otorgar su consentimiento de manera libre y consciente), en la adopción (donde es necesario el consentimiento de los adoptantes y, en ciertos casos, del adoptado), y, en el ejercicio de la patria potestad (donde se requiere el consentimiento de ambos progenitores para decisiones importantes sobre los hijos). En el campo del *derecho de sucesiones*, es relevante en las disposiciones testamentarias, como en la aceptación de la herencia en su repudiación por los herederos. Más importante es aún en la esfera de los *contratos*, porque para que éstos sean válidos todas las partes involucradas deben otorgar su consentimiento, pues es un elemento esencial, junto con el objeto y la causa (art. 1261 CC). El cual debe ser y manifestarse libre de vicios (error, dolo, violencia o intimidación art. 1265 CC).

Por otro lado, nuestro Derecho se refiere al consentimiento informado como concepto fundamental en el ámbito del Derecho y la ética, especialmente relevante en los *sectores de la salud,*[4] *la investigación científica,*[5] *y la protección de datos personales.* Aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o sujeto tras haber recibido la información adecuada sobre los procedimientos y tratamientos médicos, así como sus riesgos y beneficios, en el área sanitaria.

En el ámbito del derecho a la *protección de datos* el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) establecen que el *tratamiento de datos personales* requiere el consentimiento de su titular, salvo en ciertas excepciones previstas por la ley. Este *consentimiento* debe ser libre, específico, *informado* e inequívoco[6]. Este tipo de consentimiento tiene unos elementos específicos, tales como la *información clara y concisa* sobre el tratamiento de sus datos, la finalidad, los destinatarios, y sus derechos. *Consentimiento expreso e inequívoco*, el consentimiento debe ser explícito y otorgado mediante una acción afirmativa clara, y en el derecho de retirada, el titular de los datos tiene derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la legalidad del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada.

El *consentimiento en redes sociales para la publicación de imágenes debe ser explícito y puede ser revocado en cualquier momento*. Y en el caso de publicación de imágenes de menores, se requiere el consentimiento de los padres o tutores legales. Las redes sociales como Facebook, Instagram y Twitter tienen políticas estrictas respecto a la publicación de imágenes sin consentimiento. Estas políticas suelen permitir a los usuarios solicitar la eliminación de contenido que infrinja sus derechos de imagen.

En la STS que nos ocupa de 24 de junio de 2024, *la conducta de la demandante llevó a su excónyuge al convencimiento de que la demandante consentía la publicación de su imagen en la cuenta de Facebook del demandado.*

La relación de pareja supone un contexto relevante para el ejercicio de los derechos a la intimidad y a la propia imagen porque supone compartir ámbitos de intimidad entre ambos cónyuges y condiciona lo que pueda considerarse como actos concluyentes de prestación de consentimiento.

La jurisprudencia ya ha estudiado estas nuevas situaciones, y la necesidad de consentimiento, aunque en otras dimensiones, tal y como recoge la STS de 4 de octubre de 2023,[7] al concretar 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 sociales información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interactuación."

Sin olvidar lo señalado por el TEDH que ha destacado que la libertad de comunicar o recibir información (art. 10.1 CEDH), abarca no sólo la esencia de las ideas y la información expresada, sino también la forma en que se transmiten (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijsels c. Belgium).[8] Protección que alcanza a Internet, dada su capacidad para conservar y difundir gran cantidad de datos e informaciones, lo que contribuye a mejorar el acceso del público a las noticias y la difusión de información en general (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspapers c. Reino Unido).[9] También, el TEDH ha subrayado, con respecto a estos nuevos métodos y técnicas de obtención de la información, que es necesaria una vigilancia reforzada de la protección de la vida privada frente a las nuevas tecnologías, que posibilitan el almacenamiento y la reproducción de datos de carácter personal, así como, en particular, la toma sistemática de fotos específicas y su difusión al público (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania).[10]

La STC de 24 de febrero de 2020 ha sido muy clara al respecto al señalar que "el titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera, debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada."

Además, en la STS de 15 de febrero de 2017 ya se señalaba que[11] "en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya 'subido' una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. 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.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia es clara en los últimos años, no ha calado la necesidad de consentimiento en la sociedad, pues siguen llegando casos a conocimiento de los tribunales como lo demuestran las sentencias de las diferentes Audiencias Provinciales que han dictado varias resoluciones en las que se ha ordenado la retirada de imágenes publicadas sin consentimiento en redes sociales y se han concedido indemnizaciones por los daños causados. Estas decisiones subrayan la importancia del consentimiento y la protección de los derechos de imagen.

Así, la SAP de 15 de enero de 2024[12] afirma que no puede pretenderse que el mero encargo del reportaje fotográfico y videográfico de la boda, ampare una finalidad publicitaria del fotógrafo profesional *al no contar con el consentimiento expreso de los demandantes para la reproducción del video de la boda en las páginas web*, por lo que se infringe el derecho de los novios a su propia imagen, además del derecho a la intimidad personal y familiar.

La SAP de las Islas Baleares de 26 de mayo de 2022[13] insiste en que la obtención de imágenes requería la autorización y el consentimiento de su titular, aunque dicho consentimiento podría no ser considerado necesario por entender la existencia de un derecho a la información. No obstante, ponderando ambos derechos, *habría de primar al derecho a la propia imagen,* en atención a que las imágenes no tienen otro objeto que ilustrar y acompañar a una información periodística que contiene un hecho noticiable de indudable carácter e interés público, pero se hace preciso, que dichas imágenes posean alguna conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no ha sido consentida expresamente por su titular.

La SAP de Cádiz de 27 de septiembre de 2022[14] en un supuesto donde la demanda la interpone el padre de la menor contra la amiga de la madre de la menor, que es expareja suya, y que declara probado que la demandada ha publicado en las redes sociales fotos de la menor, con el consentimiento de la madre, afirma que la amiga de la madre no ha solicitado el consentimiento del actor, extremo imposible pues existía una pena de alejamiento impuesta a este, quien por otro lado nunca puso reparo a la utilización de las mencionadas fotos. Y concluye que no se ha cometido intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la menor al contar con la autorización de la madre, aunque afirma también que la decisión de colgar una foto de los hijos en una red social es una facultad de la patria potestad, que en la mayoría de los casos corresponde a ambos progenitores.

III. PUBLICACION DE FOTOS DE LA EX PAREJA

Publicar fotos de una ex pareja en redes sociales sin su consentimiento es una práctica delicada y puede tener implicaciones legales y éticas significativas.

Es sabido que todos tenemos derecho a la privacidad y a controlar el uso de nuestra imagen y que publicar fotos sin consentimiento puede vulnerar este derecho. Recordemos, además, que la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) protegen la imagen y los datos personales de las personas.

La *publicación de fotos sin consentimiento* puede considerarse una vulneración del derecho al honor y a la intimidad, especialmente si las fotos son de naturaleza privada o íntima. Incluso la persona afectada puede ejercitar la acción de responsabilidad civil por dicha vulneración solicitando, además, la compensación por daños y perjuicios. Además, las plataformas de redes sociales también suelen tener políticas estrictas contra la publicación no consentida de imágenes, y pueden eliminar el contenido y sancionar a los usuarios infractores.

La STS de 24 de febrero de 2020 reafirmó la *necesidad de obtener el consentimiento expreso para la publicación de imágenes de terceros en redes sociales, incluso cuando la imagen no es perjudicial para la persona afectada.* Se subrayó que el

derecho a la propia imagen es un derecho fundamental que requiere protección estricta.

Esto significa que publicar fotos de una ex pareja sin su consentimiento muestra una falta de respeto hacia su privacidad y su vida personal. Éticamente debería solicitarse su permiso antes de publicar cualquier foto en la que aparezca una ex pareja es una práctica de respeto y consideración. Incluso si la ex pareja solicita que se *eliminen fotos publicadas previamente*, es importante respetar su deseo y eliminar el contenido de inmediato.

Por otro lado, el titular de la cuenta debe *asegurarse de que las configuraciones de privacidad en las redes sociales están ajustadas* para controlar quién puede ver las publicaciones.

IV. ANÁLISIS DEL *CONTEXTO* EN EL QUE PRODUCE LA CAPTACIÓN Y LA PUBLICACIÓN DE LAS FOTOGRAFÍAS

En el supuesto objeto de comentario, hay que valorar toda la situación en general, tanto la referida a la captación de las fotografías como a la publicación de las mismas; y las circunstancias en que se produce la actuación a la que se imputa la vulneración de los derechos fundamentales

Para empezar, en la sentencia objeto de comentario, la demandante manifiesta que la publicación de las fotografías en el muro de *Facebook* de su entonces marido se hizo sin su consentimiento, sin que el consentimiento para la realización de las fotografías en las que aparecía su imagen implique el consentimiento para su publicación. Aunque dos testigos coincidieron en manifestar que la demandante era muy reticente a la publicación de su imagen en redes sociales, las sentencias de instancia consideran que, en atención a las circunstancias, el demandado pudo razonablemente entender que estaba autorizado por su esposa para la publicación de las fotografías.

La demandante, en ningún momento anterior a la interposición de la demanda, manifestó ninguna objeción a la publicación de tales fotografías. Se declara en la instancia que es inverosímil que, si tanta afectación le ocasionaba la publicación de tales fotografías, no exigiera su inmediata retirada desde el mismo día 15 de noviembre de 2021 en que, como muy tarde, fue consciente de las publicaciones, según el WhatsApp que recibió de una amiga, en el que tampoco consta que, en ese momento, la demandante expresara sorpresa, indignación ni ninguna otra reacción ante la comunicación que le hizo dicha amiga. De ahí que se entienda que el demandado creyera que su esposa le autorizaba a la publicación de fotografías familiares, por lo que no consideran lógico exigir un consentimiento individualizado para cada una de las fotografías, siendo todas ellas de similares características.

La relación de pareja supone un contexto relevante para el ejercicio de dichos derechos de la personalidad, en concreto los derechos a la intimidad y a la propia imagen, que ha de ser tomado en consideración para decidir si ha existido una intromisión ilegítima, por cuanto que supone compartir ámbitos de intimidad entre ambos cónyuges, y condiciona lo que pueda considerarse como actos concluyen-

tes de prestación de consentimiento, a diferencia de otros contextos ajenos a esas relaciones de pareja.

En ambas instancias se considera que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, y el Alto Tribunal considera que es correcta. Y las razones se centran en que el *contexto* descrito es el de un matrimonio que no se encontraba en crisis, donde la conducta de la demandante se centra en que no solo consintió en la captación de su imagen en fotografías anodinas o inocuas (la demandante en un entorno natural, la demandante y el demandado el día de su boda, ambos en reuniones familiares o de amigos, etc.) sino que además había reaccionado con «j´adore» (equivalente a «me gusta») a la publicación por su entonces esposo, en fechas anteriores a la publicación aquí cuestionada, de algunas de las fotografías, que había hecho el comentario «belle photo, très belle» («bella foto, muy bella») a una fotografía publicada por el demandado en que aparece una imagen de la pareja, o que consintió en que un amigo del marido publicara en su cuenta de la red social fotografías de ambos en la boda, y asimismo reaccionó con un «j'adore» a la publicación por el demandado, en su cuenta de Facebook, de una fotografía de la boda en que aparecían ambos litigantes….".

En conclusión, el *contexto* era el que el demandado llegó al *convencimiento razonable* de que su esposa le autorizaba a la publicación de fotografías familiares o fotografías en la que aparecía exclusivamente su esposa, por lo que no era lógico exigir un consentimiento individualizado para cada una de las fotografías al ser todas ellas de similares características.

Por otro lado, además, en cuanto a las circunstancias que rodean el supuesto, hay que tener en cuenta el hecho de que la demandante accedía al muro de la cuenta de *Facebook* con regularidad —clicando "me gusta" o "j'adore" en varias de las fotografías subidas, sin haber objetado en momento alguno dicha conducta de su marido ni haberle solicitado que retirara las fotografías. Actuación concluyente y demostrativa de consentimiento a que su imagen fuera no solo captada sino también publicada en la cuenta de *Facebook* por su marido. Más aún en el contexto de una relación matrimonial como la que existía en ese momento, en la que, en caso de que un cónyuge no esté de acuerdo en el uso que el otro haga de su imagen en las redes sociales, la conducta razonable es hacérselo saber y solicitarle que retire las fotografías de su muro de *Facebook*, lo que, no ocurrió en este caso, en el que la primera muestra de oposición a la utilización por el demandado, en sus redes sociales, de la imagen de la demandante consistió en la interposición de la demanda, momento en que el demandado retiró las fotografías del muro de su cuenta de *Facebook*.

Razones que llevan al Alto Tribunal a concluir que no existió una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

V. CONVENCIMIENTO RAZONABLE DEL CONSENTIMIENTO PARA SU PUBLICACIÓN

La propia Audiencia Provincial, en el caso que nos ocupa, acierta al señalar que el demandado llegó al *convencimiento razonable* de que su esposa le autorizaba a la publicación de fotografías familiares o fotografías en la que apare-

cía exclusivamente su esposa, por lo que no era lógico exigir un consentimiento individualizado para cada una de las fotografías al ser todas ellas de similares características.

Pero, ¿qué es el convencimiento razonable? Expresión referida al nivel de certeza o convicción que debe tener una persona para tomar una decisión o si se trata de un juez de emitir un veredicto en un caso. En este último caso el concepto garantiza que las decisiones judiciales no se tomen de manera arbitraria o sin la debida consideración de la evidencia pues implica que, después de haber examinado todas las pruebas presentadas, el juez debe estar suficientemente convencido de la veracidad de un hecho. Este nivel de certeza no requiere que se eliminen todas las dudas posibles, pero sí que *se alcance un grado de certeza tal que una persona razonable estaría convencida.*

En nuestro caso, es el marido titular de la cuenta de Facebook, quien con sus hechos y el contexto que rodea al supuesto, está convencido que no ha realizado una intromisión ilegítima de la imagen de su exesposa. Y ello porque ha llegado a la convicción que se obtiene tras un análisis cuidadoso y lógico de su actuación basada en la razón.

Es lo mismo que ocurre con la citada SAP de Cádiz de 27 de septiembre de 2022 en un supuesto donde la demanda la interpone el padre de la menor contra la amiga de la madre de la menor, que es expareja suya, y que declara probado que la demandada ha publicado en las redes sociales fotos de la menor, pero que lo ha hecho siempre ya que cuenta con el consentimiento de la madre de la menor.

VI. MATRIMONIO Y USOS DE LAS IMÁGENES DE LOS CÓNYUGEN EN LAS REDES SOCIALES

Según la sentencia de 24 de junio de 2024, el Alto Tribunal expone que "en el contexto de una relación matrimonial como la que existía en ese momento, en la que, en caso de que un cónyuge no esté de acuerdo en el uso que el otro haga de su imagen en las redes sociales, la conducta razonable es hacérselo saber al otro cónyuge y solicitarle que retire las fotografías de su muro de Facebook, lo que, de acuerdo con el relato de hechos que establecen las sentencias de instancia, no ocurrió en este caso, en el que la primera muestra de oposición a la utilización por el demandado, en sus redes sociales, de la imagen de la demandante consistió en la interposición de la demanda, momento en que el demandado retiró las fotografías del muro de su cuenta de Facebook. Razón por la cual no existió una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

VII. COMO ACTÚAN LOS USOS SOCIALES EN EL OTROGAMIENTO IMPLÍCITO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS REDES SOCIALES

En el ámbito del derecho, los usos sociales se refieren a las costumbres y prácticas aceptadas dentro de una comunidad que, aunque no estén codificadas formalmente en leyes, pueden tener *relevancia jurídica*. Estos usos *pueden influir en la interpretación y aplicación de las normas legales y en la resolución de conflictos*.

En nuestro sistema jurídico la costumbre se reconoce como una fuente de derecho secundaria, detrás de la ley y los principios generales del derecho (art 1.3 CC). Los usos y costumbres pueden influir en la interpretación de contratos, especialmente en ámbitos donde las prácticas comerciales no están plenamente reguladas por la ley (art. 1287 CC). En derecho de familia, los usos sociales pueden tener relevancia en la determinación de aspectos como la *custodia de los hijos, la pensión alimenticia y otros asuntos relacionados con las relaciones familiares*. Incluso las prácticas y costumbres locales pueden ser consideradas por los jueces en la toma de decisiones que afecten a las familias.

Más importante aún en Derecho Foral donde se recoge el derecho consuetudinario propio que refleja los usos y costumbres locales (derecho foral navarro y el derecho civil catalán).

En general, los usos sociales en la utilización de las redes sociales se refieren a las normas y comportamientos generalmente aceptados por los usuarios en estas plataformas. Estas normas informales ayudan a guiar la interacción y comunicación en redes sociales como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn y otras.[15] Algunos de los principales usos sociales en la utilización de las redes sociales se centran en el respeto y cortesía de la comunicación, pues se espera que los usuarios se comuniquen de manera respetuosa y cortés, evitando los insultos, o el lenguaje ofensivo y, sobre todo los ataques personales. Además, debe usarse un lenguaje adecuado y claro, considerando el contexto y la audiencia.

Resulta fundamental publicar información verdadera y verificada. Evitar difundir rumores, noticias falsas o contenido engañoso. Si se comparte contenido de otros, dar crédito al autor original y evitar el plagio.

Por otro lado, debe tenerse cuidado al compartir información personal y sensible. Es recomendable revisar las configuraciones de privacidad y ser selectivo sobre qué se publica y con quién se comparte. De ahí que *una cuestión importante sea antes de publicar fotos o información de otras personas, obtener su consentimiento*.

Más específicamente, y de acuerdo con el art. 2.1.º LO 1/1982, la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen queda delimitada no solo por las leyes sino también *por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, reservado para sí misma o su familia*. Resulta, relevante por ello analizar hasta qué punto las redes sociales han creado unos determinados "usos sociales" en la interactuación de los internautas en esas redes y analizar también la trascendencia de la conducta del afectado por la publicación de su imagen en redes sociales, tanto para determinar si ha existido el "consentimiento expreso" que, según el art. 2.2.º de la citada LO 1/1982, excluye la existencia de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, como para valorar cuál ha sido el ámbito que para sí mismo o su familia ha reservado el afectado por la publicación de su imagen en la red social de un tercero

Y aquí es donde llegamos al ámbito de la interacción y participación en las redes sociales. En el ámbito de los comentarios y reacciones, debemos participar de manera constructiva en discusiones y comentarios. *Los "me gusta", "compartir" y "retweets" son formas comunes de interactuar y mostrar apoyo.* Una forma de participar puede ser etiquetar a las personas en publicaciones relacionadas con ellas, pero sin abusar de esta función para no incomodar a otros.

El uso por los particulares de redes sociales como *Facebook* suele tener por finalidad interactuar con otros internautas y compartir con ellos comentarios e imágenes relativas a la vida privada, incluyendo los relativos a situaciones y acontecimientos compartidos con familiares y amigos. Los textos, fotografías, grabaciones audiovisuales, etc., que difunden los usuarios son los que tradicionalmente se han considerado propios del ámbito de la intimidad (situación sentimental, actividades de ocio, gustos y aficiones, fotografías personales, etc.), en tanto que constituyen una información privada a la que solo las personas más allegadas podían tener acceso. Pero estos usos sociales no justifican una exposición pública ilimitada relativa a la intimidad personal y familiar cuando afectan a otras personas, por más que estas pertenezcan al círculo familiar o de amigos cercano al titular de la cuenta de la red social, pues existen facetas que podrían calificarse como del ámbito más estricto de la intimidad en las que, para desvelarlas públicamente, ha de extremarse la exigencia de un consentimiento expreso e indubitado de la persona afectada.

Por ello, en el caso de autos, destaca el hecho de que, en el momento en que se publicaron las fotografías, los litigantes eran cónyuges, no existiendo en ese momento una crisis en el matrimonio, que sí existía cuando se interpuso la demanda algunos meses después al estar en este momento los litigantes en trámites de divorcio.

Según el TS en la sentencia de 24 de junio de 2024, dados los usos sociales generados por las redes sociales, una actuación como la de la demandante, consintiendo en ser fotografiada por su marido cuando sabía que este era titular de una cuenta de Facebook, clicando «me gusta» o «j'adore» en varias de las fotografías colocadas en el muro de dicha cuenta de Facebook en las que aparecía la demandante (lo que además demuestra que accedía a dicha cuenta con regularidad), sin haber objetado en momento alguno a dicha conducta de su marido ni haberle solicitado que retirara las fotografías de su cuenta de Facebook, debe considerarse, apreciada en su conjunto, como una actuación concluyente demostrativa de consentimiento a que su imagen fuera no solo captada sino también publicada en la cuenta de Facebook por su marido."

Su demanda fue desestimada en ambas instancias por estimar los tribunales que *era razonable que el demandado creyera que su esposa le autorizaba a la publicación de fotografías familiares*, por lo que no consideran lógico exigir un consentimiento individualizado para cada una de ellas.

Dicho pronunciamiento desestimatorio es confirmado por el Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandante.

VIII. RELACION ENTRE DERECHO A LA IMAGEN Y LOS DATOS BIOMÉTRICOS

El derecho a la imagen y los datos biométricos están estrechamente relacionados en el contexto de la protección de datos personales. Ambos conceptos se solapan en cuanto a la necesidad de proteger la identidad y la privacidad de las personas.

Los datos biométricos son aquellos que resultan de un tratamiento técnico específico relacionado con las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona, y que permiten su identificación única. Ejemplos de datos biométricos son las huellas dactilares, el reconocimiento facial, el iris del ojo, y la voz. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) define los datos biométricos y establece su protección bajo la categoría de datos sensibles. Esto significa que su tratamiento requiere medidas de seguridad adicionales y el consentimiento explícito del individuo. La Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) en España se alinea con el RGPD y refuerza la protección de estos datos.

A. Relación entre derecho a la imagen y datos biométricos en las redes sociales

Las imágenes de una persona, especialmente las que permiten su identificación clara, pueden ser consideradas datos biométricos. Por ejemplo, una foto de rostro en alta resolución puede ser utilizada para reconocimiento facial, lo cual la convierte en un dato biométrico. El uso y protección de imágenes en contextos digitales y tecnológicos pueden involucrar tratamiento de datos biométricos, lo que implica una doble capa de protección: la del derecho a la imagen y la de los datos biométricos.

Si para la publicación de imágenes es necesario el consentimiento, para el tratamiento de datos biométricos es fundamental obtener el consentimiento explícito del individuo. La protección contra el uso indebido de imágenes y datos biométricos incluye medidas como la limitación de acceso, el uso de tecnologías de encriptación y la obligación de informar a los individuos sobre el uso y propósito de sus datos.

B. Captura de los datos biométricos de las redes sociales

La captura de datos biométricos implica la recolección de características físicas únicas de una persona que pueden ser utilizadas para identificarla. En el caso de la publicación de fotografía se pueden capturar datos biométricos de reconocimiento facial, por ejemplo, aunque lo más normal es utilizar dispositivos, como cámaras 2D o 3D. Para su obtención se toma una foto del rostro de la persona, que se analiza para detectar características clave, como la distancia entre los ojos, la forma de la nariz y la estructura ósea. Las cámaras 3D pueden agregar profundidad a la imagen, mejorando la precisión.

La cuestión que nos asalta a continuación es saber si se pueden obtener datos biométricos de una foto o video publicado en redes sociales. Evidentemente parece que la tecnología posibilita su obtención lo cual genera un claro problema de vulneración de la privacidad de la persona.

Por ejemplo, en relación con el reconocimiento facial, las fotos o videos pueden ser analizados mediante software de reconocimiento facial para identificar a las personas, el cual compara las características faciales de una persona en una imagen con una base de datos de rostros conocidos para intentar hacer una coincidencia. Si un video o un audio publicado en una red social contiene la voz de una persona, esa voz puede ser analizada y comparada con otras muestras de voz

para identificar a la persona. En ambos casos, obviamente habría una vulneración del derecho a la imagen y a su intimidad pues ocasionaría una identificación sin consentimiento expreso, e incluso en el caso de la voz podría haber un supuesto de suplantación de identidad.

Por otro lado, y aunque es menos común debido a la alta resolución necesaria, si una imagen o video muestra claramente los ojos de una persona, en teoría, se podría intentar un análisis del iris.

Los videos publicados también posibilitan el análisis de la marcha de una persona, por ejemplo, utilizando algoritmos de reconocimiento de patrones de movimiento. Esto podría potencialmente identificar a una persona basándose en su forma única de caminar. Ocurre igual que el ejemplo anterior, hay una posible invasión en la privacidad de una persona cuando se hace sin su consentimiento.

Otro supuesto de captación sería el de la huella dactilar a través de una foto utilizando herramientas avanzadas de análisis de imágenes. Sin embargo, esto es extremadamente raro y difícil de hacer en la práctica con imágenes comunes en redes sociales. Aparte de ser una violación de la privacidad de la persona podría conllevar el robo de identidad.

La jurisprudencia europea y española ha abordado casos donde la imagen de una persona ha sido utilizada sin su consentimiento en sistemas de reconocimiento facial, subrayando la necesidad de cumplir con las normativas del RGPD y la LOPDGDD.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)-2019 impuso una sanción a una compañía que utilizó un sistema de reconocimiento facial para controlar el acceso de los empleados a sus instalaciones sin obtener el consentimiento explícito de los mismos. Y concluyó que el uso de datos biométricos sin consentimiento viola el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPDGDD). La sanción se basó en la falta de una base legal adecuada para el tratamiento de esos datos.

Este caso destaca la importancia de obtener el *consentimiento explícito* para el uso de tecnologías de reconocimiento facial, especialmente en entornos laborales.

Por otro lado, la STJUE de 16 de julio de 2020[16] aunque no trata directamente el reconocimiento facial subraya la importancia de proteger los datos personales de los ciudadanos europeos frente a su tratamiento por parte de empresas y gobiernos, especialmente fuera de la UE.

El TJUE invalidó el "Privacy Shield", un acuerdo que permitía la transferencia de datos personales desde la UE a los EE. UU., debido a la insuficiencia de protecciones en EE. UU. para la privacidad de los datos.

La sentencia refuerza la necesidad de un nivel elevado de protección de datos personales, lo cual es relevante para el reconocimiento facial, dado que este implica el tratamiento de datos biométricos sensibles.[17]

VII. CONCLUSIÓN

El derecho a la imagen es un derecho fundamental como se recoge en el art. 18 de la Constitución española. En la era analógica su vulneración, la mayor parte de las veces, estaba relacionada con el enfrentamiento del derecho a la libertad

de expresión. Hoy, en la era tecnológica, con las redes sociales y al ser la mayoría de la población creadores de contenido digital en las mismas, su vulneración se produce la mayoría de las veces por la inexistencia del consentimiento expreso a la hora de publicar fotografías, videos en las redes. No obstante, hay que tener en cuenta también los usos sociales que rodean a la utilización de dichas redes, pues con *clicar un me gusta* en las fotos publicadas se reconoce también el consentimiento a la publicación de las fotos no vulnerándose el derecho a la propia imagen.

VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH, Sección: Cuarta, de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspapers c. Reino Unido. Número Recurso: 3002/2003. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000300203
- STEDH, Sección: Tercera, de 24 de junio de 2004, caso Von Hannover c. Alemania. Número Recurso: 59320/2000. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2004:-0624JUD005932000
- STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijsels c. Belgium.
- STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2020 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) — Irlanda] — Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems (Asunto C-311/18). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:-62018CA0311
- STC, Sala Segunda. Sentencia de 24 de febrero de 2020. Fecha publicación: 26/03/2020. Número Sentencia: 27/2020 Número Recurso: 1369/2017. Ecli: ECLI:ES:TC:2020:27
- STC, Sala Primera. Sentencia de 15 de noviembre de 2004. Fecha publicación: 21/12/2004. Número Sentencia: 196/2004 Número Recurso: 1322/2000. Ponente: Javier Delgado Barrio. Ecli: ECLI:ES:TC:2004:196
- STS, Sala Primera, de 24 de junio de 2024. Sentencia: 907/2024 Número Recurso: 7054/2023. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Número Sentencia: 907/2024 Número Recurso: 7054/2023. Numroj: STS 3537:2024. Ecli: ES:TS:2024:3537.
- STS, Sala Primera, sentencia de 4 de octubre de 2023. Número 1366/2023. Recurso 5944/2022. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4077:2023. Ecli: ES:TS:2023:4077.
- STS, Sala Primera, sentencia 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.
- SAP, Sección: Decimotercera. Sentencia de 15 de enero de 2024. Número Sentencia: 21/2024 Número Recurso: 1083/2023. Ponente: Mireia Ríos Enrich. Numroj: SAP B 272:2024. Ecli: ES:APB:2024:272.
- SAP de Cádiz, Sección: Octava, sentencia de 27 de septiembre de 2022. Numero de sentencia 242/2022. Numero de recurso: 266/2022. Ponen-

te: Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro. Numroj: SAP CA 2193/2022. ECLI: ES:APCA:2022:2193.

- SAP de las Islas Baleares, Sección: Cuarta, sentencia de 26 de mayo de 2022. Número Sentencia: 258/2022 Número Recurso: 800/2021. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Numroj: SAP IB 1704:2022. Ecli: ES:APIB:2022:1704

IX. LEGISLACION CITADA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)
- Constitución española. art. 18
- Código Civil. art. 3.1; 1261, 1265…
- Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen. Art. 2.

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de 24 de junio de 2024. Sentencia: 907/2024 Número Recurso: 7054/2023. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Número Sentencia: 907/2024 Número Recurso: 7054/2023. Numroj: STS 3537:2024. Ecli: ES:TS:2024:3537

[2] STC, Sala Segunda. Sentencia de 24 de febrero de 2020. Fecha publicación: 26/03/2020. Número Sentencia: 27/2020 Número Recurso: 1369/2017. Ecli: ECLI:ES:TC:2020:27

[3] STC, Sala Primera. Sentencia de 15 de noviembre de 2004. Fecha publicación: 21/12/2004. Número Sentencia: 196/2004 Número Recurso: 1322/2000. Ponente: Javier Delgado Barrio. Ecli: ECLI:ES:TC:2004:196

[4] Ley 41/2002, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta ley establece el derecho de los pacientes a recibir información sobre su estado de salud y a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Siendo los elementos del Consentimiento Informado

Información Adecuada: El paciente debe recibir información comprensible y suficiente sobre su diagnóstico, tratamiento propuesto, posibles riesgos y beneficios, alternativas y consecuencias de no recibir tratamiento.

Capacidad: El paciente debe tener la capacidad legal y mental para tomar decisiones sobre su salud.

Voluntariedad: El consentimiento debe ser otorgado sin coerción, presión o manipulación.

Documentación: En muchos casos, el consentimiento debe ser documentado por escrito, especialmente para procedimientos invasivos o de alto riesgo.

[5] Real Decreto 1090/2015: Regula los ensayos clínicos con medicamentos, los comités de ética de la investigación y el registro de estudios clínicos en España. Ley 14/2007: Ley de Investigación Biomédica, que establece los principios para la protección de los sujetos en la investigación biomédica. Los aspectos clave son: Información Detallada: Los participantes deben ser informados sobre el objetivo del estudio, metodología, duración, posibles beneficios y riesgos, y su derecho a retirarse en cualquier momento sin repercusiones; consentimiento específico: El consentimiento debe ser específico para cada estudio y no puede ser generalizado, y revisión ética: Los comités de ética deben revisar los documentos de consentimiento informado para asegurar que cumplan con los estándares éticos y legales.

[6] Reglamento General de Protección de Datos (RGPD): Establece los requisitos para el tratamiento de datos personales en la Unión Europea. Ley Orgánica 3/2018: Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que adapta el RGPD al marco jurídico español.

[7] STS, Sala Primera, sentencia de 4 de octubre de 2023. Número 1366/2023. Recurso 5944/2022. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4077:2023. Ecli: ES:TS:2023:4077

[8] STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijsels c. Belgium.

[9] STEDH, Sección: Cuarta, de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspapers c. Reino Unido. Número Recurso: 3002/2003. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000300203

[10] STEDH, Sección: Tercera, de 24 de junio de 2004, caso Von Hannover c. Alemania. Número Recurso: 59320/2000. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000

[11] STS, Sala Primera, sentencia 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.

[12] SAP, Sección: Decimotercera. Sentencia de 15 de enero de 2024. Número Sentencia: 21/2024 Número Recurso: 1083/2023. Ponente: Mireia Ríos Enrich. Numroj: SAP B 272:2024. Ecli: ES:APB:2024:272.

[13] SAP de las Islas Baleares, Sección: Cuarta, sentencia de 26 de mayo de 2022. Número Sentencia: 258/2022 Número Recurso: 800/2021. Ponente: Diego Jesús Gómez-Reino Delgado. Numroj: SAP IB 1704:2022. Ecli: ES:APIB:2022:1704

[14] SAP de Cádiz, Sección: Octava, sentencia de 27 de septiembre de 2022. Numero de sentencia 242/2022. Numero de recurso: 266/2022. Ponente: Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro. Numroj: SAP CA 2193/2022. ECLI: ES:APCA:2022:2193.

[15] Usos sociales que también tienen mucha importancia en el ámbito penal, pues recientemente se ha publicado una sentencia del Juzgado de violencia sobre la mujer, n.º1 de Badajoz, en la que un hombre ha sido condenado a cuatro meses de prisión después de quebrantar la orden de alejamiento que había sobre su expareja *al visitar el perfil de su expareja en la red social de videos TikTok*. La decisión judicial se ha tomado tras un acuerdo de conformidad entre las partes involucradas. Según la sentencia, el acusado visitó el perfil de su expareja el pasado 15 de julio desde su propia cuenta. La aplicación notifica automáticamente a los usuarios cuando alguien visita su perfil, lo que llevó a la mujer a descubrir la acción. A pesar de conocer las prohibiciones impuestas por una sentencia anterior del mismo juzgado, emitida el 2 de mayo de 2024, el hombre decidió visitar el perfil de la mujer. La sentencia previa prohibía al hombre aproximarse a menos de 200 metros de la mujer, ya fuera en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar donde ella se encontrara, durante un período de dos años. Además, se le había prohibido comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante el mismo tiempo. *Esta nueva condena añade una dimensión digital a las restricciones físicas y de comunicación previamente impuestas.*

Se trata de una sentencia pionera ya que "abre la puerta al mundo digital" en lo que respecta a delitos de violencia de género, pues la visita al perfil de la red social constituye una forma de "comunicación indirecta" que fue conocida por la víctima, independientemente de que no hubiera habido una interacción directa. Esto sienta un precedente para considerar las acciones en redes sociales como una forma de quebrantamiento de órdenes de alejamiento.

[16] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) — Irlanda] — Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems (Asunto C-311/18).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0311

[17] El artículo 2, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del ámbito de aplicación de ese Reglamento *una transferencia de datos personales realizada con fines comerciales por un operador económico establecido en un Estado miembro a otro operador económico establecido en un país tercero, a pesar de que, en el transcurso de esa transferencia, o tras ella, esos datos puedan ser tratados por las autoridades del país tercero en cuestión con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado.*

El artículo 46, apartados 1 y apartado 2, letra c), del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas requeridas por dichas disposiciones deben garantizar que los derechos de las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos gozan de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea por el referido Reglamento, interpretado a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A tal efecto, la *evaluación del nivel de protección garantizado en el contexto de una transferencia de esas características debe, en particular, tomar en consideración tanto las estipulaciones contractuales acordadas entre el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión Europea y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero* de que se trate como, por lo que atañe a un eventual acceso de las autoridades públicas de ese país tercero a los datos personales de ese modo

transferidos, los elementos pertinentes del sistema jurídico de dicho país y, en particular, los mencionados en el artículo 45, apartado 2, del referido Reglamento.

El artículo 58, apartado 2, letras f) y j), del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que, a no ser que exista una *decisión de adecuación válidamente adoptada por la Comisión Europea, la autoridad de control competente está obligada a suspender o prohibir una transferencia de datos a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cuando esa autoridad de control considera, a la luz de todas las circunstancias específicas de la referida transferencia, que dichas cláusulas no se respetan o no pueden respetarse en ese país tercero y que la protección de los datos transferidos exigida por el Derecho de la Unión, en particular, por los artículos 45 y 46 del mencionado Reglamento y por la Carta de los Derechos Fundamentales, no puede garantizarse mediante otros medios, si el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión no han suspendido la transferencia o puesto fin a esta por sí mismos.*

1.2. Derecho de familia

La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (I)

Family housing in situations of family crisis and economic and social vulnerability (I)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular). Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: La vivienda representa un pilar fundamental en el Estado del bienestar. Al respecto, el artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia y el artículo 47 el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la vivienda familiar ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja y la primera vivienda (habitual o residencia) y la secundaria ante la existencia de una vulnerabilidad económica y social y el fenómeno de la okupación y la inquiokupación y sus consecuencias jurídicas.

ABSTRACT: Housing is a fundamental pillar of the welfare state. In this regard, Article 33 of the Spanish Constitution recognises the right to private property and inheritance, and Article 47 recognises the right of all Spaniards to enjoy decent and adequate housing. This study will focus on the analysis of family housing in situations of marital or relationship crisis, and the first home (habitual or residence) and secondary home in the presence of economic and social vulnerability and the phenomenon of squatting and unsquatting and its legal consequences.

PALABRAS CLAVES:. Vivienda familiar, crisis matrimonial o de pareja, guarda y custodia, hijos menores de edad, mayores de edad o discapacitados, atribución del uso de la vivienda, precario, juicio de desahucio, arrendamientos urbanos, vulnerabilidad económica y social, okupación, inquiokupación.

KEYWORDS: Family housing, marital or couple crisis, custody, minor children, adults or disabled children, attribution of use of housing, precarious, eviction trial, urban leases, economic and social vulnerability, occupation, unoccupation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMNACIPADOS. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.…1. La medida de guarda y custodia. Interés superior del menor. 2. Criterios de atribución de la guarda y custodia compartida. 3. Las situaciones de violencia de género y vicaria en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad. 4. Derecho de visitas, comunicación o estancia de los hijos menores de edad no emancipados.—III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Existencia de hijos menores de edad no emancipados. 2. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. 3. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos. 4. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida. 5. La atribución del uso de la vivienda al hijo mayor de edad. 6. La atribución del uso al hijo mayor de edad discapacitado. 7. Atribución del uso ante la posibilidad que en la vivienda vivan hijos de relaciones diferentes-familias reconstruidas—. 8. La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero tras la crisis matrimonial o de pareja: precario o comodato. 9. Extinción del uso de la vivienda por convivencia marital.—IV. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA. 1. Los contratos de arrendamiento de vivienda: aspectos civiles. A. Duración y prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda según la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. B. La renta en el contrato de arrendamiento de vivienda. C. Actualización de la renta del arrendamiento de vivienda. D. Gastos generales y servicios individuales. 2. Aspectos procesales de la Ley por un derecho a la vivienda: la okupación y la inquiokupación y los procesos de desahucio. *A. Procesos verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y reclamación de las cantidades debidas por el arrendatario, precario, recobrar y retener la posesión y sobre derechos reales inscritos. B. Reformas procedimentales en el procedimiento de desahucio: trámites y aportación de documentos previa a la presentación a la demanda. C. La suspensión de los lanzamientos en relación a colectivos vulnerables. D. La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LO 1/2025). E. El seguro de impagos para los propietarios víctimas de la okupación.* 3. Otras cuestiones jurídicas.—V. INCENTIVOS FISCALES APLCABLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS A LOS ARRENDAMINTOS DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA.—VI. LOS ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA Y LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.—VII. LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA TRAS MÁS DE UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA. EFECTOS JURÍDICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés básico como es el alojamiento. Es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial —artículos 90 B, 91, 96, 103.2.ª y 104—; a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales —artículos 1356 y 1357—; una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges —artículos 1406.4 y 1407— a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes[1]. La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación[2]. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no sólo cobijo, sino además seguridad o intimidad.

En todo caso, la atribución del uso de la vivienda forma parte del contenido del convenio regulador o se trata de una medida definitiva adoptada en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio. De forma que, o bien se acordará por las partes, o se fijará por el juez en sustitución de la ya establecida previamente o, en fin, se adoptará *ex novo*, todo lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

Ahora bien, nuestro legislador no ofrece ninguna conceptuación de lo que representa la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar "aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación"[3]. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como "aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación", o "como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia"[4]. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse "el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar"[5].

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996[6] conceptúa la vivienda familiar como "el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones

como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso".

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina "familiarización", esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar[7]; se trata entonces de una cuestión de hecho, que "no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen"[8].

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no sólo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA "cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquiriente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes"[9].

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar, en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Antes esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (artículo 70 del Código Civil)[10].

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar[11], o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible[12]; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe "albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda

desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa"[13]. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo[14].

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriedad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios[15]. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar[16].

Por otra parte, también plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble[17]. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada, como veremos.

3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal[18].

4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes,* casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual[19].

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familia en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial[20]. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (artículos 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho[21]. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (artículos 108 del Código Civil y 14 de la Constitución Española)[22]. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* "dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa"[23]; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro

conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección[24].

Asimismo, la propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en *pro indiviso* o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero o, en fin, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas[25]. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *pro indiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietario individualmente y, en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

Esta facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagrada en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (artículo 400.2)[26]. Para que sea válido el pacto de indivisión, se exige que el mismo sea por tiempo determinado y no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no sólo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer ésta a los demás copropietarios[27]. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (artículo 402 del Código Civil).

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta[28]. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho uso[29]. El adquirente de bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta, debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.3 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010[30] y de 18 de enero de 2010[31] sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2012[32], que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya

que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su *ex* marido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquél, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y al que nos sumamos[33]. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

Ahora bien, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, procede ahora plantearse si subsiste el uso de la vivienda ante la venta o la acción de división realizada por un tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o, ejercitar la acción de división de la cosa común, se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en el mismo. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla "resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido"[34].

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Por otra parte, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales[35]. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda[36]. Si el cónyuge no realiza la notificación, sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario[37].

Asimismo, un supuesto planteado no infrecuente en la realidad social española, es aquel en el que, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, éste rehace su vida y comenzar a convivir maritalmente

con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o, lo que se conoce como una nueva familia reconstituida; pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que éste tiene de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquél tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener sólo un derecho de visitas —fines de semana o periodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación.

En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevenida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio. A lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios; lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueden derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia hasta ahora hay que decir no tienen una respuesta unánime a la problemática descrita, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y ésta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso[38]; para otra, en cambio, tal circunstancia sobrevenida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso[39]. Lo que no impide que, tal nueva circunstancia convivencial permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero[40], o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital[41]; o en fin, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en el supuesto que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges en *pro indiviso* (artículo 400 del Código Civil).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018[42] así en la posible colisión de intereses entre el cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario y el cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación; sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que, el derecho de uso se extingue cuando éste constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive, perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial "por servir su uso a una familia

distinta y diferente". De forma que, lo que, inicialmente, constituyó la base que, determinó la fijación de tal medida; ahora la convivencia marital con un tercero constituye causa de extinción del derecho de uso[43].

Por otra parte, cabe referirse al supuesto en que la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario— y salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar; adelantamos que, de forma mayoritaria, se entiende que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma[44]. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que ésta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos[45].

En fin, el artículo 96.3 del Código Civil —reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio— para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los criterios establecidos en el párrafo 1 y 2 del citado precepto "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 el adquirente de buena fe". El legislador en este supuesto de disposición de la vivienda familiar opta por reproducir el régimen previsto en el artículo 1320 del citado cuerpo legal en sede de régimen matrimonial primario. Como novedad es la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar[46]. Por lo que, con independencia de la titularidad privativa de la vivienda y de los objetos de uso ordinario contenidos en ella, a efecto de actos de disposición sobre la misma se necesitará siempre el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso, autorización judicial.

En este contexto, el 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución "*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*", que fue respaldada por 193 Estados miembros. La citada Resolución abarca dos contenidos esenciales: la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) representando una hoja de ruta que tiene como objetivo avanzar en los grandes retos sociales, económicos y medioambientales y, por ende, se configura cómo una iniciativa dirigida a la incorporación de los derechos humanos en las políticas públicas, tanto desde los objetivos como a través de los instrumentos establecidos a tal fin, con un plan de actuación a alcanzar en 15 años. Los citados ODS, a su vez, se desglosan en 169 metas y en 232 indicadores para su seguimiento.

Pues bien en este ámbito de operatividad, la vivienda como la garantía del derecho a la misma se relacionan directamente con ocho de los ODS, en concreto, los números 1, 3, 4, 5, 7, 10, 11 y 17. Este último relativo a las alianzas para lograr los objetivos se interpela a todos los niveles de la Administración para que actúen y la necesidad de una sociedad y tercer sector fuerte que coparticipen y se alíen en la coproducción de políticas de vivienda asequible. Este ODS insta a los Estados a "lograr que ciudades y asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilien-

tes y sostenibles" y establece como meta principal que de aquí al 2030, se asegure el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos, adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales"[47].

En todo caso, la vivienda constituye, ante todo, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas. Pero también, desde el punto de vista de su soporte físico, al tratarse de un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión. De hecho, en el conjunto de la edificación urbana, la vivienda ocupa el 80% del espacio construido y, como tal, es un factor determinante de la estructuración espacial.

Desde esta perspectiva, asimismo, la satisfacción del derecho a una vivienda digna está directamente relacionada con la capacidad que tiene nuestro sistema de vivienda de responder a las necesidades residenciales de la sociedad. De ahí que, se parte de la base de concebir la vivienda (y la vivienda asequible) como un derecho humano que se enmarca en las necesidades humanas para una vida digna, pero que también exige que se acompañe del desarrollo de políticas públicas que se orientes a su cumplimiento.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV) señala, precisamente, en su Exposición de Motivos "las Agendas Urbanas internacionales prestan especial atención, también, a la vivienda y, en concreto, la Agenda Urbana Española, alineada con estas y con los objetivos de desarrollo sostenible que proclama la Agenda 2030, reclama la promoción de medidas y la adopción de políticas en materia de vivienda que respalden la realización progresiva del derecho de todas las personas a una vivienda digna y adecuada, a precios asequibles; que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia, especialmente en materia de género; que impidan los desalojos forzosos arbitrarios y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar erradicando el fenómeno del sinhogarismo, de quienes padecen situaciones de vulnerabilidad, de los grupos sociales con bajos ingresos y especiales dificultades y de las personas con discapacidad; a la vez que propician la participación y la colaboración de las comunidades y de todas las personas interesadas. Estas nuevas Agendas, tanto nacional, como internacionales, muestran a los Estados y demás escalones de Administración Pública la necesidad de reconocer la función social del suelo y de la vivienda y su compromiso a favor de una amplia gama de opciones de creación de vivienda, de promoción de diversos tipos de tenencia y de enfoques centrados, en suma, en las personas. Todo ello en el marco de una visión inclusiva de los asentamientos humanos"[48].

En este contexto, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para ella y su familia que se refleja en disponer de una vivienda. De ahí que, la vivienda como derecho universal se contenga 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 Unidas, 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 revisión de la misma que tuvo lugar 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 el ámbito nacional, la Constitución española reconoce, en su artículo 47 el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y, a continuación, impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho. Todo ello como proyección de su artículo 9.2 y su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la norma fundamental, referido a los principios rectores de la política social y económica. El reconocimiento, respeto y protección de dichos principios informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 de la Constitución española).

Ahora bien, este derecho constitucional así reconocido incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 de la CE), a la protección de la salud (artículo 43 de la CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 de la CE); derechos, todos ellos, que, a su vez, guardan una estrecha relación con los valores de la calidad de vida —de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental— y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (artículo 10.1 de la CE). Todo lo cual influye en la configuración tanto del derecho de propiedad, como de la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde una doble perspectiva: la función social que deben cumplir la propiedad y el interés general

(artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 de la CE). Y ello sobre la base del reconocimiento de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 139.1 de la CE) en los términos del artículo 14 de la CE y, en particular, de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja (artículo 48 de la CE) y, los legítimos intereses de consumidores y usuarios, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Constitución Española.

Sobre tales bases, se ha venido a reflejar en esta Ley lo que constituía una corriente doctrinal que, el derecho a la vivienda constituye un derecho subjetivo que puede ser esgrimido ante la jurisdicción ordinaria[49]. Si bien, aunque no estamos ante un derecho fundamental, tampoco tiene la categoría de simple principio rector[50]. Dicho de otro modo, para VILLASECA BALLESCAS "en el capítulo tercero del título I coexisten principios y derechos, sin que estos últimos pierdan tal carácter ni deban recibir el tratamiento jurídico de aquellos" y, añade que, "con independencia de lo anterior no puede negarse que la vivienda constituye el soporte físico indispensable para el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución española)"[51].

Ahora bien, la vivienda se relaciona con el derecho de la propiedad contenido en el artículo 33 de la Constitución española que, aunque no es susceptible de amparo constitucional, se erige como derecho constitucional sobre el que hay una expresa reserva de Ley (artículo 53.1 de la Constitución española) no pudiendo el legislador desconocer su contenido esencial. Se trata en su perspectiva constitucionalista como derecho público subjetivo que se ostenta frente al Estado o, en general, frente a los poderes públicos, que deben respetar su contenido esencial que, solo la Ley delimita y que, la utilidad individual y la función social lo definen inescindiblemente, pues, forma parte integrante del derecho mismo (sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo[52]); y únicamente se puede privar de este derecho mediando causa de utilidad pública e interés social y siempre previo pago de la correspondiente indemnización, a través del instituto de la expropiación[53]. Con estos condicionantes, nuestro Código Civil en el artículo 348 opera sobre un concepto individualista del dominio, propio de la ideología liberal y se parte de su consideración como derecho subjetivo que, atribuye a su titular un ámbito de poder —conjunto de facultades: gozar y disponer de la cosa-[54], pero también deberes y cargas como se constata en esta Ley 12/2023 (artículos 9 y 11); y tiene los caracteres de general, abstracto y elástico, además de exclusivo y perpetuo o con carácter permanente, y, en fin, es un derecho real que puede hacerse valer frente a todos (*erga omnes*)[55].

Nuestro Tribunal Constitucional en sentencias del Pleno 37/1987, de 26 de marzo y 89/1994, de 17 de marzo[56] declaran que "la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, con la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir, igualmente, la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su

ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (artículos 40.1, 45.2. 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibildad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho".

Efectivamente, la función social del derecho a la propiedad delimita su contenido, de acuerdo con las leyes, correspondiendo concretar al legislador ese contenido y los contornos que lo definen. A esta función social se refiere también la Ley 12/2023 en su artículo 7 al afirmar que: "*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*".

En este contexto, recordemos que, el artículo 47 de la Constitución Española impone como obligación a todos los poderes públicos sin excepción y en el marco de sus respectivas esferas de competencia promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. De ahí que, la política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el citado artículo 47, siendo así que uno y otro aspecto —el económico y el social— se revelen difícilmente inseparables. Sin embargo, este precepto no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53 de la Constitución española) en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo que, se refiere al artículo 149.1.1, éste faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales. De ahí que, el Tribunal Constitucional en sentencia 146/1986, de 25 de noviembre[57] declarase que "la persecución del interés general —en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles— se ha de materializar "a través de", no "a pesar de" los sistemas de reparto articulador en la Constitución española (FJ 3.º); de manera que, la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto

"debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomía territoriales" (FJ 4.º).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto, asimismo que, la inexistencia de una legislación estatal sobre vivienda que sirva como parámetro de constitucionalidad a la elevada producción normativa autonómica en la materia. Así la sentencia 16/2018, de 22 de febrero[58] justifica la imposibilidad de considerar que una norma autonómica contradiga las competencias estatales cuando el legislador estatal no ha "dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas" (FJ 8.º a). También, recuerda la sentencia 80/2018, de 5 de julio[59], que "no habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el artículo 149.1.1.ª de la CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional". Esta misma doctrina jurisprudencial se reitera en otras sentencias como la 32/2018, de 10 de abril; y la 43/2018, de 26 de abril.

Por tanto, esta Ley 12/2023, de 24 de mayo representa la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda desde la aprobación de la Constitución española.

Si bien, el artículo 148.3 de la Constitución española señala que, todas las Comunidades Autónomas tienen asumida en sus Estatutos de Autonomía, sin excepción, la competencia plena en materia de vivienda. A diferencia del Estado, que sólo puede incidir, con distinto alcance y sobre la base de títulos competenciales diversos, en la política de vivienda, los legisladores autonómicos pueden formular completos programas normativos de la acción pública en la materia. Uno y otras están abocados, por tanto, a articular sus respectivas actuaciones de modo que puedan desplegarse en un marco normativo coherente, estable y seguro que haga posible la realidad del derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución en ejecución de las medidas, acciones, planes y programas correspondientes y la igualdad básica de todos los españoles en relación con dicho derecho.

La jurisprudencia constitucional también ha avalado este esquema de concurrencia competencial. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio[60], que tuvo como objeto de análisis uno de los planes de vivienda estatales de protección pública a la vivienda y que amparó la dinámica de dichos planes; junto a otras posteriores, han mantenido, en lo básico, el esquema inicial del Tribunal Constitucional, que amparó la competencia estatal para aprobar los planes de vivienda, fundamentalmente con base en el artículo 149.1.13.ª CE, que atribuye al Estado la competencia relativa a la planificación general de la actividad económica, en concreto el establecimiento de bases y coordinación de esta planificación.

Por otra parte, procede señalar que, también existen otros títulos competenciales que exigen al Estado abordar esta tarea legislativa. En primer lugar, el del artículo 149.1.1.ª de la Constitución Española para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, en este caso, en relación con el derecho de propiedad de la vivienda, pero también con el ejercicio del derecho

constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e incluso con los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, puesto que la vivienda habitual es donde la inmensa mayoría de las personas tienen su domicilio y ejercen la intimidad de su vida personal y familiar. La dignidad y adecuación de la vivienda son, pues, condiciones asimismo para el ejercicio de estos derechos de las personas que las habitan. En segundo lugar, están las competencias estatales en materia de legislación mercantil (artículo 149.1.6.ª de la CE) y civil (artículo 149.1.8.ª de la CE) en relación con los contratos vinculados al acceso a la vivienda, tal y como ha admitido sin vacilar la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero). En tercer lugar, cabe citar el establecimiento de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (artículo 149.1.11.ª de la CE), resultando obvio que la producción de viviendas por las empresas promotoras y su adquisición por parte de la ciudadanía requiere, de forma mayoritaria, de préstamos otorgados por las entidades de crédito, materia en la que la competencia estatal es relevante. En íntima conexión con esta competencia estatal se encontraría también la relativa a hacienda general y deuda del Estado (artículo 149.1.14.ª de la CE), que constituyen títulos competenciales que se han venido ejerciendo por el Estado en la regulación de los préstamos convenidos o cualificados o en el otorgamiento de ayudas económicas. En último lugar, la competencia estatal para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.ª de la CE), también lleva al Estado a dictar una norma en materia de vivienda, habida cuenta de la repercusión ambiental de la producción y utilización de las viviendas, así como la competencia relativa a las bases del régimen minero y energético (artículo 149.1.25.ª de la CE), puesto que el subsector vivienda es un ámbito clave en relación con las medidas de eficiencia y ahorro de energía.

En cualquier caso, conviene tener presente que la vivienda resulta ser un bien esencial de rango constitucional que presenta múltiples dimensiones; por lo que desde esta perspectiva, no constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53.3) que, puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles sean los instrumentos regulatorios en cada caso. Dicha complejidad competencial es clara consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3.º[61]).

Pues bien, entre los objetivos genéricos de la ley son además de: 1. Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todo el territorio nacional. 2. Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales. Se indica que se debe: 3. Dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas, garantizando así la dignidad y la salud de las personas que las habitan. Asimismo, 4. Definir los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con objeto de fa-

vorecer el ejercicio del derecho constitucional en todo el territorio. 5. Regular el régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, asegurando su desarrollo, protección y eficiencia para atender a aquellos sectores de la población con mayores dificultades de acceso. 6. Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares. Y, finalmente, 7. Mejorar la protección en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.

Ahora bien, dichos objetivos genéricos básicos están vinculados a los fines comunes de la ley y de la acción de los poderes públicos de vivienda en materia de vivienda y dentro del ámbito de sus respectivas competencias. De ahí que, se fijen como fines entre otros: Proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda, con especial atención a las personas y hogares en situación o riesgo de vulnerabilidad, y específicamente a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través de medidas efectivas en materia de vivienda y asegurando la debida coordinación con medidas complementarias de atención social, formación, empleo y otras acciones de acompañamiento (artículo 2.5 de la LDV).

Por otra parte, en el artículo 3 letra a) de la citada Ley se define vivienda como "edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial". Por su parte, en la letra c) se entiende por vivienda digna y adecuada: "la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas". Se refiere a vivienda los edificios o partes de los mismos que tenga carácter privativo, excluyendo los que tengan carácter común —vivienda del portero—. Una definición en la línea del artículo 3 letra u) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco que la conceptúa como "Edificio o parte de un edificio, de carácter privativo y con destino a uso residencial". Asimismo, esta norma autonómica en sus letras v) y w) define vivienda o alojamiento adecuado como aquella vivienda o alojamiento que por su tamaño, ubicación y características resulta apropiada o apropiado para la residencia de una concreta persona, familia o unidad de convivencia; y vivienda o alojamiento digno: como la vivienda o alojamiento cuyas características técnicas son acordes a los criterios de habitabilidad. Y tal forma de operar contrasta con la ofrecida por la normativa catalana que, sin diferenciar entre edificio o partes del mismo que tengan carácter privado o público, la vivienda como "toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes

del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación" (artículo 3 letra a) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda).

Si bien, no faltan legislaciones autonómicas que parte del concepto de vivienda digna y adecuada y de calidad para referirse al concepto de vivienda. Así, el artículo 2.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía A los efectos de esta Ley, se entenderá por vivienda digna y adecuada aquella que reúna, al menos, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una edificación fija y habitable, constituyendo, a efectos registrales, una finca independiente; b) Que sea accesible, particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales"[62]. O, simplemente, el artículo 42 bis 1 de la Ley Foral 10/2010 considera vivienda simplemente a "toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones"; y añade en su apartado 3 que "no tendrán la consideración de viviendas deshabitadas las siguientes: a) Las viviendas habituales. Se presumirá tal carácter para aquellas que constituyan el domicilio habitual y permanente de sus titulares por declararse como tal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y en ausencia de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las que consten como domicilio de empadronamiento en un municipio de Navarra de sus titulares; b) Las viviendas de las personas físicas cuyo uso sea el de esparcimiento o recreo, entendiendo como tales las que constituyan segunda residencia de su titular. Podrá tener a estos efectos tal consideración únicamente una vivienda por persona o unidad familiar. En supuesto que una persona o unidad familiar sea titular de dos viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda que conforme el punto anterior no tenga la consideración de vivienda habitual. En caso de que una persona o unidad familiar sea titular de tres o más viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda con mayor valor catastral entre las que no tengan la consideración de vivienda habitual.

Ahora bien, en alguna de las legislaciones citadas se alude también al concepto de vivienda o residencia principal o secundaria. Así en el mencionado artículo 3 de la Ley 12/2023 en las letras i) y j) se define residencia habitual: la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho; y residencia secundaria como toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye su residencia habitual, respectivamente[63].

Por su parte, en el artículo 3 de la Ley 3/2015 del País Vasco en la letra z) se considera vivienda principal a aquella que consta como domicilio de una persona,

familia o unidad de convivencia en el padrón municipal; vivienda de realojo como la que se destina a nueva residencia, transitoria o permanente, de las personas, familias o unidades de convivencia que se ven obligadas a dejar su vivienda por causa de operaciones urbanísticas o expropiatorias o de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana; y vivienda de segunda residencia como la vivienda titularidad de quien, disponiendo ya de una vivienda principal, utiliza otra de modo intermitente o en estancias temporales. Las viviendas de la misma titularidad que superen el número de dos no se considerarán, en ningún caso, vivienda de segunda residencia.

En esta línea, el artículo 3 de la Ley 18/2007 catalana entiende en la letra b) como vivienda principal: la que consta como domicilio en el padrón municipal y vivienda secundaria o de segunda residencia: la utilizada de modo intermitente o en estancias temporales (letra c).

En fin, el artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo entiende que la residencia habitual es la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año; el artículo 3 i) de la Ley 12/2023 "la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho"[64]; y, el artículo 41 bis de Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su parte, considera vivienda habitual del contribuyente a efectos de determinadas exenciones (artículos 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto) la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas. 2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

En todo caso, el legislador distingue entre las nociones de vivienda y residencia habitual, pero no define, lo que se considera vivienda habitual, máxime si tenemos presente las nuevas exigencias que debe contener la demanda en los juicios verbales de los apartados 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC y en el procedimiento hipotecario, pues, resulta necesario hacer constar en la demanda si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual de la persona ocupante. De todas formas, resulta sencillo conocer si el inmueble es vivienda habitual del deudor, habida cuenta que con la Ley 1/2013, de 14 de mayo es obligatoria que figure tal condición en las escrituras de préstamo hipotecario. Por otra parte, la vivienda habitual será la que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa —sea propietario o no— dice la Ley. Mientras que la residencia secundaria sería la vivienda no habitual del propietario —su residencia no habitual— pues, la destina para estancias temporales o intermitentes. Aquí si el legislador alude a propietario, mientras en el anterior supuesto descrito —al

que la ocupa—. Por tanto, las nuevas exigencias para presentar la demanda en los juicios verbales por ocupación de la vivienda (artículo 439 párrafo sexto de la LEC) pueden constituir vivienda habitual de la persona ocupante tanto la residencia habitual como la secundaria del propietario. Quizá con más "fundamento" la secundaria, pues, no constituye ni el domicilio, ni la residencia habitual del propietario y, en todo caso, la vivienda habitual debe ser la residencia habitual del ocupante —ámbito sustantivo y procesal-[65]. En esta línea, para ARGELICH COMELLES este concepto de vivienda que da la ley es "claramente obsoleto en su literalidad por la ausencia de nociones básicas del Derecho comparado europeo y además parte del paradigma de las viviendas en régimen de propiedad horizontal o de propiedad horizontal por parcelas, cuando refiere el acceso a espacios y servicios comunes"[66]. Asimismo, para ACHÓN BRUÑÉN esta definición "peca de parquedad, ya que no establece cuál es el tiempo mínimo de residencia para considera a una vivienda como habitual, lo que constituye un defecto reprobable que va a ocasionar serios problemas"[67].

Por otra parte, en la línea de evitar lo que se conoce como sobreendeudamiento de las familias la letra d) del artículo 3 de la Ley 12/2023 define lo que ha de entenderse por condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero para adquirir o arrendar una vivienda: "aquellas condiciones de precio de venta o alquiler que eviten un esfuerzo financiero excesivo de los hogares teniendo en cuenta sus ingresos netos y sus características particulares, considerando, tanto la cuota hipotecaria o la renta arrendaticia, como los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al propietario hipotecado o al arrendatario, no debiendo superar con carácter general el 30 por ciento de los ingresos de la unidad de convivencia".

Por su parte, en la reforma de la LEC el artículo 441.7 para apreciar el tribunal que existe una situación de vulnerabilidad económica parte del hecho que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM); b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento; c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo; d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes corresponde atender a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía

Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad[68].

Por su parte, el artículo 3 de la LDV define en su letra d) como condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero: aquellas condiciones de precio de venta o alquiler que eviten un esfuerzo financiero excesivo de los hogares teniendo en cuenta sus ingresos netos y sus características particulares, considerando, tanto la cuota hipotecaria o la renta arrendaticia, como los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al propietario hipotecado o al arrendatario, no debiendo superar con carácter general el 30 por ciento de los ingresos de la unidad de convivencia. Y, asimismo, en su letra e) hace referencia al concepto de gastos y suministros básicos: el importe del coste de los suministros energéticos (de electricidad, gas, gasoil, entre otros), agua corriente, de los servicios de telecomunicación, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual.

En fin, el artículo 3 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias en su apartado 2 hace referencia al consumidor vulnerable como aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Ahora bien, se introducen por primera vez en la Ley 12/2023 el concepto de sinhogarismo, en concreto, en la letra l) del artículo 3 como la circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia.

Podrá calificarse como sinhogarismo cronificado, cuando la situación de sinhogarismo continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Se trata de una situación vital cuya solución debe venir desde la actuación del Estado llevando a cabo la planificación adecuada con su correspondiente financiación con el fin de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, prestando especial atención a aquellos colectivos, personas y familias con mayores dificultades de acceso o que puedan encontrarse en riesgo de exclusión residencial y con especial atención a aquellas familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo. Por lo que, no debe recaer en los particulares, pues necesariamente esta situación vital tiene que ver con el fenómeno de la ocupación de la vivienda y la dificultad en su recuperación. En esta línea, MAGRO SERVET manifiesta que "la confrontación de los derechos de una persona que ocupa una vivienda de forma ilegal lo es frente a la Administración Pública, que es la competente para

proveer vivienda a estas personas que se relacionan con el concepto de sinhogarismo, pero no el propietario de una vivienda que, la use, o no y sea gran tenedor o no lo sea, ya que los propietarios de viviendas no pueden ser sancionados por la Ley por disponer de un número determinado de viviendas y exigírseles más requisitos para recuperar su inmueble"[69].

Precisamente, el artículo 14.3 de la Ley 12/2023 califica de situación de vulnerabilidad las personas en situación de sinhogarimo exhortando a que las Administraciones competentes, de acuerdo con lo previsto en su marco normativo, lleven a cabo programas de medidas específicas para afrontarlo, promoviendo en su ámbito territorial el acceso a soluciones habitacionales de alojamiento en condiciones adecuadas, y posibilitando una adecuada complementariedad entre las distintas políticas, recursos y servicios, especialmente en el ámbito sanitario, social, educativo y de empleo.

En todo caso, recae sobre las Administraciones Públicas dar una solución a las situaciones de vulnerabilidad económica y social y a la situación de sinhogarismo. Al respecto, el artículo 15 de la LDV relativo al derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística en su apartado 1 letra b) señala que: "podrán establecer la obtención de suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes, cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas. b) Con la finalidad de adaptar la vivienda a la demanda y facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, la ordenación territorial y urbanística promoverá la aplicación de tipologías edificatorias y de modalidades de viviendas y alojamientos que se adapten a las diferentes formas de convivencia, habitación y a las exigencias del ciclo de vida de los hogares, atendiendo, en su caso, a la casuística del medio rural. Estas actuaciones podrán ser, tanto de transformación urbanística como edificatorias, de acuerdo con el artículo 7 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre".

Por otra parte, no se puede hacer recaer el propietario la solución a las situaciones indicadas; de ahí que, corresponda a las Administraciones competentes en materia de vivienda tal como dispone el artículo 10.2 de la LDV "velar por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad de vivienda, actuando de manera concertada y coordinada en la promoción de las acciones previstas en la legislación y en los planes y programas aplicables para favorecer el acceso a la vivienda. A tales efectos, podrán adoptarse y ejecutarse cuantas medidas prevea la legislación en la materia y, en particular, las siguientes: a) Ayudas y subvenciones públicas. b) Incentivos fiscales. c) Gestión directa por parte de las Administraciones Públicas o sus entes instrumentales, o en colaboración con terceros, de los parques públicos de vivienda. d) Colaboración con entidades del tercer sector cuyos fines de carácter social estén vinculados con la vivienda, para facilitar la gestión de viviendas pertenecientes a los parques públicos, así como la gestión de su propio parque de vivienda social. e) Fomento de la iniciativa privada mediante convenios con los titulares de viviendas para su cesión a las Administraciones públicas competentes u otras fórmulas para favorecer el incremento de la oferta de alquiler social o a precio asequible. Y, f) Acciones de fomento de la intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas para propiciar su efectiva ocupación"

En fin, se da un concepto de infravivienda como, pero no de vivienda vacía o deshabitada, a diferencia de las legislaciones autonómicas que lo fijan en torno a un año[70] o dos años el plazo temporal para su consideración como tal vivienda deshabitada[71]. No obstante, el artículo 34 de la Ley 12/2023 en la caracterización del parque de vivienda indica con respecto a la vivienda deshabitada o vacía que: "*1. El Estado, en cumplimiento del principio de colaboración y cooperación, así como en garantía del de trasparencia en la forma que se instrumente de acuerdo con las administraciones competentes, y sobre la base de sus sistemas de información y gestión, ofrecerán información sobre el uso y destino del parque de viviendas de su ámbito territorial, con indicación, en términos agregados, del número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén habitados por hogares y constituyan su residencia principal, así como aquellos que se hayan identificado como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial, incluyendo también de forma agregada, el número de inmuebles a los que, en su caso, se haya aplicado el recargo fiscal establecido en el artículo 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; y, 2. Con periodicidad anual, deberán publicarse los datos indicados en el apartado anterior a través de la sede electrónica prevista en el artículo 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, especificando las medidas y acciones orientadas a la optimización del uso del parque de vivienda del ámbito territorial; y, a su vez, la Disposición final tercera de la citada Ley modula el recargo que se impone a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles modificando para ello el artículo 72 apartado 4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*"[72].

Ahora bien, el pasado 22 de noviembre de 2024 los jueces de las Secciones de lo Penal de la Audiencia Provincial de Girona firmaron el acuerdo por el cual habilitan a la Policía la posibilidad de actuar en las primeras 24 horas de la okupación. A esta reunión acudieron los 7 magistrados que la configuran. El procedimiento sería por la vía de urgencia.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la atribución de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial o de pareja y en situaciones de vulnerabilidad económica y social atendiendo a la regulación contenida en la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda y el problema añadido de la ocupación ilegal de viviendas o la inquiokupación en sus aspectos civiles y procesales. Si bien, con carácter previo nos vamos a referir a la medida de guarda y custodia de menores —*vgr.* guarda o custodia compartida y derecho de visitas— que se adoptan como consecuencias de las crisis matrimonial o de pareja, por su necesaria implicación con otra medida objeto de especial análisis, como es la atribución del uso de la vivienda familiar.

II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMNACIPADOS. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. La medida de guarda y custodia. Interés superior del menor.

La patria potestad supone un conjunto de derechos y deberes enumerados en el artículo 154 del Código Civil así: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía,

alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes; y, 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. La titularidad y el ejercicio como regla general corresponden conjuntamente a ambos progenitores —patria potestad dual—.

Ahora bien, ante la ruptura de la convivencia y siempre velando por el interés del menor, la titularidad sigue correspondiendo a ambos, salvo privación de la patria potestad[73]; no así la guarda. De ahí que, proceda señalar que, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda, siendo a la hora de su adopción la posibilidad del menor de edad no emancipado de ser oído[74] y, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2024[75] "es jurisprudencia constitucional la que sostiene que "el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuanto que se encuentra implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que, tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5º; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5º; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6º; 138/2014, de 8 de septiembre; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4º; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3º; así como 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2º)".

Sobre tales bases, la jurisprudencia constitucional considera que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º; 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4.º; 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5.º; y 82/2024, de 3 de junio, FJ 2.º). La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 129/2024, de 5 de febrero, cuya doctrina reproduce y ratifica la sentencia de este mismo Alto Tribunal 234/2024, de 21 de febrero, aborda el significado del interés superior del menor y pone en evidencia su trascendencia en la decisión de los procesos en que se adoptan medidas referentes a los niños y a las niñas, al considerarlo: (i) Como un principio axiológico preferente en la interpretación y aplicación de las normas; (ii) Un concepto jurídico indeterminado; (iii) Una regla de orden público (iv) Un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores; (v) Un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de armonizarlo con los otros intereses convergentes; (vi) Su determinación exige una motivación reforzada sobre la ordinaria de toda resolución judicial; (vii) Constituye un instrumento de flexibilización del rigor procesal; (viii) Es susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas como la psicología; y (ix) Fiscalizable a través del recurso de casación.

Como hemos señalado en líneas precedentes, en la apreciación del interés superior del menor se exige un canon de motivación especialmente reforzado cuando se encuentre afectada la esfera personal y familiar de un niño o de una niña

(sentencias del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero; 53/2024, de 8 de abril y 126/2024, de 27 de noviembre). De igual manera, se expresa esta Sala en sus sentencias 984/2023, de 20 de junio; 129/2024, de 5 de febrero; 754/2024, de 28 de mayo; y 981/2024, de 10 de julio, entre otras muchas. Es decir, que el deber de motivar las sentencias (artículos 120.3 de la CE; 209.3 y 218.2 de la LEC, así como artículo 248.3 de la LOPJ), cuando afecten a los menores en los procesos judiciales, requiere de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo mayor, más intenso y completo, en la ponderación de las circunstancias concurrentes que el nivel ordinario de justificación del proceso causal que conduce al fallo exigible en los otros procesos de distinta naturaleza.

Para apreciar cuál es el interés superior prevalente del menor es necesario dar a los menores que cuenten con suficiente juicio la oportunidad de ser oídos (audiencia del menor). El Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 53/2024, de 8 de abril[76], con cita de la 5/2023 y la 141/2000, que: "el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (...) existiendo una estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la CE)". E, igualmente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha ocupado de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho (sentencias 413/2014, de 20 de octubre; 157/2017, de 7 de marzo; 578/2017, de 25 de octubre; 18/2018, de 15 de enero; 648/2020, de 30 de noviembre; 548/2021, de 19 de julio; 577/2021, de 27 de julio; y 984/2023, de 20 de junio, entre otras)

Las manifestaciones y la voluntad expresada por los menores deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica y según la lógica y la experiencia del juzgador. La Sala de lo Civil del Alto Tribunal, ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores. En definitiva, la voluntad libremente emitida debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de la Sala de lo Civil "no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, 93/2018, de 20 de febrero; y, 705/2021, de 19 de octubre, entre otras muchas).

Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: a) La protección de sus necesidades básicas, "tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; y c) "La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia". Precisamente, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se hace eco de los graves perjuicios que las conductas violentas generan sobre los menores, en línea con los textos internacionales, como la resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166 (INI)), que en su apartado N, exige la garantía del que el interés superior del menor sea la consideración primordial para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación.

Operando sobre tales bases, procede señalar que, las medidas relativas a los hijos menores de edad deberán inspirarse necesariamente en su interés superior. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional proclama que: "toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor" (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º). Dada la importancia de dicho interés, en todos los procedimientos de adopción de medidas que conciernen a los menores, opera como verdadero principio de orden público con todas las connotaciones que conlleva (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril; 1695/2024, de 17 de diciembre; así como sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º). En este orden de ideas, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º); 113/2021, de 31 de mayo; 131/2023, de 23 de octubre (FJ 3.º); 148/2023, de 6 de noviembre (FJ 4.º); 28/2024, de 27 de febrero (FJ 5.º); y 82/2024, de 3 de junio (FJ 2.º) subrayan que: "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Y las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.º), y 113/2021, de 31 de mayo (FJ 2.º) estiman que "es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención", con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

En todo caso, existe pues un amplio consenso sobre que, en todas las decisiones relativas a los niños, debe prevalecer su interés superior (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza, § 135; de 26 de noviembre de 2013, asunto X c. Letonia, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2003, asunto Sahin c. Alemania, § 66).

Asimismo, se ha reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 281/2023, de 21 de febrero; 981/2024, de 10 de julio; y 1149/2024, de 18 de septiembre, que el interés del menor no puede concebirse: "mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O, dicho de otro modo, no puede fijarse *a priori* para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias".

Pues bien, en este contexto: a. La guarda exclusiva puede ser ejercida sólo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones. Le corresponde a un solo de los progenitores la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental y respecto del otro progenitor se fija un sistema de visitas, estancias o comunicaciones[77]. Este régimen de guarda y custodia podrán acordarlo los padres en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (artículo 92.4 del Código Civil). Si bien, conviene precisar que, la adopción de esta guarda y custodia exclusiva o monoparental puede operar por exclusión de la compartida así: cuando no sea solicitada la guarda y custodia compartida por los padres; cuando no proceda la guarda y custodia compartida; o se excluya por imperativa legal la guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia. En todo caso, el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia *"deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"* (artículo 92.6); y, asimismo *"de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior"* (artículo 92.9) y, en fin, oír a los menores que tengan suficiente juicio (artículo 9 de la LOPJM). Asimismo, puede ser modificada y adoptarse un régimen de custodia exclusiva para el otro progenitor hasta ahora no custodio[78] o, una custodia compartida[79]; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que, cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es, por ello, importante que en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no sólo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Resulta necesario la elaboración de una propuesta de plan de parentalidad en que el solicitante de la guarda y custodia compartida concrete la forma, y contenido del ejercicio en aras siempre del interés superior de menor; y, una buena relación entre los progenitores, como veremos[80]. Dentro de este tipo de guarda y custodia

cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio[81]; 4. La guarda compartida y la atribución de la vivienda a los hijos menores y uno de los progenitores[82]; 5. Sistema mixto. Custodia compartida en unos periodos y exclusiva en otros[83]; d. Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea[84]. Admitida la demanda el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar con audiencia de éstos, excepcionalmente que, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren (terceros) y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del Juez (artículo 103.1.ª del Código Civil). Se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos, en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor[85].

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (artículo 172 del Código Civil). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él. Si bien, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediese, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. En todo caso, se considera situación de desamparo "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

En este contexto, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores que, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor[86].

De todas formas, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio

Fiscal y la autorización durante el proceso de tutela legal de un régimen de visitas o de su suspensión[87].

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (artículo 159 en relación con los artículos 90 y 103 del Código Civil)[88]. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su Exposición de Motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como "ejercicio compartido de la guarda y custodia" (apartado 5), "guarda conjunta" (apartado 7) y "guarda y custodia compartida" (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia[89]. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Ahora bien, tal régimen de guarda y custodia descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor[90]; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabiliadad[91]. Respecto al principio de superior interés del menor, tal como hemos manifestado en líneas precedentes, viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que "*1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de*

los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, en último lugar, este principio es, además, una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Por lo que, sobre estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social[92]. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (artículo 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que *"los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez"*. También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento

y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental (artículos 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23) —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

En este contexto, el principio de interés superior del menor supone que, éste tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores[93]; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales[94]; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado[95].

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la Constitución Española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución Española dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos", de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el "interés superior del menor" como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una "consideración primordial" por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (sentencia del Tribunal Constitucional 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º C)). En su artículo 9.3 se establece que "los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Y en el artículo 19.2 dispone que "los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el "interés superior del niño" y "el respeto de los derechos fundamentales" como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como "consideración primordial" es calificado "el interés superior del niño" en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los derechos fundamentales (en adelante reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el "interés superior del menor" es "una consideración primordial" en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño "a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses" (artículo 24 del CDFUE).

Finalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (artículo 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (artículo 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos, ha indicado que "para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar" (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar "prevista en la ley", y que "sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás". La "desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez" (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado también en numerosas ocasiones que "el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas" (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, este Tribunal Europeo de Derechos Humanos "observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo" (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues "el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es en interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, "reconstruir" la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que "respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares" y específicamente "en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que proteja a los niños de formas tan serias de atentar contra la integridad personal" (STEDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STEDH Jasen c. Noruega, § 104).

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más

idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013[96] fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectos por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurran criterios tales como: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven". Y, añade que la redacción del artículo 91 "no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"[97]. Estos criterios son los que deben tener en cuenta el Juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor[98]. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016[99] establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016[100] anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó; de forma que, al no existir petición de parte "difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia". A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los "estrictos términos" en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) "que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida".

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por citadas las legislaciones autonómicas, que si han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor[101].

Es, por ello que, el artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea[102].

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del Juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor[103]. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. De ahí que, la falta de audiencia del menor y solicitada por una de las partes, si se rechaza sin motivación adecuada, determina la anulación de la sentencia recurrida[104] y, si se diera el caso que, ninguna de las partes ha solicitado la audiencia de los menores, el juez debe acordarla de oficio, o bien descartarse motivadamente[105].

Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida, como analizaremos, no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

En todo caso, el incumplimiento reiterado del régimen de guarda acordado por cualquiera de los progenitores, determina su modificación (artículo 776.3.º de la LEC)[106].

2. Criterios de atribución de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida la conceptúa LATHROP como "aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados"[107].

Lo que resulta, que la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas[108] y, asimismo, no consiste en "un premio o castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor[109].

Por lo que, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario[110] —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución[111]— bien de oficio, bien a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Judicial o del propio menor, asimismo, habrá de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera

practicado en ella[112], y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores[113].

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013[114] "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél". Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 29 de abril de 2013[115] que, además, "se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permite a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"; y, además, "la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema más adecuado y se adoptará siempre que sea compatible con el interés del menor"[116]. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 16 de febrero y de 17 de noviembre de 2015[117] que con el régimen de guarda y custodia compartida "a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia"[118].

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos[119]. Por tanto, no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012[120] en cuanto el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal.

En este contexto, se ha de partir que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala de lo Civil que, la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal y no excepcional, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea[121].

Por tanto, la guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio de los hijos la desigualdad de los progenitores, que manteniendo por igual la patria potestad; lo que, no impide la fijación de un régimen de visitas, si los periodos de tiempo alterno de cada progenitor son relativamente largos; no así si son cortos (*vgr.* semanal). De optarse por una custodia exclusiva a uno de ellos, se establece un régimen de vistas a favor del otro. Lógicamente, el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para los hijos, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual[122]. Se pretende con esta medida "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor"; en definitiva "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad se seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igual de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también los más beneficioso para ellos"[123]. Y, en fin, "tener una situación personal y laboral estable que permita organizar de forma satisfactoria el cuidado y atención de las hijas comunes"[124].

En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible[125], atendiendo siempre al interés superior del menor[126]. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores están en localidades o países diferentes[127]. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión[128]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022[129], precisamente, se estima la guarda y custodia compartida, pues, ambos progenitores cuentas con trabajo compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor. Idoneidad por igual, al trasladarse el padre su trabajo con contrato indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asumible. No pudiendo considerarse una circunstancia razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues, ello sería como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, de 11 de mayo de 2022[130] se fija un régimen de custodia que coincide con los días que el padre que trabaja en la Guardia Civil tiene libres. De lo que se trata es de adaptar el régimen de estancias de la hija con cada progenitor a las circunstancias de la situación familiar. Ello partiendo de que lo más conveniente para el interés de la menor es establecer la guarda y custodia compartida ya que ambos progenitores tienen "capacidad y actitudes" para atenderla y han colaborado para que su relación con la misma sea estrecha y cercana. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda más beneficioso para el menor, ya que periódicamente va a disponer de período de tiempo para estar con la misma, los cuales podrán fijarse cada año con la debida antelación, aunque, trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión

de la jornada anual al inicio del año y por tanto, es perfectamente posible que se fijen periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello. Destaca, además, la sentencia que el régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos debe adaptarse a las circunstancias de la situación familiar y garantizar a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas, ni por quincenas alternas. En suma, la Sala concluye que los periodos de tiempo en los que va a estar el padre con su hija, aunque no se vayan a suceder siempre con la misma cadencia, se van a conocer cada año con la suficiente antelación, de manera que la menor disfrutará de una "organización estable", no existiendo razón alguna para sostener que va a ser algo "sumamente complejo" para ella, o que "va a tener siempre que estar a disposición de Sr. Silvio, sino que se trata de que los mismos fijen el calendario de visitas anual en el mes de diciembre, para lo cual podrán contar, además con los servicios de mediación y la decisión final del Juzgado en casa de no llegar a un acuerdo.

Ahora bien, como precisa acertadamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE que "parece razonable entender que en caso de guarda y custodia alterna, corresponde adoptar las decisiones ordinarias de la vida cotidiana así como las que no admitan demora, al progenitor con el que en cada momento conviva el menor, mientras que la organización general de la vida del menor, así como las decisiones más importantes no urgentes deberán ser tomadas de común acuerdo"[131].

Por su parte, el artículo 92.5 del Código Civil establece que, para que el Juez disponga la guarda compartida, debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el Juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla —de oficio (artículo 92.8)-[132]. En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del equipo Técnico Judicial o del propio menor[133] y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (artículo 92.6)[134]. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo *"lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior"* (artículo 92.9)[135]. Además, el Juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá *"adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos"* (artículo 92.10)[136]. Por lo que, además del interés del menor, resulta esencial, como hemos señalado, que el menor sea oído, y en consecuencia, la exploración del menor[137].

Como indicamos en líneas precedentes, antes se requería que el Ministerio Fiscal emitiera un informe favorable a la custodia compartida, pero la sentencia

del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional el término "favorable"; de modo que, ahora resulta irrelevante si ese informe es positivo o negativo.

De todas formas, reiteramos la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental[138]. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo[139]. Por lo que, en la toma de decisión del Juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos[140]. Al respecto, la sentencia del tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022[141] es en este momento cuando se puede adoptar una régimen de custodia compartida porque "parece que empieza a superarse un periodo problemático y difícil, así como a comentarse una situación de cierta estabilidad no solo para el padre, y la mare, cada uno de ellos con su nueva vida, sino también para las menores que, parecen haber alcanzado un equilibrio emocional con ambos progenitores y recuperado referencias al mantenerse en la vivienda familiar y cursar estudios en el mismo colegio, después de haber residido en diferentes domicilios".

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, éste puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos, como veremos. De forma que, las situaciones conflictivas que va más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos; y que supone un conflicto latente y vivo determinan que no proceda, precisamente, la guarda y custodia compartida y que lo recomendable sea una custodia exclusiva por parte de uno de los progenitores[142].

Ahora bien, debemos señalar que, esta medida relativa a la guarda y custodia que se acuerde, puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior[143]. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una "alteración sustancial de las circunstancias" para la modificación de las medidas definitivas (*ex* artículo 90.3 y 91 *in fine* del Código Civil y artículo 775 LEC). Han de tratarse sobre la base del citado artículo 90.3 del Código Civil de "un cambio cierto"[144].

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016[145] después de declarar que, el artículo 90.3 del Código Civil, en su última redacción establece que: "3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código". Y que, con esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto, estima la modificación de la medida por un cambio de las circunstancias que, justifican la atribución de un sistema de custodia compartida, disponiendo al respecto que, se dan las siguientes circunstancias que, aconsejan, precisamente, la estimación del recurso por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: "1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida; 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones; 3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores; 4. El informe de la psicóloga del Juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma; y, 5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del Código Civil".

Por lo expuesto, además de estimarse el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, se acuerda el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.

Asimismo, indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018[146] que "esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida y siempre partiendo del interés del menor. Y, lo cierto es que ningún argumento encuentra para, con los datos que se han tenido en cuenta en la sentencia, reconocer que algo ha cambiado de una forma significativas para justificar un régimen de custodia distinto, algo que es negado en el informe emitido por el gabinete médico forense, en el que, entre otras cosas, no aconseja el cambio sin consensuar un modelo educativo común y resolver cuestiones como la económicas, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto, dado a entender que en estos momento prima más el in-

terés de la padre que el de la hija. Esta Sala en lo que aquí interesa —sentencia ya citada de 29 de abril de 2013— ha utilizado algunos criterios tales como los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la opinión de la menor expresada en el mismo, determinan una solución distinta de la que fue adoptada en ambas instancias, máxime cuando el intento de custodia compartida genera a la niña un problema de lealtades nada favorable para su estabilidad emocional".

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, si el Juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia[147]. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste"[148].

En fin, resulta curioso mencionar que, el sistema de guarda y custodia exclusiva con derecho de visitas, o de guarda y custodia compartida se puede, tras la reforma por la citada Ley 17/2021, que se puede concretar en convenio regulador *"el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia, cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal"* (artículo 90.1 b) bis del Código Penal). En esta línea, dispone el artículo 94 bis del citado cuerpo legal: *"La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales"*.

De ambos precepto se deduce que: 1. Pactado en el convenio o como medida judicial en los procedeos de nulidad, separación y divorcio se puede decidir sobre el cuidado de los animales de compañía, confiándolo a uno o ambos cónyuges; 2. No solo se decidirá sobre la guarda y custodia, sino también en caso de custodia exclusiva por un derecho de visitas; 3. Asimismo, se convendrá sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado animal, todo sobre la base del interés de los miembros de la familia y del bienestar animal; 4. Las decisiones sobre la guarda y custodia y derecho de visitas y el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, procederán con independencia de la titularidad dominical del animal, o de a quien le haya confiado para su cuidado; 5. Esta circunstancia se hará contar en el correspondientes registro de identificación de animales[149].

3. Las situaciones de violencia de género y vicaria en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

Resulta cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida[150]. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor[151], como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014[152] consideró que, no era posible acordar la guarda y custodia compartida, porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban[153]. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye que "esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad"[154]. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022[155] existen conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico en que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados a ella y mostrar éstos dicha preferencia. Confirmación del régimen de vistas del padre ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor. Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2024[156] las circunstancias concurrentes determinan la inidoneidad del régimen de custodia compartida y además se suspende el derecho de visitas del padre hasta que se dicte sentencia penal pendiente por presuntos malos tratos al hijo. Una vez que, se dicte sentencia y, en función de lo acordado en ella, será el juzgado el que resuelva en ejecución de sentencia lo procedente sobre el régimen de comunicación de padres e hijos; y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de octubre de 2024[157] se mantiene la custodia materna y se declara improcedente la custodia compartida ante la nula relación entre los progenitores que, están sumidos en una situación altamente conflictiva y de total incomunicación. Tal situación, de la que ambos resultan responsables, y que ha trascendido a los menores, generando en ellos preocupación y desasosiego, hace inviable el sistema de custodia compartida, que exige habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 16 de febrero de 2015[158] ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean ra-

zonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el "sentimiento de pérdida", no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que "para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)". Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2015[159] al tratarse de un padre absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas por el que le denunció su esposa. Capacitación de los padres al estar implicados emocional y afectivamente con su hija, existir una vinculación de ambos progenitores con ésta y proximidad de los domicilios. Se procede a un reparto del tiempo, así la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habilitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer una adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con el que convivan. La sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de enero de 2018[160] opera también en este sentido, al haberse sobreseído las diligencias penales precias y archivadas por el juzgado. Además de una evidente dirección materna en las afirmaciones del hijo. Por lo que, la búsqueda de enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuando perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores que, recordemos esta Sala, a partir de la sentencia 2257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que, en esencia, se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio). También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018[161] procede la guarda y custodia compartida al haber sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado; y, en la sentencia de 27 de noviembre de 2023[162] ante un episodio de violencia de género que se produjo hace cuatro años y que la pena impuesta fue cumplida, se indica por el Alto Tribunal que, las relaciones del padre con su hijo son buenas y el menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor. Existe una intención real y seria del padre de participar en el cuidado y atención del niño. Hay un régimen de visitas muy intenso con una distribución prácticamente igual de la custodia del niño entre sus padres, con intercambio en el domicilio de la madre.

Ahora bien, en cuanto a la consideración que las discrepancias ente los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015[163] cuando señala que "la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema

de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores". Y añade que "las conclusiones del informe sicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos". Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesariedad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del "status quo". A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con la custodia compartida, de nuevo, se indica: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016[164] que "se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (artículo 92 del Código Civil). Y al respecto señala que "en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos".

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensado en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos[165]; o haya sido condenado por violencia de género o amenazas al cónyuge[166].

En la sentencia 350/2016, de 26 de mayo[167] en un caso de violencia doméstica se ha señalado que "partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente"[168]. Asimismo, en la sentencia 23/2017, de 17 de enero[169] se sostuvo que: "A la vista de esta

doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación"[170]. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021[171] destaca que "no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra la integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. A tal efecto, procede dejar sin efecto la guarda y custodia compartida con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de los menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida; toda vez que las relaciones de personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de desencuentros propios de la crisis de convivencia, generando un proceso penal abierto[172]. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 27 de octubre de 2021[173] no procede la guarda y custodia compartida por la condena del padre por violencia de género, maltrato y vejaciones injustas. Además, se ha acreditado el desprecio del padre hacia la madre y el tono vejatorio, humillante con que se dirigía a ella. Resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores y, es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los niños, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualesquiera otros intereses legítimos que pudiera concurrir". Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Este precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual —que entró en vigor el 7 de octubre de 2022— disponiendo al efecto que *"el juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violen-*

cia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordará la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancias, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de lo menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantiza la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer a través de servicios de atención especializada y realizará un seguimiento periódico de su evolución en coordinación con dichos servicios"[174]. Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por si solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia[175].

En este contexto, si bien el artículo 92.7 del Código Civil parte del no establecimiento de la custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022[176] el Sr. Celso ha sido condenado por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019 y dado que, de acuerdo con el artículo 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis medes, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no se tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor[177]; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores[178].

El artículo 92.7 del Código Civil —reformado por la Ley 27/2021— señala que "o procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas"[179].

Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la

suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no se acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejerza el régimen de relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo, asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantiza la seguridad, integridad y recuperación de menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño.

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad[180]. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (artículo 233-11.3 del Código Civil de Cataluña; artículo 80.6 del CDFA; y, artículo 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (artículo 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de

la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (artículo 11.4 y 5 de la Ley 7/2015 País Vasco).

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, podemos señalar que, en algunas legislaciones autonómicas resulta necesario que se haya dictado sentencia firme en actos de violencia familiar (artículo 233-11.3 del Código Civil catalán; y artículo 11.3 de la Ley 7/2015). Sin embargo, en otras no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida cuando se den dos requisitos: 1. Esté incurso en proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos; y, 2. Se haya dictado resolución motivada en la que se constase indicios fundados y racionales de criminalidad (artículo 3.8 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 80.6 del Código Foral aragonés). Ni tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia de género (artículo 3.8 apartado 2 de la Ley Foral 3/2011; y el artículo 80.6 del Código Foral aragonés). Por su parte, el artículo 92.7 del Código Civil no exige sentencia firme de condena por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, sino cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género —indicios de tales ilícitos penales-[181], o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Sin embargo, consideraríamos conveniente que exista, al menos, sentencia firme de condena, aunque también es cierto que, cualquier cambio de circunstancias permite revisar la medida. Para UREÑA CARAZO[182] resulta necesario, precisamente, la exigencia de sentencia firme, pues, mientras no exista tal sentencia de condena por estos delitos, supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, que está siendo sacrificado en aras del interés superior del menor. Por ello sería conveniente una regulación más completa del sistema de la custodia compartida. En esta línea de exigencia de sentencia condenatoria por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, se contenía en el nuevo artículo 92 bis.5 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado el 24 de julio 2014

Ahora bien, con igual carácter general, se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia individual ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos (derecho de visita), al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas

que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal (artículo 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco).

Por su parte, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados establece la Disposición Adicional cuarta del CDFA señala que, en los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado del artículo 6 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria; y, el artículo 3.8 b) apartado segundo de la Ley Foral 3/2011 de Navarra manifiesta que, también serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

En todo caso, la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor (artículo 80.5 del CDFA); ni la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos (artículo 5.2 de Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana). Tampoco la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos tal como establece artículo 3.8 b) apartado 3 de la Ley Foral 3/2011; ni tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia[183].

Pues bien, en este contexto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la no adopción de un régimen de guarda y custodia compartida en supuestos de violencia de género, en la sentencia de 4 de febrero de 2016[184]. Señala al citada resolución que es doctrina de esta Sala de lo Civil (sentencias de 29 de abril de 2013; de 16 de febrero; y de 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro

cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

Por lo que, a vista de los hechos, el Tribunal Supremo asume la sentencia de instancia, manteniendo la guarda y custodia de los hijos acordada a favor de la madre y deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2016[185] revoca la custodia compartida de un menor de 7 años concedida a sus padres y la otorga en exclusiva a la madre, ante "la falta total de respeto, abusiva y dominante" que mantiene el progenitor respecto a la mujer. Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.ª Ana contra D. Raúl, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor José Augusto, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y custodia compartida del menor. Recurrida la mencionada resolución, se dictó sentencia en segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que el artículo 92.7 Código Civil debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del artículo 92 Código Civil, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del artículo 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que "el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos". La sentencia declara probadas "las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida", ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen. Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del artículo 92.7 Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, b) infracción del artículo 92 Código Civil, al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor. El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

Después de declarar esta Sala que, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento

armónico de su personalidad. E, igualmente, que en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor, parte del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Por lo que, estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

Ahora bien, en relación con un derecho de visitas del padre inicialmente restringido por un Juzgado de violencia contra la mujer, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015[186] una vez, constatada la normalización de la relación con el hijo, la ausencia de conflictos o incidencias que aconsejen el mantenimiento del régimen restringido que, además, ha finalizado, el progreso en las visitas según informes del Punto de Encuentro familiar y la conveniencia del contacto paterno para el desarrollo del menor y en su interés, y, precisamente, en línea con la resolución de la Audiencia, se procede a admitir su ampliación, pues, además "es de resaltar que no el Juzgado de violencia de género suspendió el derecho de visitas del padre en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar una situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de los menores queda amparado por lo acordado en la resolución recurrida".

En todo caso, fuera de los estrictos casos de violencia de género, para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015[187] la condena de la esposa por coacciones al haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar no supone desmérito alguno, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y unas habilidades para el diálogo que se presumen existentes en los padres. Y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 25 de abril de 2016[188] la tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias impide la existencia de guarda y custodia compartida.

Precisamente, en interés de los menores, se considera que tampoco procede la custodia compartida en los casos de síndrome de alienación parental (SAP) que, conlleva la predisposición negativa de uno de los padres frente al otro[189].

Por su parte, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando "*cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos*

que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género"[190]. Por tanto, no procede tal tipo de guarda y custodia tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas[191].

De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciará en un procedimiento de familia y no en un proceso penal.

De ahí que, ante el difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante Auto de 28 septiembre 2020[192] ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 de la Constitución Español, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 de la Constitución Española; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 de la Constitución Española. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

Pues bien, en esta cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera

Han intervenido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado y ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

El 11 de marzo de 2019, doña M.J.V.C., presentó demanda divorcio contra don J.J.C.M., que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación de la demanda el señor C.M., solicitó la custodia compartida.

Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos —de maltrato (artículo 153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (artículo 169.2 del CP), acoso (artículo 172 ter del CP) y contra la libertad sexual (artículo 179 del CP), así como una situación objetiva de riesgo— dictó orden de protec-

ción a favor de la señora V.C., acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor C.M., y la de comunicarse con ella por cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña M.J.V.C., también se le atribuyó la condición de investigada.

Por auto de 14 de noviembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera aceptó el requerimiento de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, remitiéndole las actuaciones de conformidad con el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y artículo 49 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y por auto de 24 de marzo de 2020, se prorrogaron las medidas civiles adoptadas en el auto por el que se acordó la orden de protección de doña M.J.V.C.

En el acto de la vista del procedimiento de divorcio núm. 23-2020, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Jerez de la Frontera, ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el artículo 92.7 del Código Civil impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.7 del Código Civil. En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los artículos 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución Española, todos ellos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal consideró procedente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. También estuvo de acuerdo la representación procesal de doña M.J.V.C. Por el contrario, la representación procesal de don J.J.C.M., consideró que no era necesario plantearla, al entender que la decisión relativa a la procedencia de la custodia compartida debía adoptarse atendiendo a los intereses del menor, con independencia de la situación procesal en la que se encuentren sus progenitores. No obstante, alega también que, en el caso de que se planteara la cuestión suscitada, debería versar sobre si en un caso como el del presente supuesto, en el que tanto los menores como los progenitores están de acuerdo en que la custodia ha de ser compartida, se puede denegar tal régimen en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7 CC. A su juicio, el artículo 39 de la Constitución Española en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española impide llegar a esa conclusión.

Asimismo, por auto de 28 de septiembre de 2020 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, al considerar que podía lesionar los artículos 39.2 y 4 de la Constitución Española por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española); el derecho a la vida familiar (artículos 10.1 y 39.1 de la Constitución Española), y el derecho a la vida privada (artículo 10.1 de la Cons-

titución Española en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH).

La sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 98/2022, de 12 de julio de 2022[193] inadmite dicha cuestión por un tema formal no de fondo. Así, señala la citada resolución que, el órgano judicial no incluye argumentación alguna —a los efectos del juicio de relevancia que formula— en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal. Si, como se afirma en el auto de planteamiento, tales medidas siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS 23/2017, de 17 de enero, FJ 8.º; y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7.º), para que este régimen pueda acordarse es preciso que los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas que esta forma de custodia demanda.

En consecuencia, resulta inevitable concluir que la resolución que haya de dictarse en el proceso *a quo* no depende de la constitucionalidad del artículo 92.7 del Código Civil, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos —proceso que se tramita en ese mismo juzgado—. Estas medidas conllevan no solo la prohibición de que el señor C.M. —padre de los menores— pueda aproximarse a la señora V.C. —madre de los menores— a menos de 300 de metros, sino también la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. No existe, por tanto, la "dependencia" (STC 189/1991, FJ 2.º), o el "nexo de subordinación" (STC 157/1990, FJ 1.º) entre la resolución que ha de dictar el juez en el proceso y la validez de la norma cuestionada que la jurisprudencia constitucional exige para tener por válidamente planteada la cuestión, pues, en tanto se aprecie que siguen en vigor las medidas cautelares de orden penal adoptadas para proteger a la madre de los menores, al impedir estas medidas cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de custodia conjunta que solicitan los padres de los menores, con independencia de lo que establece el artículo 92.7 del Código Civil.

Asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023[194] ha planteado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional ante un incidente puntual derivado de una discusión de los padres sobre la mochila del niño, sin consecuencia negativa alguna para éste que no contempló la escena, en el curso del cual presuntamente el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión; denuncia, además que, fue archivada inicialmente por el Juzgado de Violencia en resolución revocada por la Audiencia. De ahí que, entienda el Alto Tribunal que la imperatividad del artículo 92.7 del Código Civil podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el artículo 39 de la CE y en los convenios internacionales suscritos por España y afectar de forma negativa al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la CE y, a esto añade que, si cabe en el prudente arbitrio judicial evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir, siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite entrar en juego el principio del interés superior del

menor de máximo rango constitucional al no preverse excepciones a su régimen imperativo.

De todas formas, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2023[195] no se concede la custodia compartida no por existencia discrepancias entre los cónyuges, conflictividad y malos tratos o violencia de género, sino por el padecimiento por el padre de una patología mental crónica que a pesar de una evolución positiva mostrando una adecuada adherencia al tratamiento farmacológico, presenta en el momento inicial actual una vulnerabilidad clínica que cursa con períodos de descompensación que podrán afectar al ejercicio de sus funciones parentales.

Nos parece oportuno finalizar este apartado señalando que, en primer lugar que, en 2024 se ha aprobado el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales[196]. Su principal objetivo de la ley es ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades, a la vez que se fomenta un uso adecuado y respetuoso de las nuevas tecnologías. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2 reconoce los derechos de las personas menores de edad en este tipo de entornos, entre ellos los derechos a ser protegidas eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiado según la edad sobre el uso de las tecnologías y de los riesgos asociados al mismo, así como al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales.

En esta misma línea, el artículo 3 del citado Anteproyecto se recogen los fines que pretende lograr la norma de garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el entorno digital, especialmente los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, así como el interés superior del menor en el desarrollo de los productos y servicios digitales, y fomentar un uso equilibrado y responsable de los entornos digitales, apoyar el desarrollo de las competencias digitales de la infancia en el entorno digital para hacer de éste un lugar seguro, entre otros. Las medidas que se recogen en la ley se despliegan desde una perspectiva amplia y multidisciplinar, alcanzando una protección integral de las personas menores de edad en el uso de dispositivos y medios digitales con una perspectiva preventiva, de atención e inclusión, con el fin de ofrecer a través de los canales adecuados herramientas que permitan anticiparse al desarrollo de problemas más graves, y fomentar entornos sin discriminación.

Ante las situaciones de violencia digital y otras conductas delictivas que tienen lugar en dicho entorno se introducen algunos cambios en el Código Penal. En primer lugar, se incorpora la pena de alejamiento de los entornos virtuales, para un mejor cumplimiento de la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos. En concreto, se modifican los artículos 33, 39, 40, 45, 48, 56, 70 y 83 del Código Penal para incorporar la pena de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, cuando el delito se comete en su seno. De este modo, se vincula el contenido de la pena a la naturaleza del delito, y se establece una mayor protección de las víctimas, evitando la reiteración de conductas punibles. En segundo lugar, se aborda específicamente el tratamiento penal de las denominadas ultrafalsificaciones, esto es imágenes o voces manipula-

das tecnológicamente y extremadamente realistas. A tal fin se incorpora un nuevo artículo 173 bis que sanciona a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias.

Técnicamente, se opta por la sanción la difusión de las ultrafalsificaciones de contenido sexual (las llamadas *deepfakes* pornográficas) o especialmente vejatorio en sede de delitos contra la integridad moral porque, en virtud del principio de consunción, se abarcarían los supuestos de lesión de la integridad moral y también los ataques contra el honor, pues ha de tomarse en cuenta no solo la afectación a la autoestima y la heteroestima, sino también la cosificación e instrumentalización que se produce sobre el sujeto pasivo, generalmente mujeres y niñas, niños y jóvenes que son tratados como objetos de consumo.

En cuarto lugar, en línea con el objetivo indicado, y tomando en consideración la incidencia de los supuestos de enmascaramiento de la propia identidad en este ámbito, también se introducen diferentes tipos agravados en los artículos 181, 182, 183, 185, 186, 188 y 189 que tienen que ver con el uso de identidades falsas a través de la tecnología, que facilitan la comisión de delitos contra las personas menores de edad.

En fin, se modifica también la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales a través de la disposición final quinta para elevar a los 16 años la edad a partir de la cual los menores de edad pueden prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

En segundo lugar, la LO 1/2025 ha modificado los juzgados unipersonales a tribunales de instancia que consistirán en órganos colegiados desde el punto de vista organizativo y estarán integrados por todos los jueces de primera instancia del territorio al que se extienda su ámbito competencial. A tal fin, existirá un tribunal de instancia por cada partido judicial, conformado, como mínimo, por una sección única, de civil e instrucción, o por una sección civil y otra sección de instrucción, además de poder completarse con secciones especializadas de familia, de lo mercantil, de violencia sobre la mujer, de enjuiciamiento penal, de menores, de vigilancia penitenciaria, de los contencioso-administrativo y de lo social.

Y, en tercer lugar, la Comisión de Seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso ha aprobado el 17 de febrero de 2025 el dictamen del Pacto de Estado contra la Violencia de Género con el apoyo de todos los grupos menos Vox. En concreto, ha obtenido 34 votos a favor, tres en contra y ninguna abstención. Al respecto, los grupos parlamentarios han aprobado la propuesta de Informe para el nuevo dictamen. Este tiene 462 medidas, entre las que destacan la violencia de género, la vicaria, la digital y la económica. Asimismo, los grupos instan a aprobar la Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos. Para ello, se establecerán "los mecanismos adecuados" para la prevención, el refuerzo y recuperación integral de las víctimas de trata y explotación sexual, con una previsión de costes y una dotación adecuada de recursos humanos y económicos para su implementación y segui-

miento. También solicitan modificar la Ley Orgánica de protección de testigos y peritos en causas criminales "para mejorar la protección de víctimas, testigos y denunciantes del delito de trata". Por otra parte, se quiere reformar la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para incluir como víctimas de género a aquellos menores que son víctimas de violencia vicaria tras la ruptura de la convivencia familiar, con ocasión del régimen de visitas.

En esta misma línea, se solicita promover desde el Ministerio de Igualdad, en el marco de sus competencias, las medidas que tiendan a garantizar una "formación especializada, inicial y continua" en materia de violencia vicaria para todos los profesionales que tengan un contacto habitual con los niños y adolescentes víctimas. Asimismo, se solicita facilitar la denuncia en sede policial a los menores "adaptando los servicios policiales a sus circunstancias, incluyendo los espacios físicos y las dependencias donde se recogen sus testimonios, las personas que les atienden y la metodología que se aplica para realizar el trámite testifical". Al respecto, se demanda garantizar la especialización del personal que les atiende en este primer momento, con especial atención a los menores, víctimas de violencia vicaria.

También se reclama reconocer, regular y definir la violencia económica en el derecho como forma de violencia de género. Para ello, piden que se entienda "como acción de limitar, suprimir o controlar de manera injustificada e intencionada, el acceso de las mujeres a los recursos económicos de la familia, de la pareja o propios, así como de reducir o anular su capacidad económica presente o futura para mantener a sí misma, a sus hijas, hijos o para continuar con sus hábitos anteriores".

Por otro lado, se pretende, de nuevo, sancionar a quienes sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral "difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, *softwares*, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología; de modo que, parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias (*Deep fakes*).

4. Derecho de visitas, comunicación o estancia de los hijos menores de edad no emancipados.

El artículo 94.1 del Código Civil concede el derecho de visita al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, previsión que el precepto extiende tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio a los hijos mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión. Ahora bien, este derecho de visita compete no sólo a los progenitores, sino también con menor intensidad, a lo hermanos, abuelos, parientes y allegados del menor. De forma que, además de la regulación que ofrece el citado artículo 154, también los artículos 90.1 a) y b; 160 y 161 del citado cuerpo legal. En consecuencia, el convenio regulador podrá contener el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no convive con ellos; y si lo considera necesario, el régimen de visitas y comunicación nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos; asimismo, el derecho de visitas del progenitor no custodio resulta compatible con el que eventualmente pudiera corresponder a hermanos, abuelos,

parientes y allegados (artículo 160.2)[197]. Si bien, esta compatibilidad tiene como límite que el derecho de visitas de los progenitores es más amplio en su contenido y extensión y preferente.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Primera 176/2008, de 22 de diciembre[198] "el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo "graves circunstancias que lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Por su parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2014[199], así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor"; en el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992: *"En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres ambos con las mismas obligaciones, incluso, si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño"*. O en el artículo 24.3 de la Carta Europea de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea: *"Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses"*. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejercitable al respecto. Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visitas de los progenitores que o tengan consigo al hijo, añade el juez que "(…) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (…)". Por su parte, la sentencia de este mismo Alto tribunal y Sala, de 9 de julio de 2002[200] señala, al respecto, que "el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o la madre a relacionarse con sus hijos; incluso, aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrá impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario,

actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo a la edad de éste".

Sobre tales bases, el derecho de visitas tiene lugar en el ámbito de la custodia individual respecto del progenitor no custodio[201] y, en el supuesto de guarda y custodia compartida corresponde al Juez fijar en la correspondiente resolución judicial el régimen de vistas de los hijo/os durante el tiempo que no conviven con ellos[202]. De forma que, los titulares de este derecho deben ser el cónyuge no guardador y los hijos menores, pues, es independiente tanto de la atribución del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad[203]. En cuanto a su alcance, se acordará por los cónyuges en convenio regulador y, en su defecto, establecerlo el juez, aunque no lo solicite el cónyuge no guardador. En todo caso, el juez tiene amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho de visitas, atendiendo a las circunstancia del caso y, principalmente, al interés superior del menor[204].

En este contexto, cuando hablamos del derecho de visitas, nos referimos a un concepto más amplio que incluye visitas, comunicación o estancia[205]. Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 20 de junio de 2001[206] señala que "se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión ésta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, tienen un significado diferente, ya que la palabra "visitas" significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto o cortesía o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra "relación", expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes y allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo a los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el artículo 94 del Código Civil como "derecho de visitarlo, comunicar con ello y tenerlos en su compañía"".

MARTÍNEZ DE AGUIRRE indica que, es "más correcto hablar de "derecho a relacionarse" de padres e hijos, o de otros parientes entre sí. Sin embargo, la expresión "derecho de visitas" está muy consolidada y presenta la ventaja de ser breve y suficientemente conocida"[207]. Asimismo, MARÍN LÓPEZ manifiesta que las expresiones "visitas y estancia deben interpretarse como sinónimas. La comunicación con el menor implica la posibilidad de establecer comunicación con él escrita, telefónica, etc., sin ningún tipo de limitación"[208].

Ahora bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha destacado la importancia que tiene la fijación del régimen de comunicación entre los progenitores y sus hijos como mecanismo para mantener los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones parentales (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1149/2024, de 18 de septiembre). Es, por otra parte, un derecho de doble titularidad, al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, en los términos siguientes: "debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un

derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo "graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos". En definitiva, como señalamos en la STS 373/2013, de 31 de enero, cuya doctrina se ratifica en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1149/2024, de 18 de septiembre y 1695/2024, de 17 de diciembre: "debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional. El niño no puede ver cortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente por causa de las diferencias entre dichas personas". También, se ha manifestado en tal sentido la sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 106/2022, de 13 de setiembre (FJ 2), cuando sostiene que: "debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente" sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5). En el mismo fundamento de esta sentencia hemos referido que "los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex artículo 10.2 de la CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (artículo 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa"". Señala la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la "desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez" (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148). También, ha sostenido, en numerosas ocasiones, que "el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas" (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 1989, asunto Eriksson c. Suecia, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto Olsson c. Suecia, § 90). Constituye, pues, interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se infiere que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, "reconstruir" la familia (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2000, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega, § 88-93).

Por consiguiente, con carácter general, salvo justificadas excepciones, constituye el interés y beneficio de los hijos relacionarse con sus padres, no perder el contacto con ellos, mantener vivos los vínculos de unión inherentes a las relaciones paternofiliales, tan importantes para el desarrollo ulterior de la personalidad de los menores. Lo expuesto no significa, sin embargo, que no existan situaciones

en las que el interés superior del menor exija la suspensión del régimen de visitas y comunicación de los progenitores con sus hijos, las cuales son expresamente contempladas por el artículo 94 III del Código Civil, cuando norma que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas "si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"; sin perjuicio, además, de las prevenciones específicas que establece su párrafo cuarto. Así se ha hecho, por ejemplo, en los casos contemplados por las sentencias 129/2024, de 5 de febrero y 915/2024, de 26 de junio, entre otras)[209].

En cualquier caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los asuntos Gnahoré c. Francia, § 59, y Jansen c. Noruega, § 88 a 93 (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000 y de 6 de septiembre de 2018) ha considerado que solo excepcionalmente estaría justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejaren[210].

En este contexto, la Ley 8/2021, de 2 de junio ha modificado, precisamente, este artículo 94 y ante casos de violencia intrafamiliar, posibilita que, se puede acordar la suspensión o el no establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. A tal fin, señala el apartado 4 del citado artículo 94 que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. En esta línea, la Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) "que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor". Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: "*La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero* —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia-". Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: *"se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico*

o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar".

El derecho de visitas debe estar subordinado, como tantas veces hemos reiterado, al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto en su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padre, cuando conforme a la Ley y procedimiento aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño y este sentido la LOPJM sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que, han de adoptarse aquellas medidas que sean adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues, progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integridad tanto familiar como social. El derecho de vistas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este punto se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviese la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo, si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005[211] tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados y, los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias, como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas; respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establecen con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

En esta línea, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de noviembre de 2015[212] se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otros de los hijos, valorando los *factores de riesgo existentes*[213]. Ciertamente, el Alto Tribunal opera sobre un concepto jurídico indeterminado "factores de riesgo existente", muy en la línea de la redacción del artículo 94 del Código Civil en la citada fecha de la resolución y el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004[214].

Asimismo, teniendo presente que, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "en caso que no pueda respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Por lo que, este mismo Alto Tribunal y Sala, en sentencia de 11 de febrero de 2011[215] mantuvo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia deducible de una orden de protección. Igualmente, en la sentencia de 13 de febrero de 2015, en un supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala de lo Civil, la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022[216]; y de 26 de junio y 10 de julio de 2024[217] han suspendido el régimen de visitas entre un padre condenado por violencia de género contra su mujer. En la primera resolución con la agravante de reincidencia y sobre su hija de cuatro años, al entender que los "desajuste psicológicos" que el progenitor padece actualmente le impiden desempeñar su rol paterno; y la segunda, el padre ha sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la niña, igualmente, con el agravante de reincidencia. Además, el padre tiene dificultades de control de los impulsos y una reticencia a los tratamientos. A ello se añade un desinterés parental y la falta de madurez de la niña para asumir los contractos programados con su progenitor; y en la tercera resolución entiende que la comunicación entre padre e hijos es contraria al interés y beneficio de los menores. Existe una situación de violencia cronificada. Además el padre ha sido condenado como autor de tres delitos de violencia de género bajo la modalidad de maltrato habitual. Y, en fin, no se aprecian indicadores de evolución favorable del comportamiento paterno, que responde a un patrón de conducta inasumible perjudicial para sus hijos. En la última resolución, por su parte, se suspende el derecho de visitas del padre hasta que se dicte sentencia, y en función de lo acordado en ella, será el juzgado el que resuelva en ejecución de sentencia lo procedente sobre el régimen de comunicación de padre e hijos.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017[218] en la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos que, entonces no se había enjuiciado; de forma que, se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes de la que fue objeto su esposa, quedaron constatadas medicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente. Si bien, a la vista de ello, no se infringe la doctrina casacional, pues, en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riegos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2012[219] en un padre condenado por un delito de violencia contra la madre y atendiendo a la doctrina que el recurso de casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, aplicando a este caso,

puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés del menor que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de vistas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las vistas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodio que pueda perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses como el manifestado por la madre. Por lo que, resulta procedente la modificación del derecho de visitas (artículo 90.3 del Código Civil).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2025[220] manifiesta que no procede el establecimiento de un régimen concreto de visitas a favor del padre. Estamos ante un menor de 16 años que puede relacionarse con su progenitor cuando libremente lo desee. Procede la revocación de la sentencia de la Audiencia que rechazó la suspensión de las visitas instadas por la madre. Ciertamente, mantener a toda costa y a pesar del reiterado desinterés y alejamiento del padre un régimen de visitas, aunque sea un fin de semana al mes, en aras de restaurar una relación paternofilial inexistente, es una decisión escasamente motivada y que resulta alejada del interés superior del menor. Asimismo, imponer un régimen de visitas con su padre de un fin de semana al mes con pernocta a un menor con una evidente madurez por su edad, no sólo no fortalecería las relaciones, sino que podría incidir negativamente en el menor, ya que el padre apenas lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias[221].

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 23 de septiembre de 2024[222] ampara a una madre a la que judicialmente se le reprochó no cooperar en el régimen de visitas en un contexto de violencia de género. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 8 de abril de 2024[223] ampara a un preso al que de manera irrazonable, se privó del derecho de visitas de sus hijos; y la sentencia de este mismo Tribunal de Garantías, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 2024[224] ampara a una madre víctima de violencia de género frente a la introducción de las pernoctas en las estancias con el padre de la hija común.

En todo caso, como ocurre con la guarda y custodia compartida, esta situación de pendencia de proceso penal, o de la existencia de indicios fundados, en que aún no existe sentencia judicial puede resultar un tanto "incompatible" con la presunción de inocencia del progenitor denunciado, su derecho de defensa y la falta de garantías propias de un proceso penal —al operar en un proceso civil—; lo que genera cierta inseguridad jurídica, si luego resulta no condenado[225]. De ahí que, el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles, sección 7.ª, mediante auto de 22 de marzo de 2022[226] haya planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil por vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española y, asimismo, queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El auto del Tribunal Constitucional, Pleno, 186/2023, de 18 de abril[227] inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Se argumenta que, en el auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad no se justifica la relevancia de la constitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil en

orden a decidir el expediente de jurisdicción voluntaria promovido por el padre del menor. Es más, como resulta de la propia argumentación contenida en el auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad y como acertadamente advierte el fiscal general del Estado, el propio órgano judicial reconoce expresamente que puede eludirse la suspensión del régimen de visitas o estancias que el precepto establece, y que, por consiguiente, puede acordarse un régimen de visitas, comunicaciones o estancias, a través de una resolución motivada en el interés superior del menor. Por tanto, el auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad no desarrolla propiamente una argumentación que explique la vinculación existente entre la validez de la norma legal cuestionada y la respuesta que haya de darse a la pretensión ejercitada por el padre del menor.

El planteamiento del órgano judicial adolece, por tanto, de la indispensable fundamentación que explicite la relación directa entre la respuesta a la pretensión de suspensión del régimen de guarda y custodia a favor de la madre y el precepto legal cuestionado. Por tanto, no justifica que resulte imprescindible pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del precepto para resolver la solicitud planteada. Si admitimos ese modo de proceder se corre el riesgo de que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso *a quo*, "lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo" (SSTC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2.º; y 147/2012, de 5 de julio, FJ 3.º; y ATC 57/2014, de 25 de febrero, FJ 4.º). En definitiva, como señala el fiscal general del Estado, procede la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por no haber superado el juicio de relevancia.

La insalvable deficiencia de carácter procesal que se ha expuesto en este fundamento, referida a la inadecuada formulación del juicio de relevancia y la necesidad de preservar el carácter concreto del control de constitucionalidad siempre vinculado al proceso *a quo*, nos impide el análisis de la eventual concurrencia del carácter notoriamente infundado o no de la cuestión de inconstitucionalidad sobrevenido con ocasión de la STC 106/2022, de 13 de septiembre, dictada en recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021.

Por su parte, recodemos que, el apartado 5 del artículo 94 del Código Civil entiende que, no procede en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos[228].

Sobre tales bases, el artículo 160.1 del Código Civil, asimismo, prevé para el progenitor no custodio un derecho de visitas, comunicación o estancia con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública. Precisamente, a ésta corresponde regular las visitas y comunicaciones que, se otorgan tanto los progenitores, como a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que, se encuentren en situación de desamparo. Dentro de su competencia, puede en interés del menor acordar motivadamente la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal (artículo 161 del Código Civil).

Por lo que, tanto el Juez puede fijar un régimen de visitas, o no concederlo, suspender el ya existente, optar por un régimen progresivo de visitas; o, en fin, que se lleve a cabo en un Punto de Encuentro Familiar, cuyo régimen jurídico y funcionamiento depende de cada Comunidad Autónoma[229].

Ahora bien, en esta línea y en el ámbito específico de la violencia de género señalar que: 1. Por un lado que, atendiendo al criterio general previsto en el artículo 2.2 c) de la LOPJM —la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia— el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género; el artículo 61 de este misma Ley hace hincapié en la obligación de los jueces de adoptar, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en esta Ley Orgánica 1/2004, especialmente de las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que, fueran precisas. Al respecto, el mencionado artículo 66 establece que, el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento periódico de su evolución.

También, el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse; en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (artículo 65 de dicha Ley Orgánica).

Por otro lado, las Administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos. Así, las actuaciones de las administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantiza el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello, es contrario a su interés superior. Ciertamente, en el hogar familiar los menores pueden ser víctimas directas de la violencia de género, o sufrirla indirectamente a través de la que se ejercer sobre sus madres por sus padres.

Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia

de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad (artículo 29 de la LOPIVI).

En este contexto, procede también señalar que, mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el día 3 de septiembre de 2021, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pues bien, responde a dicho recurso de inconstitucionalidad la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de septiembre de 2022[230], de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Martínez-Vares García, indica que es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático. Afirma la sentencia que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.

La sentencia argumenta que el precepto impugnado no limita la posibilidad que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (artículo 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil.

III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Son diversos los criterios que, se establecen en función de las diferentes situaciones familiares, que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a ellos de forma sucinta por razones de espacio.

1. Existencia de hijos menores de edad no emancipados.

El artículo 96 del Código Civil ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Ciertamente, se sigue considerando prioritario la protección de los hijos menores de edad. De ahí la importancia del principio de *"favor filii,* recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derecho del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 3.1); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.2); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2 y, en numerosos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)[231].

Por tanto, el interés familiar que se ha tenido siempre en cuenta a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de la minoría de edad de los hijos, por entender que el interés de éstos es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (artículo 96.1 del Código Civil)[232]. Ahora bien, si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantean problemas al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge[233]. Pero si el beneficiario del uso no es, precisamente, el titular o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (artículo 92.1 del Código Civil) como es la relativa a facilitarles habitación y, además que ésta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituye la vivienda familiar[234]. Si bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pudiera ser otra distinta de la vivienda familiar[235].

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 2025[236] señala que, no existe problema alguno en una atribución del uso sin limitación temporal cuando al respecto exista acuerdo suscrito con el progenitor titular exclusivo de la vivienda, acto de disposición por parte de éste, en tal sentido, decisión de ambos progenitores cotitulares del inmueble que así lo acuerdan como deja a salvo el artículo 96.1 del Código Civil o una resolución judicial firme que lo haya acordado con eficacia de cosa juzgada al ser consentida por las partes, toda vez que la sentencia dictada en el procedimiento de separación, posteriormente ratificado en sentencia de divorcio, atribuye dicho uso mientras que madre e hijo vivan en el piso litigioso, pronunciamiento que no fue cuestionado, en su momento, por ninguno de los litigantes en su condición de progenitores del hijo común

Se trata de la sentencia que decretó la separación del matrimonio y atribuyó a la madre la custodia y al hijo (ahora demandados) el uso del domicilio familiar. Dicho título fue respetado en los ulteriores actos de disposición patrimonial de la vivienda; en concreto, en la donación de la misma por el padre a su otro hijo y en la posterior venta de la vivienda por dicho hijo a la mercantil ahora demandante, que no desconocía las concretas circunstancias posesorias del inmueble toda vez que se hizo expresa referencia a ellas en la escritura de venta, las cuales aceptó expresamente. Los demandados no son meros precaristas, sino poseedores con título atribuido por sentencia firme.

En este contexto, se comenzó a plantear la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de "expropiar" al propietario sin que exista defensa para éste[237]. Lo cierto es que, el antiguo artículo 96 del Código Civil no establecía la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trataba de inexistencia de hijos (menores) y se atribuía la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96 no permitía pensar que el derecho de uso fuese indefinido, sino más bien que, no precisaba la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, se entendía que, la duración del derecho de uso estaba en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido siempre de fundamento. Ello llevó a considerar si era posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de abril de 2011[238] considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que *"el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del Código Civil); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (artículo 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentes la titularidad sobre dicho bien"*. Y, añade la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que *"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil"*[239]. Si bien, no faltaban pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años-[240], o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos[241], o que alcancen independencia económica[242], e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales[243] o la

venta de la vivienda familiar sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya sea a los fines de lograr en un plazo razonable, que no meramente formal o nominal la efectiva venta del patrimonio privativo; o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar.

No obstante, se había considerado que, existían dos factores que, eliminaban el rigor de la norma del mencionado antiguo artículo 96.1 cuando no existía acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación[244]; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Civil de Aragón)[245]. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no sólo 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 también 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 emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* —sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición —pero que cubra las necesidades de habitación del menor—, sino también con proporcionar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación o domicilio de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Con la reforma por la citada Ley 8/2021, el apartado 1 del artículo 96 dispone que, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario de ella corresponde a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden; con un criterio, ahora si temporal, hasta que todos alcancen la mayoría de edad.

Una vez, tenga lugar tal circunstancia opera la extinción del derecho de uso. No obstante, para los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se atenderá a lo previsto en el ámbito de la regulación de los alimentos entre parientes; de forma que, las necesidades de habitación forman parte de lo previsto en el artículo 142 del Código Civil.

2 Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos

El artículo 96.1 apartado 4 del Código Civil sigue regulando la posibilidad que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge; por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del Juez. El criterio del "interés más necesitado de protección" no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso; en cuanto como tal no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situación de conflicto que se plantee, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar —ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda—; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos[246].

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga ésta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso[247]. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda[248], o dividirla —si es posible su división material-[249]; o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el artículo 96.2 del Código Civil dispone que *"no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado"*. Con la reforma se sigue manteniendo el empleo del verbo "podrá" por lo que, se continúa confiriendo a la atribución un carácter discrecional —se deja, precisamente, al arbitrio judicial—. No obstante, se supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, lo aconsejen las circunstancias del caso. De modo que, para la aplicación de esta medida sigue no resultando suficiente con que exista ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—. El criterio que fija el artículo 96.2 del Código Civil sigue siendo más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección en lo referente a las medidas definitivas. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia

de parte; a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar[250].

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.2 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro[251]. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, su situación de discapacidad, su cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión[252]; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.[253]. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que harán aconsejable atribuir el uso al interés más necesitado de protección.

Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión que no existe un interés más necesitado de protección; por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede sólo cuando se pruebe que, el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que, sea el beneficiario del uso. No obstante, la fijación de tal uso será por el tiempo que prudencialmente el juez considere necesario[254].

Seguimos en la senda del legislador de la atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2023[255] señala que, el cónyuge titular del uso de la vivienda familiar que tiene atribuida la misma en un juicio matrimonial, no tiene la consideración de parte demandada necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria de la vivienda; por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de febrero de 2022[256] atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa por ser privativa de ella al haberse comprado al esposo durante el matrimonio, siendo originariamente privativa de él. Al respecto, se indica por la Sala que carece de fuerza vinculante la sentencia de divorcio que parte de la compra de la vivienda familiar por la esposa al esposo con respeto un juicio posterior de nulidad de la compraventa por simulación. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de abril de 2024[257] manifiesta que, la sentencia que declaró disuelto el matrimonio entre los ahora litigantes acordó mantener la medida adoptada en la anterior sentencia de separación, que atribuyó el uso y disfrute de la que fue vivienda familiar por periodos semestrales de forma alternativa a cada uno de los esposos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Tras sufrir un ictus y pasar a residir en una residencia geriátrica, la ex esposa interpuso demanda de

modificación de medidas solicitando que se atribuyera el uso de la vivienda en exclusiva al ex marido, abanándole a ella una determinada entidad durante los seis meses al año que le habría correspondido el uso de la vivienda establecida en la sentencia de divorcio. En contra del criterio del Juzgador de primera instancia, para la Sala sí existe una alteración de circunstancias muy relevante que justifica la modificación de la medida en su día acordada sobre el uso de la vivienda por cuanto la actora ha sufrido un ictus que le ha dejado gravísimas secuelas, pues padece graves limitaciones que le impiden utilizar el piso los seis meses que le fueron atribuidos por la sentencia de divorcio al ser dependiente para todas las funciones de su vida. Por tanto, a la vista de su situación actual, declara que la ex esposa tiene derecho a que se deje sin efecto la adjudicación en su favor del uso de la vivienda durante seis meses año, teniendo en cuenta, además que, no se le puede imponer a nadie el uso de una vivienda que no desea. No existe una obligación de usar la vivienda, o de tener atribuido ese uso. Sólo se puede conceder la atribución del uso de la vivienda a quien lo solicita, y solo n el caso de que alguien lo solicite; la atribución del uso de la vivienda está contemplada además en el artículo 96.3 del Código Civil como algo potestativo, no preceptivo ("podrá", dice el precepto). Ahora bien, el Tribunal señala que lo que no puede pretender la demandante es que, una vez extinguida la atribución del uso de la vivienda en su favor, dicho uso se imponga en exclusiva al ex marido, y menos aún previo pago de una contraprestación mensual, como sí de un arrendamiento se tratase. Los cónyuges tienen acción para solicitar para sí la atribución del uso de la vivienda, pero carecen de acción pata reclamar que se imponga al otro cónyuge la atribución de dicho uso, pues, dicha acción, literalmente, no existe. Por consiguiente, no siendo preceptiva la atribución del uso de la vivienda y no concurriendo ninguna circunstancia que justifique una atribución exclusiva a favor de alguno de los cónyuges, lo procedente es dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de divorcio sobre la atribución del uso de la vivienda a favor de la demandante, pero sin imponer la atribución del uso exclusivo de la vivienda al demandado. Por lo que, se concluye que no se puede imponer a ninguno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar que no desea.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 25 de abril de 2024[258] dispuso, al respecto, que el pacto del convenio regulador del divorcio por el que se adjudicaba a la esposa la vivienda familiar mantiene su validez, pese a la reconciliación de los cónyuges. Los litigantes firmaron un convenio regulador de su divorcio que incluía la liquidación del régimen económico matrimonial, que era el de separación de bienes. Respecto de la vivienda familiar, se acordó la disolución de la comunidad indivisa existente sobre la misma y su adjudicación a la esposa, que se subrogó en el préstamo hipotecario que la gravaba. Dicho convenio regulador no fue ratificado judicialmente por la reconciliación de los cónyuges y el archivo del procedimiento. En el presente proceso, la esposa ejercita acción declarativa de dominio respecto de dicha vivienda familiar, siendo la cuestión a resolver si, pese a no haber sido ratificado judicialmente, se mantiene la plena validez de los pactos alcanzados en el convenio.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Gavà, estimó la acción declarativa ejercitada y declaro el dominio y la titularidad única de la vivienda a favor de la demandante. Dicha resolución es confirmada por la Audiencia

Provincial de Barcelona. La Sala destaca que si bien, el convenio no fue ratificado judicialmente, tampoco se dejó a instancia de ninguna de las partes en el plazo de tres meses pactado.

Asimismo, valorando la conducta posterior de los cónyuges, señala que, aunque no siguiendo adelante con el divorcio, sí que cumplieron los pactos de carácter patrimonial establecidos en el convenio, pues, se repartieron el saldo de los depósitos bancarios de la esposa, como adjudicataria del inmueble, asumió el pago de las cuotas hipotecarias hasta la cancelación de la carga, sin reclamar cantidad alguna al marido.

No consta probado que el marido haya compensado el pago de las cuotas hipotecarias con la atención a otros gastos familiares, ni que devolviera a la esposa las semas por ella abonadas. Por otra parte, el Tribunal considera que la no inscripción de la adjudicación de la vivienda a favor de la esposa en el Registro de la Propiedad no determina que no haya existido la misma, ya que la inscripción no tiene efecto constitutivo de la transmisión del dominio. En definitiva, siendo los cónyuges libres de contratar, al margen que el convenio regulador se apruebe judicialmente o no, y habiendo sido los propios interesados quienes dotaron de inmediata efectividad a lo pactado, la sentencia concluye que carece de relevancia, a los efectos del éxito de la acción declarativa de dominio ejercitada por la esposa, que se produjera la reconciliación.

Por el contrario, lo que no puede admitirse, por ser contrario a los principios de buena fe, es que, después de siete años en los que la demandante cumplió con la obligación asumida de pagar la hipoteca, una vez cancelada ésta, pretenda el demandado obviar el acuerdo alcanzado para disolver la copropiedad, ejercitando en un nuevo proceso de divorcio (suspendido por prejudicialidad civil) la acción de división de cosa común.

4. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida

Como hemos analizado en líneas precedentes, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias[259].

En este contexto, hay que señalar que, la última reforma del artículo 96 Código Civil no introduce ninguna regla especial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda en caso de guarda y custodia compartida[260].

Las posibilidades siguen siendo: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia[261]. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2024[262] precisa que no procede el sistema de "casa nido" si no media acuerdo entre los ex cónyuges. Para adoptar este sistema es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento entre los progenitores para planificar la organización y no debe acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de ellos se opone, pues, si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio[263]. De forma que, para la atribución de la vivienda

resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga el otro progenitor de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc.[264]; o se atribuye de forma conjunta a ambos[265]; o al padre o a la madre e hijos, mientras vivan con ella[266]; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 96 que, regula el supuesto de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el Juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso[267]; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos[268]; d) Se atribuya al cónyuge más necesitado de protección con limitación temporal en la mayoría de los casos[269]; o e) Se atribuya la vivienda familiar a los menores hasta la momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales[270].

En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas[271].

5. La atribución del uso de la vivienda al hijo mayor de edad

Como hemos indicado en líneas precedentes, en caso de hijos mayores de edad que, no han alcanzado la independencia económica, la atribución de uso de la vivienda se hará conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (artículo 96.1 párrafo 3). Por lo que se admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien cuantificando la cantidad indispensable para la habitación e incluyéndola en la prestación de alimentos, o bien, recibiendo y manteniendo a los propios hijos en la propia vivienda.

En esta línea, se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017[272] que, reitera la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de mayo de 2015, e indica al respecto que, "la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda deja en situación de igualdad a marido y mujer antes este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación, que tienen necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 del Código Civil establece a falta de acuerdo entre los cónyuges". También hace referencia a la sentencia dictada por la misma Sala de 6 de octubre de 2013 en la que se indica, con referencia a jurisprudencia anterior que "sin duda el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación".

Se opta por la temporalidad en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Así en la sentencia de la Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2024[273] cuando los hijos son mayores de edad se atribuye a la demandante el uso de la vivienda familiar por un plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación, que se considera, además, suficiente para que los litigantes procedan, en su caso, a obtener los rendimientos económicos de la vivienda, bien por medio de su

enajenación o a través de su arrendamiento al tiempo que pueden buscar la forma de satisfacer sus necesidades de habitación, todo ello sin perjuicio y, en defecto, de los acuerdos que pueden alcanzar las partes.

Si bien, las Audiencias Provinciales continúan utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradiciendo la doctrina de la Sala.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 25 de marzo de 2024[274] fija como doctrina que alcanzada la mayoría de edad por el hijo común, no puede prorrogarse el derecho de uso de la vivienda otorgado por razón de la guarda. En el proceso de modificación de medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de los litigantes, la sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de la ex esposa y acordó la prórroga del uso de la vivienda familiar a su favor por el tiempo que el hijo común necesite para terminar sus estudios de grado medio de Formación Profesional o, en si caso, universitarios, con un máximo de 6 años. El ex marido interpone recurso de apelación aduciendo que no se puede prorrogar un derecho de uso concedido por razón de la guarda por pacto entre las partes. La Audiencia Provincial estima el recurso y decreta la extinción de la atribución del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar a favor de la ex esposa y del hijo común, una vez alcanzada por éste la mayoría de edad.

Declara la resolución que no procede en ningún caso la prórroga o mantener el uso de vivienda conyugal cuando éste se ha atribuido única y exclusivamente por razón de la guarda. En este sentido, señala que legalmente no contempla la necesidad habitacional de los hijos mayores de edad como causa para la atribución de tal derecho de uso, ni para su prórroga.

Asimismo, aclara que el interés de los hijos mayores de edad que todavía no ha alcanzado la independencia económica puede venir protegido por el deber de alimentos, pero no vincula el uso de la vivienda al tratarse de una cuestión atinente únicamente a la situación de necesidad de cada progenitor, y ello con independencia que el padre pueda tener cubierta sus necesidades de vivienda. De este modo, si como consecuencia de la extinción del derecho de uso surge una nueva necesidad habitacional o gastos para el hijo mayor de edad dependiente económicamente, ello deberá tener su correspondiente repercusión, en su caso, en la pensión de alimentos, lo que se podrá plantear cuando la progenitora abandone la vivienda conyugal, valorando conjuntamente la necesidad de vivienda con el incremento patrimonial que ambas partes habrán tenido al percibir la mitad del precio de la venta de la vivienda familiar. Por último, la Sala rechaza que procede la prórroga del derecho de uso de la vivienda por ser el de la esposa el interés más necesitado de protección. Se subraya también la mayor necesidad de uno de los cónyuges no puede aceptarse ya como criterio de atribución del uso, pues, debe darse cuando se produce el divorcio, y razón de dejar de vincular las economías de ambos cónyuges. En fin, añade que de la regulación del Código Civil catalán no se deduce que pueda cambiarse la causa de atribución para pasar de la atribución por razón de la guarda a la atribución por razón de necesidad del cónyuge surgida posteriormente, y en todo caso, en el supuesto examinado, tampoco se cumplirían los requisitos procedimentales exigidos, pues, de haberse otorgado el uso originariamente además de por la custodia, por razón de ser su interés más necesitado de protección, se hubiera tenido que solicitar la prórroga en el plazo de los 6 meses

anteriores a la extinción por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ese plazo ya ha transcurrido.

Ahora bien, en la reciente reforma del artículo 96 se prevé el hecho que, el hijo menor esté en situación de discapacidad y que tal situación se mantendrá una vez llegue el hijo a la mayoría de edad. A tal fin, se prevé que el hijo menor de edad y el cónyuge en cuya compañía quede, puedan continuar en el uso de la vivienda tras la mayoría de edad. Si bien, la autoridad judicial habrá de determinar el plazo de duración de este derecho de uso, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes (artículo 96.1 último párrafo). Se dispone, pues, una atribución temporal de dicho uso.

NOTAS

[1] * El estudio se divide en dos partes.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986). "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo". En: P.J. Viladrich (coord.). *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 26-27 señala que "la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de éste y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar, y ello en dos frentes, a saber, uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquél o éstos (nuevo artículo 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (artículos 90, 96, 103), y cuando éste se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)". Y añade "El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección, y a la que habrá de atender el juzgador".

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). "Protección legal de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588*, p. 1584 que, la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Diez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, p. 587, "la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no sólo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda".

[2] SERRANO ALONSO, E. (1986). "La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, pp. 39-40; GARCÍA CANTERO G. (1986). "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). "Protección legal de la vivienda familiar", *op. cit.*, pp. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, pp. 11-12.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 diciembre 1994 (RJ 19994,1030), que estima que es "un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario"; las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 mayo 1993 (AC 1993,1050); de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 septiembre 1996 (AC 1996,1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 8 septiembre 1997 (AC 1997,1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 abril 1998 (AC 1998,4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 2 marzo 1999 (AC 1999,4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 21 noviembre 2000 (JUR 2001,62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 sep-

tiembre 2003 (JUR 2004,25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 noviembre 2003 (JUR 2003,277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

[3] ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). "Constitución y vivienda familiar", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, p. 49.

[4] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, pp. 46 y 194.

[5] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* p. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales". En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de Familia, 7.ª ed, Madrid: Colex, p. 240, entiende por vivienda habitual "el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar".

[6] RJ 1996,9020. Para las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 30 diciembre 1995 (AC 1995,2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido "por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 28 septiembre 2007 (JUR 2007,353384) señala que "la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar".

[7] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo", *op. cit.,* p. 28.

[8] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.,* p. 187.

[9] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 99.

[10] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. (1984). "Comentario al artículo 70 del Código Civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.º*, Madrid: Tecnos, p. 349.

[11] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.,* p. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 noviembre 1993 (AC 1993/2235).

[12] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* p. 588.

[13] CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXIII, número 582, julio-agosto*, p. 1436.

[14] TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). "Constitución y vivienda familiar", *op. cit.,* pp. 46-47.

[15] GARCÍA CANTERO, G. (1986). "Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español". En: P.J. Viladrich (coord.). *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra, p. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario, número 582, sep-*

tiembre-octubre, p. 1437; BELDA SÁENZ, M.ª C. (1985). "Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español", *Revista de Derecho Privado, abril,* p. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.,* p. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, ALEJÁNDREZ PEÑA, P. (2010). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil". En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, p. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi, p. 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que ésta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

[16] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.,* pp. 208-209, HERRERO GARCÍA M.ª J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* p. 589; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid. Dykinson, p. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquél que es a la vez vivienda habitual de la familia. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, 8 julio 1999 (AC 1999,1782) atribuye el uso de la vivienda al esposo por ser su lugar de trabajo en ausencia de hijos y considerarle el interés más necesitado de protección.

[17] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Edisofer, p. 149.

[18] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.,* pp. 216-217; TAMAYO CARMONA J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, *op. cit.,* p. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). "La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia", *Aranzadi Civil,* p. 81.

[19] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.,* p. 213; HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* p. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.ª Del P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Pamplona: Aranzadi, p. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 204.

[20] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *T. IV Familia,* cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

[21] Vid., ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.,* pp. 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.,* p. 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., "La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia", *op. cit.,* p. 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 1439-1440 *nota* 20 "considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial". Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997,2731); del Pleno, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008,4062);

de 30 octubre de 2008 (RJ 2009,404); y, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011,6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del ex miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

[22] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA G. (2012). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 CC?. Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 28, enero-junio*, p. 607; y, vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9020); de 1 de abril de 2011 (RJ 2011,3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585,2012); y, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,355); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007,1666); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 1 de marzo de 1999 (AC 1999,4354); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 8 de marzo de 2001 (AC 2001,785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016,105791).

[23] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); y, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009,404).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (RJ 2001,4993); y, de 16 de julio de 2002 (RJ 2002,6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

[24] Vid., las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001,4770); de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008,3345); y, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009,404). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, de 24 de abril de 1998 (AC 1998,5078).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998,1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

[25] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (JUR 2008,51364).

[26] MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.ª (1991). "Comentario al artículo 400 del Código Civil". En: dirigidos por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil, T. I,* Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, p. 1103.

[27] La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE, núm. 45, 22 febrero 2017, pp. 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: "1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común".

[28] Vid., entre otros, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). "Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España", *Revista de Derecho Patrimonial,*

septiembre-diciembre, p. 6 (versión digital); 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 española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 752, noviembre-diciembre*, p. 3424.

[29] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992,10684); de 14 de julio de 1994 (RJ 1994,6439); de 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995,9144); de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999,3428); de 26 de junio de 2007 (RJ 2007,3448); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453,2011), y, de 1 de abril de 2015 (RJ 2015,4787); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (AC 1993,1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 (AC 1994,1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 29 de abril de 1998 (AC 1998,4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000,163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 10 de abril de 2000 (AC 2000,1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 8 de mayo de 2000 (AC 2000,1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001,89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 (AC 2003,114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007,139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, de 26 de marzo de 2012 (JUR 2012,148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 29 de enero de 2016 (JUR 2016,52809); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (AC 2011,819).

[30] RJ 2010,2323.

[31] RJ 2010,1274.

[32] RJ 2012,3383. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo d 2021 (Roj. STS 1108/2021; ECLI:ES:TS:2021:1108); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,29482).

[33] DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1998). "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales", *Actualidad Civil*, p. 384 señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, ROBLEDO VILLAR, A. (1995) "La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial*", La Ley 1995-4*, p. 985.

[34] ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.*, p. 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). "Atribución del uso de la vivienda familiar y "actio communi dividundo", *Actualidad Civil, núm. 5, 31 enero-6 febrero,* p. 84; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.*, p. 361.

[35] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 (RJ 2010,6031); y, de 24 de marzo de 2011 (RJ 2011,3007).

[36] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001,6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 18 de febrero de 2002 (JUR 2002,115579).

[37] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, de 21 de octubre de 2005 (JUR 2005,252353).

[38] ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes, op. cit.,* p. 543; de la misma autora (2019). "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza", *Diario La Ley, núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero*, p. 2. Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2014 (RJ 2014,1568); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 2 de septiembre de 2002 (JUR 2002,271492) ha perdido el carácter familiar

por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, acordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2002,281274); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 30 de abril de 2004 (JUR 2004,296197); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006,15978); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2007 (AC 2007,505); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010,34610); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de junio de 2018 (JUR 2018,223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995,2449); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 7 de junio de 2013 (JUR 2013,264269); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de enero de 2016 (JUR 2016,63874).

[39] CUENA CASAS, M. (2014). "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 2, abril-junio*, pp. 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar, op. cit.*, p. 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", *op. cit.*, pp. 3410-3411. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 1995 (AC 1995,2219); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 21 de junio de 1999 (JUR 1999,272220); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003,196943); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 31 de mayo de 2007 (JUR 2007,312681); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.ª, de 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320,2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que "no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar".

[40] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 4 de abril de 2016 (JUR 2016,131580).

[41] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002,227646).

[42] Roj: STS 3882/2018; ECLI:ES:TS:2018:3882.

[43] En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2019 (RJ 2019,4495); y, de 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3531). Adoptando esta doctrina vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 15 de enero de 2018 (JUR 2018,64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 abril 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

[44] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008,6923); de 28 de abril de 2016 (RJ 2016,2216); y, de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018,352) acción de división de la cosa común ejercitada por el padre a la que se allanó la madre adjudicándosela aquél en subasta pública. Estamos ante una situación de precario en la

que no cabe oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia que éste sea un tercero ajeno al núcleo familiar o la pareja de hecho y copropietario del bien, al haber consentimiento expreso en el convenio de cesación del uso con la venta de la vivienda. Interés del menor protegido al fijarse ese plazo para el uso y contar, además, la madre con otra vivienda de su propiedad. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012,368684).

[45] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010,1274); y, de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010,8048).

[46] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). "Comentario al artículo 96.3 del Código Civil". En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 159.

[47] Precisamente, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana se refiere al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible disponiendo al respecto: "1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes. 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente (…)".

[48] El Tribunal Constitucional recibe un total de ocho recursos de inconstitucionalidad contra la Ley por el derecho a la vivienda procedentes de la Genralitat de Cataluña; la Xunta de Galicia; el Gobierno Vasco, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno de las Illes Balears, y, el Partido Popular (Vid., recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, contra los artículos 3; 11.2; 26; 18.2, 3 y 4; 192 y 3; 27.3; disposición adicional tercera; disposición final quinta y disposición final séptima. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, promovido por la Xunta de Galicia (BOE, número 90, de 12 de abril de 2024, p. 40653; Recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023 contra los artículos 8 a); 15.1; 16.1 d); 17.4; 18.2, 3 y 4; 19.3; 27.1 y 3; 28.1 y disposición final quita. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de septiembre de 2023, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (BOE, número 236, e 3 de octubre de 2023, p. 132303); Recurso de inconstitucionalidad número 1278-2024 contra los artículos 2, letra c), d) e) f) g), h), i), j), m), n) o), p), q), r) y s); 12; 15, apartados 1 d) y 4; 16; 17; 18, apartados 1, 4, 5 y 6; 23; 24; 27, apartado 1, párrafo tercero, 2 y 3; 28 y 29; disposición transitoria primera, párrafo segundo; disposición transitoria segunda y disposición final séptima, apartado 1. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1278-2024 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña (BOE, número 90, de 12 de abril de 2024, p. 40652); Recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023, contra los artículos 8 a) y c); 11.1 e); 15.1; 16.1 d); 18.2, 3 y 4; 19.1 y 3; 27.1 y 3; 28.1; 35; disposición adicional tercera; disposición transitoria primera, párrafo 2; disposición final primera, apartados uno, tres y seis; y disposición final quinta. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de septiembre de 2023, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023 promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears (BOE número 236, de 3 de octubre de 2023, p. 132302); Recurso de inconstitucionalidad número 1301-2024, contra los artículos 3, 10.2, 15.1 d); 15.1 e); 16; 17 y 18; disposición adicional tercera; disposición transitoria segunda.1; disposición final primera, apartados uno, tres y seis, y disposición final cuarta. El Pleno del Tribunal Consti-

tucional, por providencia de 12 de marzo de 2014, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1301-2024, promovido por el Gobierno Vasco (BOE número 69, de 19 de marzo de 2024, p. 31749).

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado parcialmente, por mayoría, el recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra los artículos 3 f), g) y k); 8 a) y c); 9 e); 11.1 e); 16; 18 apartados 2, 3 y 4; 19 apartado 1, inciso segundo, y apartado 3; 27 apartado 1, párrafo tres y apartado 3; 28; 29; 32; 33; 34; 35 y 36; disposición adicional tercera; disposición transitoria primera; disposición final primera apartados uno, tres y seis; disposición final cuarta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda. El Tribunal en sentencia del Pleno 79/, 2024, de 21 de mayo de 2024 (BOE, número 152, de 24 de junio de 2024, pp. 73148 a 73194) aprecia que, por primer vez, el Estado ejercita su potestad que le confiere el artículo 149.1.1. de la CE para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La sentencia de la que ha sido ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, partiendo del reconocimiento como derecho constitucional del derecho a la vivienda, y de la competencia del Estado para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en su ejercicio ex artículo 149.1.1 de la CE, ha desestimado la mayor parte de las quejas; si bien, ha concluido que parte de los preceptos impugnados incurre en un exceso competencial, invadiendo las competencias autonómicas en materia de vivienda, lo que conduce a su declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

En concreto, la declaración de inconstitucionalidad afecta a los siguientes preceptos: el artículo 16, que establece el régimen de vivienda protegida, porque tiene un nivel de detalle excesivo y por establecer un régimen de aplicación supletoria, sin que el Estado pueda dictar normas con la exclusiva competencia de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias de la exclusiva competencia de estas, extendiéndose la declaración también de inconstitucionalidad también a la disposición transitoria primera (relativa al régimen de viviendas que ya estuvieran calificadas definitivamente como protegidas a la entrada en vigor de la Ley), ya que su finalidad es, *sensu contrario*, someter a las viviendas que aún no lo estuvieran a la Ley 2/2023; el artículo 19.3, segundo inciso, que establece la información mínima que, en caso de ejercitar la facultad de declarar las zonas de mercado residencial tensionado, tendría que requerirse a los grandes tenedores, ya que la determinación de este aspecto debe corresponder a las Comunidades Autónomas; y, por último, los apartados 1, párrafo tercero, y 3 del artículo 27, regulador del concepto, finalidad y financiación de os parque públicos de vivienda, por incurrir en un exceso en la determinación de la composición de los parques públicos de vivienda sin encontrar cobertura en el artículo 149.1.1. y 13 CE (apartado 1, párrafo tercero), y por resultar contrario al principio de autonomía financiera, al prever la afectación finalista de ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda y de la gestión de los bienes integrantes de los parque públicos de vivienda (apartado 3). El resto de las quejas son desestimadas, por no apreciarse las vulneraciones competenciales que se denuncian en el recurso, o por insuficiencia del levantamiento de la carga argumentativa. Han anunciado voto particular los magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Amaldo, Concepción Espejel y César Tolosa, por entender que la declaración de inconstitucionalidad deberían extenderse a otros preceptos impugnados por el recurrente.

Asimismo, el Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, que se dirigía contra determinado preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, por razones competenciales y sustantivas. Ha sido ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga. En aplicación de lo dispuesto en la STC 79/2024, de 21 de mayo descrita en líneas precedentes, una gran parte de los motivos de este recurso pierden objeto o quedan desestimado por remisión. La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2025 (LA LEY 7314,2025)

examina: a) El artículo 15.1 b), c) y d), por exceso en el ejercicio de las competencias estatales de los artículos 149.1.1 y 13 de la CE. Subsidiariamente, en cuanto al artículo 15-1 c), también se alegaba vulneración de la autonomía local; b) El artículo 31.1 y 2, por exceso en el ejercicio de la competencia sobre legislación civil; c) La disposición final primera tres, por lesión del derecho de propiedad (artículo 33 de la CE); y d) La disposición final quinta, apartados dos y seis, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

La sentencia desestima todas las impugnaciones competenciales referidas al artículo 15.1 de la Ley 12/2023, entendiendo que supone legítimo derecho de las competencias estatales del artículo 149.1.1 y13 de la CE. La queja relativa a la autonomía local también se descarta, porque el grado en que se reduce la capacidad decisoria de los ayuntamientos es correlativo a la importancia de los intereses supralocales afectados.

También se desestima la impugnación referida al artículo 31.1 y 2 der la Ley, que establece la información mínima que la persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda en oferta podrá requerir antes de la formalización del contrato porque resulta, encuadrado en el titulo competencial del artículo 149.1.8 de la CE. La finalidad del precepto es garantizar la transparencia de la operación contractual, por más que la regulación busque también proteger el derecho a la vivienda.

En relación a la disposición final primera tres de la Ley que, impone una modulación de la renta del contrato de arrendamiento de vivienda en la zona de mercado residencial tensionado, la sentencia aprecia una relación razonable o equilibrio justo entre los medios empleados y la finalidad pretendida. La medida afecta al derecho de la propiedad sobre la vivienda, pero no vulnera el contenido esencial del mismo, teniendo en cuenta que se proyecta sobre una expectativa de beneficio económico que no lo conforma, a que se obliga a poner la vivienda en el mercado del alquiler y no se obliga, en ningún caso, a fija run precio antieconómico. La restricción no es irrazonable ni desproporcionada, dado que la renta máxima se fija en un valor objetivo determinado por referencia al valor del mercado, y, en todo caso, esa limitación tiene una vocación de temporalidad. Se desestima así la alegada vulneración del artículo 33 de la CE.

En último lugar, se examinan dos apartados de la disposición final quinta de la Ley, que modifican diferentes aspectos de la Ley de enjuiciamiento civil para establecer requisitos para la admisión a trámite de las demandad de recuperación de la posesión y de inicio de la vía de apremio en la subasta de bienes inmuebles. Los recurrentes impugnan la obligación, común para ambas pretensiones, de acreditar por parte del demandante que es un gran tenedor de vivienda si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. La sentencia entiende que las medidas no resultan razonables y proporcionales. Esto lleva a la estimación del recurso en este punto y también en otros por conexión y consecuencia.

Han anunciado voto particular los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera, César Tolosa Tribiño y José María Macías Castaño

[49] Vid., FUENTES-LOJO RUS, A. (2023). "La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales", *Actualidad Civil, número 6, junio*, p. 2.

[50] El artículo 3 bis de la Ley Foral 10/2020, de 10 de mayo del Derecho a la vivienda en Navarra —modificada por la Ley Foral 27/2014, de 24 de diciembre— hace referencia, precisamente, al derecho subjetivo de acceso a vivienda y servicio social de interés general en los siguientes términos: "1. Toda persona empadronada en Navarra tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en términos de tamaño y calidad, y a disfrutar pacíficamente de la misma. Las Administraciones Públicas de Navarra con competencias en materia de vivienda velarán por la satisfacción y protección de este derecho. 2. En defecto de vivienda disponible, la satisfacción de tal derecho se garantizará mediante un sistema de deducciones fiscales por arrendamiento que serán abonadas de forma anticipada de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley foral y en el Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas". Asimismo, recientemente, el artículo 1 del Decreto 147/2023,

de 10 de octubre, del derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda del País Vasco, además de reconocer el derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda o alojamiento dotacional, señala que procede a su oportuna regulación.

[51] VILLASECA BALLESCA, A. (2023). "Aspectos constitucionales". En: Fco. M. Echevarría Summers (coord.), *Ley de vivienda*, Madrid: Francis Lefebvre p. 12.

[52] RTC 1987,37.

[53] BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2021). "Comentario al artículo 348 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 566-567 lo califica de derecho fundamental debilitado, al ceder para convertirse en equivalente económico en caso de expropiación forzosa.

[54] LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (2023). "Comentario al artículo 348 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch, p. 2087 precisa que estos deberes son exigencia de la configuración moderna de la propiedad.

[55] DE PABLO CONTRERAS, P. (2020). "La propiedad". En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. III Derechos reales*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, pp. 129-131; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. "Comentario al artículo 348 del Código Civil", *op. cit.*, p. 566.

[56] RTC 1987,37 y RTC 1994,89.

[57] RTC 1986,146.

[58] RTC 2018,16.

[59] RTC 2018,80.

[60] RTC 1988,152.

[61] RTC 1995,59.

[62] En cuanto a la calidad de la vivienda el artículo 3 de la citada norma señala que: "1. Las viviendas que se construyan en Andalucía tendrán que ser viviendas dignas y adecuadas, debiendo incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia, como los relativos a adaptación a las condiciones climáticas, minimización de impactos ambientales, reducción del ruido, gestión adecuada de los residuos generados, ahorro y uso eficiente del agua y la energía y utilización de energías renovables".

[63] MAGRO SERVET, V. (2023), "Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo", *Diario La Ley, número 10300, junio*, p. 5 critica que se haga referencia a estos conceptos y no al de morada que, es relevante, habida cuenta de la gran cantidad de ocupaciones ilegales de inmuebles que existen en la realidad. En todo caso, precisa que "no puede identificarse el concepto de morada con el de residencia habitual, ya que el primero es mucho más amplio y admite aquellos inmuebles que no son de residencia habitual, pero que tienen servicios en regla y están disponles para ser utilizados por el propietario cuando quiera. Son inmuebles de "segunda residencia". La jurisprudencia los ha admitido como morada para calificar su acceso y ocupación ilegal como delito de allanamiento de morada del artículo 202 del CP y no como delito de usurpación del artículo 245.2 del CP".

[64] El artículo 3 j) de la Ley 12/2023, por su parte, entiende como residencia secundaria: "toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes y que no constituye su residencia habitual".

[65] GÓMEZ LINACERO, A. (2023). "Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal (1)", *Diario la Ley, número 10386, sección Tribuna, 13 de noviembre*, p. 4 considera, al respecto, que el concepto de vivienda es equiparable al de residencia habitual y extrapolable a la esfera procesal.

[66] ARGELICH COMELLES, C. (2023). *La Ley por el derecho a la vivienda*, 2.ª edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 96.

[67] ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J. (2023). "Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo", *Práctica de Tribunales, número 163, julio*, p. 2.

[68] RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.ª (2024). "La Ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económica-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago. ODS y Reglas de Basilea", *LA LEY Derecho de Familia, número 41, enero*, p. 3 indica que "no es posible una definición general y trasversal de vulnerable y vulnerabilidad. Se articula como un concepto jurídico indeterminado a concretar según el ámbito al que se aplique y con la concurrencia de determinadas circunstancias o factores endógenos o exógenos que sitúen a la persona con alta probabilidad de padecer un perjuicio o daños identificables con el riesgo que no tenga capacidad o medios para protegerse a sí misma".

[69] MAGRO SERVET, V. (2023). "Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo", *op. cit.*, p. 3.

[70] Vid., el artículo 81 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de viviendas de Canarias considera viviendas deshabitadas: "1. Toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones. 2. Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o por el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. A estos efectos, se entenderá como último día de efectiva habitación el que ponga fin a, al menos, seis meses consecutivos de uso habitacional. Para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación, o si estas se han otorgado, desde la notificación de su otorgamiento. En caso de que las autorizaciones legales hayan sido solicitadas, pero aún no se hayan concedido, se descontará el plazo de otorgamiento de aquellas".

[71] El artículo 3 d) de la Ley 18/2007 de derecho a la vivienda de Cataluña entiende por vivienda vacía: "la vivienda que permanece desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A este efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. La ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda".

[72] Señala el citado precepto que: "(…) Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del impuesto. A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. El recargo podrá ser de hasta el 100 por ciento de la cuota líquida del impuesto cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación. Además, los ayuntamientos podrán aumentar el porcentaje de recargo que corresponda con arreglo a lo señalado anteriormente en hasta 50 puntos porcentuales adicionales en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. En todo caso se considerarán justificadas las siguientes causas: el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones

de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses en esta situación. En el caso de inmuebles de titularidad de alguna Administración Pública, se considerará también como causa justificada ser objeto el inmueble de un procedimiento de venta o de puesta en explotación mediante arrendamiento. El recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare. La declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el Ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro".

[73] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,40724) privación al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni nunca se ha preocupado por su manutención o bienestar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486030) declara improcedente la privación al padre de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (impago de pensiones alimenticias e incumplimiento del régimen de visitas). Ciertamente, los pagos de las pensiones no han sido inexistentes y no se ha consolidado una falta absoluta de comunicación y de trato del padre con la niña; de manera que, no se da una situación de ausencia de vinculación que justifique por el momento adoptar na medida tan excepcional. No obstante, en interés de la niña, dado los problemas que refiere la madre en la vida cotidiana para la toma de decisiones que afectan a la menor por falta de colaboración del padre, procede atribuir a la progenitora el ejercicio exclusivo de todas las funciones inherentes a la patria potestad durante el plazo de 2 años (y no sólo de las relativas a la salud u escolarización, como dispuso la Audiencia). Ahora bien, no procede la suspensión total del régimen de visitas por incumplimiento por el padre del sistema aprobado judicialmente en el que se preveía una progresividad que finalizaría con la pernocta. De ahí, que se deje sin efecto la pernocta.

[74] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,160602).

[75] JUR 2024,168158.

[76] BOE, número 118, de 15 de mayo de 2024; ECLI:ES:TC:2024:53.

[77] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015 (RJ 2015,6185) guarda y custodia a favor de la madre. Progenitores divorciados con residencia en España y Portugal. Estamos ante unos niños que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padre que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín, que necesitan una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado por el Juzgado. Y se ha resuelto en favor de la madre y no del padre porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre, una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; de 18 de enero de 2018 (RJ 2018,99) guarda y custodia del hijo menor con una discapacidad de un 53% en favor de la madre; de 11 de abril de 2018 (RJ 2018,1729) a favor del padre; de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018,4473) guarda y custodia a favor de la madre. Traslado de residencia de la madre a España con su hijo sin acuerdo entre los cónyuges. Interés el padre en reintegrarle a los estudios en EEUU sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares en España que debe decaer frente al interés del menor valorado en la sentencia recurrida de forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad y su formación psíquica y física. Padre sin trabajo totalmente fijo y estable en aquel país que podrá determinar su retorno a

España de forma definitiva; de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,5413) a favor del padre. Audiencia de los menores por la Audiencia Provincial con inmediación y sin filtros concluyendo que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, justificado razonablemente en el tiempo transcurrido desde su comunicación con los redactores del informe; de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) a favor del padre; de 21 de febrero de 2024 (JUR 2024,72108) custodia materna. Inhabilidad del padre para asumir el rol de progenitor custodio. Episodios de violencia de género y conflicto de pareja retenido con repercusión negativa en el niño; de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) rechazo de la petición de ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre sobre el hijo común. Esta asignación no es desproporcionada, ni implica una limitación injustificada de los derechos del padre. Tampoco concurre una alteración sustancial de las circunstancias, que justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro penitenciario de Madrid. Fijación de un régimen de visitas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio; de 10 de julio de 2024 (JUR 2024,237971) régimen de visitas a favor del padre e improcedencia de la contribución de la madre a los gastos de desplazamiento del progenitor a Bielorrusia para su desarrollo; y, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) no procede la modificación de la custodia exclusiva de la madre pues, el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante; y, en definitiva, reconoce que no está en condiciones de asumir su custodia.

En todo caso, precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a la madre y la custodia de los hijos al padre, aunque este solo solicitase la custodia y no el uso de la vivienda. Principio de interés superior del menor. La cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse con petición o sin ella, en beneficio e interés de los menores. El hecho de que el padre disponga de un piso en alquiler no permite concluir por sí solo que los menores no precisen la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 8 de octubre de 2024 (LA LEY 361440,2024) destaca que la publicación por la madre de videos de contenido sexual en redes sociales no es razón para denegarle la custodia de su hijo de 4 años. La cuestión debatida se centra en la atribución de la guarda y custodia del hijo de los litigantes. La sentencia de primera instancia atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre, estableciendo un régimen de visitas respecto del padre. Este interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, centrando su discurso en la forma de vida de la madre, que considera es perjudicial para el hijo. Son dos los hechos fundamentales que considera que son perjudiciales al interés del menor: a) La exposición pública de la madre y su actual pareja en las redes sociales, publicitando contenidos consistentes en manifestaciones y emisión de vídeos de contenido sexual explícito; y b) Que la actual pareja de la madre realiza tatuajes en el salón del domicilio de ésta, permitiendo la entrada de desconocidos al domicilio donde reside el menor. La Audiencia Provincial de Pontevedra desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre. La Sala afirma que la publicación de pornografía en webs de acceso a través de redes sociales no puede considerarse que haya provocado un perjuicio al menor, ni sea susceptible de causárselo en los próximos años. La razón esencial de esta consideración es que se trata de un menor de 4 años que no tienen acceso a redes sociales, ni tiene por qué teniendo en los próximos años. Al igual que los menores con los que se vaya relacionando, dada la corta edad que se les supone a todos. También está la labor de las personas adultas de su entorno que no tienen por qué transmitir estos hechos al menor. No puede adoptarse una decisión en función de unas hipótesis que pueden no cumplirse en un largo periodo temporal, o nunca, pues dependerá de múltiples factores y circunstancias. En esta valoración

coinciden los técnicos del equipo psicosocial en su informe y lo han ratificado y aclarado en el acto de la vista. Respecto a la actividad relativa a los tatuajes, el Tribunal señala que, aunque se lleven cabo en el domicilio particular, no puede considerarse acreditado que afecte al interés del menor. A la actividad en sí misma considerada no se le puede atribuir un potencial o real perjuicio, salvo perjuicios subjetivos respecto de esta que no pueden ser fundamento de la decisión, pues, pertenecen al imaginario individual de las personas o de colectivos, en función de determinadas creencias o valores, que no pueden valorarse negativamente. El mero hecho que entren personas a la vivienda para que les realicen el tatuaje no puede entenderse que implique, con carácter general, un perjuicio para el menor, que ni siquiera tiene por qué coincidir con tales personas. En todo caso, la sentencia concluye que, no existe prueba alguna de la que se pueda deducir que la madre no está capacitada o carece de habilidades para el cuidado del menor. En realidad, la valoración de los técnicos del equipo psicosocial aconseja mantener la guarda y custodia de la madre y el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre.

[78] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) se atribuye a la madre la custodia, pues, los menores ya han pasado a convivir con la madre y con su pareja. Además, el padre ha manifestado al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos y los menores han expresado su deseo de vivir con la madre. Al respecto, la Audiencia Provincial valoró los siguientes aspectos: (i) aunque la madre cometió errores en el pasado en el ejercicio de su labor maternal, actualmente demuestra una actitud autocrítica respecto a esos acontecimientos; (ii) cuenta con el apoyo significativo de su pareja actual y de su propia madre, quienes le ofrecen un modelo de referencia positivo; (iii) está realizando evidentes esfuerzos para garantizar a sus hijos un entorno seguro y estable; y (iv) el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante y, en definitiva, reconoce explícitamente no estar en condiciones de asumir su custodia. También debe tenerse en cuenta: (i) que a raíz del auto de 28 de febrero de 2022, los menores han pasado a convivir con la madre y que residen con ella, con su pareja y con un medio hermano; (ii) que el padre manifestó al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos; (iii) que los menores han expresado su deseo de vivir con la madre; y (iv) que el padre ha incumplido gravemente el régimen de visitas establecido en favor de aquella, al privarla de estar con sus hijos más de año y medio, lo cual ha afectado negativamente a los menores. Considerando lo anterior, lo más conveniente para la protección del interés de los menores es lo que ya ha sido acordado por la Audiencia Provincial en el mencionado auto 13/2023, de 10 de febrero, sin perjuicio, como observa la fiscal, de que por el Juzgado de Primera Instancia y en ejecución de sentencia se recabe información actualizada sobre la situación familiar y de los menores, instando, de resultar necesario, los seguimientos correspondientes por los servicios sociales competentes. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, asumir la instancia, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar la demanda declarando modificadas las medidas de la sentencia 9 de abril de 2019 en los términos ya acordados por el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, con el n.º 13/2023, el 10 de febrero de 2023, en el recurso de apelación n.º 681/2022.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,1305) no procede modificar la guarda y custodia atribuida al padre. Al respecto, señala la citada resolución que la circunstancia de la existencia de una condena al padre por un delito de lesiones en el ámbito familiar no es obviada por la Audiencia, que la conoce, si bien señala que fue un hecho puntual, a lo que debe añadirse ahora que, tal como consta en las actuaciones, se refiere a unos hechos ocurridos el 23 de agosto de 2021, y por auto de 17 de noviembre de 2022, se procedió a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta de diez meses de prisión, el 16 de septiembre de 2024 quedó extinguida la medida de alejamiento y en noviembre de 2024 quedó extinguida la condena, y consta el cumplimiento de la obligación de someterse a un programa de formación para maltratadores que se impuso

como condición para la suspensión de la pena de prisión. De modo que, no se ve el beneficio que derivaría para los menores cambiar ahora el sistema de guarda y custodia a favor del padre, sistema que se estableció en su interés por considerarlo el más idóneo por la sentencia del juzgado, y fue mantenido por la Audiencia, sin que se haya alegado por la madre ni por el fiscal ninguna incidencia ni dato que revele que no se esté desenvolviendo adecuadamente. La aportación de nueva documental por parte del fiscal, respecto de la que han podido hacer alegaciones las dos partes, tampoco nos lleva a asumir la consecuencia de que el interés de los niños sea la guarda por parte de la madre. Ciertamente, en estos procedimientos es de aplicación lo dispuesto en el art. 752 de la LEC, y la especial naturaleza de las pretensiones ejercitadas determina que estos juicios sean tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, y con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 de la CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 de la LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción. En este sentido, en la exégesis de tal precepto, la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declaró que: "Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2.º)", tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad". Lo expuesto significa que la situación a contemplar es la existente al tiempo de dictarse sentencia. Implica la valoración de las pruebas documentales aportadas por las partes, en tanto en cuanto incorporadas al proceso para advertir de las nuevas circunstancias concurrentes. Exige tener en cuenta las ulteriores alegaciones efectuadas por las partes de las que se dio el traslado a la otra para garantizar la contradicción. Sin embargo, en este caso, no se alcanza a ver el beneficio que reportaría a los niños la sustitución de un sistema de guarda y custodia paterna, amparada como hemos venido diciendo de una manera razonada en el mayor interés de los hijos de los litigantes, por una custodia materna, que no se consideró favorable para los menores en atención a todas las circunstancias reseñadas, y ello por la única razón de que el padre pudiera en un futuro llegar a ser condenado por un delito por el que ahora está siendo investigado en virtud de una denuncia, pero que él niega, y sin que conste, porque ninguna alegación se ha hecho en este sentido por las partes en el trámite de audiencia conferido, que los hechos denunciados hayan podido afectar peyorativamente en modo alguno en el cuidado de los hijos menores.

El recurso de casación, en definitiva, va a ser desestimado, porque la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala, ya que ha valorado el interés superior de los hijos de los litigantes, sin que la recurrente haya desvirtuado las razones en las que se basa la decisión de la sentencia, que se ajusta al canon de motivación reforzada exigido constitucionalmente para la ponderación del interés de los niños, y sin que los nuevos hechos aportados por el fiscal logren desvirtuar lo esencial de la sentencia recurrida, que el interés de los niños es quedar bajo la guarda y custodia del padre.

[79] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y custodia exclusiva a la madre. Nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores. Se refiere la resolución a la conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no solo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano. Por su parte, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 31 de enero de 2023 (RJ 2023,2952) resulta beneficioso mantener la custodia monoparental materna por la mayor dedicación de la madre. Ser un buen padre no es suficiente para entender que el interés de las niñas aconseje el sistema de guarda compartida. La madre permaneció en el domicilio familiar muy próximo al centro escolar, a diferencia del padre que ha tenido dos domicilios diferentes desde que abandonó

el familiar, viajando mucho y teniendo un contacto más esporádico con sus hijas. Procede una adaptación del padre a un mayor acercamiento a éstas con un amplio sistema de visitas que por el momento no disipa la conveniencia y el mejor interés que permanezcan las hijas menores con su madre. Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) se rechaza la petición del ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre, ingresado en prisión. Las partes pactaron, con homologación judicial, la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común. Esta asignación no es desproporcionada, ni implica una limitación injustificada de los derechos del padre. Tampoco concurre una alteración sustancial de circunstancias que, justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro penitenciario de Madrid. Fijación de un régimen de vivistas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio.

[80] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013 (Roj. 5643/2013; ECLI:ES:TS:2013:5643) "la genérica afirmación "no tiene buenas relaciones", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrariar el interés de los menores"; de 16 de febrero de 2015 (Roj. 258/2015; ECLI:ES:TS:2015:258); y, de 24 de abril de 2018 (Roj. 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478) "(…) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existe una relación de mutuo respeto (…)"; de 26 de septiembre de 2023 (JUR 2023,367144); y, de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,168158) en relación con la medida de alimentos declara que como disponen las sentencias del Tribunal Supremo 338/2022, de 28 de abril; 607/2022, de 16 de septiembre y 866/2022, de 9 de diciembre "la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores (artículo 146 del Código Civil); pero, en este caso, dicha desproporción no se aprecia, sino que los ingresos son similares, aun cuando los de la demandada sean ligeramente superiores, pero no en una cantidad tan discordante que la atribución paritaria sea desproporcionada, máxime cuando el demandante desarrollo, en ocasiones, actividades de formación por las que se obtiene ingresos adicionales a su nómina. Asimismo, señala que es cierto, como recuerdan las sentencias 30/2019, de 17 de enero; 573/2020, de 4 de noviembre; y, 92/2024, de 24 de enero, que el juicio de proporcionalidad en la fijación del quantum de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad, lo que acontece en el caso de autos, en el que se prescinde de la prueba practicada, y la audiencia confirma la sentencia del juzgado, que tampoco valora la prueba al respecto, con el escueto argumento "siendo la contribución económica en el concepto de prestación por distribución de alimentos entre los progenitores acorde al principio de proporcionalidad de los artículos 145 y 146 del Código Civil, al no eximir la guarda y custodia compartida del pago a las prestación de alimentos; al regular las diferencias de ingresos de uno y otro progenitor". Tampoco cabe devolver los alimentos satisfechos, pues, la revisión de las sentencias a través del sistema de recursos desencadena sus efectos desde que son dictadas, por lo que se desestima la pretensión que la demandada abone 300 euros mensuales hasta equipararse a los satisfechos por el demandante (STS 41/2022, de 23 de mayo, entre otras muchas); y, de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041).

[81] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (RJ 2012,8358); y, de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220) vivienda nido; y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201,2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.

Por su parte, ROGEL VIDE C. (2005). "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 1*, p. 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta no se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

[82] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011,3139); de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012,6532); de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013,7255); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017,1079).

[83] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2024 (JUR 2024,237982) aplicación del principio de interés superior del menor. Valoración de las concretas circunstancias del caso, atención a la corta edad del niño (nacido en 2021), a la situación laboral de los progenitores (el padre trabaja en turnos en jornada anual en una localidad y madre en otra, en un hotel, como fija discontinua desde abril hasta finales de octubre) y a que ambos tienen plenas habilidades parentales, se han implicado en el cuidado del menor desde su nacimiento, tienen posibilidades económicas, gozan de una comunicación fluida en lo que al hijo se refiere y cuentan con apoyo familiar. Se toma consideración, asimismo, del hecho que la madre tradicionalmente ha venido repartiendo su residencia, dependiendo de si trabaja o no, entre la localidad en la que radica el hotel y aquella en la que la Audiencia dispone que viva y se escolarice el menor, en la que cuenta con una casa familiar.

[84] A favor de la tía paterna, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2023 (RJ 2023,4106).

[85] Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (artículo 103 del Código Civil), como en cualquier procedimiento o momento procesal (artículo 158.4 del Código Civil). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (artículo 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y, qué fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (artículo 8 Código de Derecho Foral Aragonés). Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015,681) guarda y custodia del menor, ejercida por su tía paterna; y, de 14 de septiembre de 2018 (Roj. STS 3154/2018; ECLI:ES:TS:2018:3154) se atribuye la custodia a la tía de la menor, pues, tras la muerte de la madre ha asumido su cuidado; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014 (JUR 2014,193852), guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (AC 2014,1019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de

mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024,215463) se otorga amparo a los abuelos ante las resoluciones judiciales que impidieron la intervención de los abuelos en el procedimiento de adopción de su nieto y que descartaron la alternativa del acogimiento en familia extensa. Pese al evidente interés legítimo y directo que tenían los abuelos en el resultado del procedimiento, y a la pendencia de dos procedimientos en que reclamaban el acogimiento del menor, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones y se les negó legitimación activa en el procedimiento de adopción atribuyéndoles la intención de "paralización del procedimiento".

[86] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (Roj: STS 385/2025; ECLI:ES:TS:2025:385) se impugna la resolución administrativa de protección de menores y, asimismo, se extingue el acogimiento familiar permanente establecido. Al respecto señala el Alto Tribunal que: "el interés superior del menor debe ser el principio rector en todas las decisiones que le afecten. Aunque la opinión del menor es relevante, no es vinculante. Lo que procede es evaluar todas las circunstancias del caso para determinar lo que es más beneficioso para el menor, incluso si ello difiere de su deseo expreso. La sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declara en este sentido: "La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, "no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (sentencias 76/2015, de 17 de febrero; y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas)". ""(...)" "la doctrina de la Sala (...) ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.». La Audiencia Provincial no silencia ni desconoce la voluntad expresada por la menor, pero considera que la protección de su interés superior y la necesidad de evitar situaciones de riesgo o la reproducción de actuaciones perjudiciales para ella impiden que regrese con la familia acogedora. Efectivamente, esa decisión, debidamente motivada y suficientemente fundamentada, es la que mejor respeta el principio superior de protección del menor. Independientemente de los deseos de Graciela —que tenía 10 años cuando fue explorada, y que manifestó que el cuñado de la hermana de la acogedora le hizo cosas que no debía, y que, después de relatárselo a su madre (la acogedora) esta le dijo que no lo contara a nadie y que estuviera con su tía, pero no con su tío, para que este no le hiciera nada malo—, y a la luz de los hechos probados expuestos en la sentencia —que deben ser respetados y tenidos en cuenta— se desprende que la menor no ha estado adecuadamente protegida en el entorno familiar acogedor. Además, la recurrente no ha sabido preservar ni garantizar su seguridad, ni ha reaccionado de manera adecuada, mostrando escasa capacidad de reflexión sobre su actitud y los hechos ocurridos. Ha intentado silenciarlos, evidenciando una falta de conciencia sobre la situación que atraviesa la menor y el daño que se le ha causado. Asimismo, su modelo educativo, basado en el castigo y la dependencia emocional, agrava aún más esta situación. Por otra parte, en el informe de tratamiento del programa de evaluación diagnóstico y tratamiento

a menores víctimas de violencia sexual de 23 de enero de 2024 se señala que la menor, ante la posibilidad de volver al acogimiento familiar, mostró inquietud, nerviosismo y deseos de retractarse sobre sus declaraciones de presunta victimización. Además, se observa en ella un alto sentimiento de culpa por lo sucedido, miedo a represalias del presunto agresor y temor al enfado de su familia. También presenta síntomas compatibles, lo que ha afectado significativamente su bienestar personal, familiar y social. A la vista de este informe, es imperativo prevenir cualquier situación de riesgo y no exponer a la menor a circunstancias que puedan agravar su bienestar emocional y psicológico, lo cual ha sido también ponderado por la sentencia recurrida. Como expone acertadamente el fiscal, "los deseos de la menor no pueden ser determinantes cuando satisfacerlos solo pueden perjudicarla""; y, de 12 de febrero de 2025 (Roj: STS 575/2025; ECLI:ES:TS:2025:575) impugnación de las resoluciones administrativas de protección de menores por la que no se reconocen visitas respecto de las tres niñas en los años 2016,2018 y 2020. No procede dicha impugnación, pues, como manifiesta el Alto Tribunal: (…) "las resoluciones administrativas de 20 de octubre de 2020 que desestimaron la petición de visitas valorando el interés superior de las niñas quedaron firmes porque a pesar de que sí fueron notificadas a los padres, no las recurrieron. Además por sentencia judicial también firme (sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Castellón de 7 de diciembre de 2020, sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 11 de junio de 2021, auto de esta sala de 14 de septiembre de 2022 rec. 7520/2021) se valoró que el interés de las niñas, en atención a todas las circunstancias referidas, era que no se establecieran visitas. Con estos antecedentes, la decisión de la Audiencia en la sentencia que se recurre ahora en este recurso de casación al entender que, sin alegaciones de hechos nuevos, no procede establecer un régimen de visitas de los actores respecto de sus hijas, que se encuentran en la actualidad en situación de guarda con fines de adopción, no es contraria a ninguno de los preceptos que se dicen infringidos ni es contraria al interés de las niñas, de acuerdo con lo razonado".

[87] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2024,494087); y, de 20 de enero de 2025 (Roj. STS 253/2025; ECLI:ES:TS:2025:253) no procede el retorno con la familia de origen y se suspende el régimen de visitas, pues como indica el Alto Tribunal: "el niño tiene, actualmente, 5 años recién cumplidos. No mantiene vínculos de afectividad de clase alguna con su progenitora. Los contactos con ésta han sido vivenciados negativamente por el menor. Las posibilidades de comunicación con la progenitora son nulas al no conocer ésta el idioma español, pese a los ofrecimientos que fueron efectuados en la intervención administrativa desarrollada para aprenderlo. No existen indicadores favorables de normalización de la conexión emocional o afectiva por parte del niño con su madre biológica, ni de la adquisición por parte de esta de las habilidades precisas para asumir con las mínimas garantías precisas sus responsabilidades parentales con respecto al menor. Es contrario al interés de éste demorar sine die su falta de integración familiar. Actualmente, se encuentra en una situación de acogida con fines de adopción, con una evolución realmente positiva, como resulta de los informes aportados por la Administración, cuya fractura generaría evidentes perjuicios emocionales al niño para colocarlo, de nuevo, en una situación de manifiesta inestabilidad y mal pronóstico, lo que evidentemente atenta contra su interés superior. Por todo ello, en atención a lo dispuesto en los arts. 161 y 176 bis 2 del CC procede confirmar la decisión del juzgado en cuanto suspende el régimen de visitas que, en las circunstancias, expuestas carece de sentido y es contrario a la finalidad a que responde. En este sentido, las SSTS 78/2018, de 14 de febrero y 409/2024, de 20 de marzo".

[88] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899,1998).

[89] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4459) señala que, no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido.

En algunos textos internacionales se define, por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003,

del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como *"los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita"*. Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida *"…Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor"*. En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que *"…el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones…"*.

[90] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012,8190); y de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,160602) se alude también al derecho del menor a ser oído.

[91] Vid., La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2024 (JUR 2024,408652) se atribuye la guarda y custodia a la madre, y se considera que no procede la guarda y custodia compartida ante las concretas situaciones concurrentes. Existe una mayor idoneidad de la madre, además de condicionamientos negativos del padre, deseos exteriorizados por las niñas de 13 y 10 años, a lo que hay que añadir una falta de comunicación entre los padres con pronóstico de coparentalidad desfavorable; y un informa psicosocial que conseja mantener la situación preexistente de guarda y, en fin, existe una divergencia en los modelos educativos que desorientan a los menores; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 149595,2014) no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

[92] Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 1122,2008).

[93] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919); de 27 de mayo de 2015 (JUR 2015/146687); de 26 de junio de 2015 (RJ 2015,2658); de 16 de julio de 2015 (RJ 2015,2782); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015,2784); de 25 de septiembre de 2015 (RJ 2015,4028), cumplimiento del principio de interés del menor, a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (RJ 2015,4224); de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares"; se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo", "La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten…", y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"; de 28 de enero de 2016 (RJ 2016,27159); de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016,32451); de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,847); y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016/1131). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 marzo 2016, pp. 18444 a 18459); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 26 de junio de 2015 (AC 2015,1257); de la Audiencia Provincial de Valencias, secc. 10.ª, de 1 de octubre de 2019 (JUR 2019,318472); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 9 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98192); de

la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de febrero de 2021 (JUR 2021,125482); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 6 de mayo de 2021 (JUR 2021,252523); y del Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 (JUR 2022,241928)

[94] Vid., sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000,139).

[95] DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, p. 24.

[96] LA LEY 37196,2013. Con anterioridad, vid., en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180,2009) señala que "(…) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (…) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilio, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293,2010); de 11de marzo de 2010 (RJ 2010,2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826,2012). Con posterioridad, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (RJ 2013,5002); de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651); de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 28 de enero de 2016 (RJ 2016,370); de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016,37611); y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 22 de febrero de 2005 (JUR 2005,222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826,2012) señalan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a "los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc.". Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2011 (JUR 2011,229748) señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de febrero de 2012 (JUR 2012,117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: "a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la

idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones".

[97] Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 111554,2011); y, de 2 de julio de 2014 (RJ 2014,4250) señalan que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectico el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva; de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 15 de julio de 2015 (RJ 2015,2778); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015,2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015,4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,248); y, de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016,995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores. Casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares" pero el Alto Tribunal va más allá e insiste que "la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio". Por lo que acusa a las Audiencia Provinciales de crear inseguridad. Vid., también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 9 de enero de 2015 (JUR 2015,73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670,2013) hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con casa uno; y, de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714,2013), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala 1.ª, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 65217,2013) en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622,2014) señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

[98] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754,2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727,2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578,2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714,2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577,2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311,2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101,2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440,2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445,2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo,

Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736,2011) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864,2011) denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 7717,2012) se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517,2012) se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su superación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014,4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016,736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que "por el momento" se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

[99] JUR 2016,52409. Añade al respecto que "esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la

base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor"". Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer "los pormenores en que va a consistir la custodia compartida". En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5968); y, de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017,2044).

[100] JUR 2016,138686.

[101] Vid., el artículo 80.2 del CDFA; el artículo 233-11 del Código Civil catalán en su artículo 233-11; el artículo 3 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

[102] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 número de recurso de casación: 326/2015 (RJ 2016,248); y, de 28 de enero de 2016, número de recurso: 2205/2014 (RJ 2016,370).

[103] Para fijar régimen de guarda y custodia el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencias de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009,4606); y de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010,7302) está utilizando como criterios los siguientes: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

[104] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023).

[105] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020,4795).

[106] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023).

[107] LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, p. 39. GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). "Comentario al artículo 92 del Código Civil". En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, p. 156 señala que "la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja". Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 128420,2012) aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de períodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues, salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

[108] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (LA LEY 14389,2016) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanen-

cia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

[109] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294,2010); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 241446,2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 185317,2012).

[110] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014 (RJ 2014,5613); y, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,524) se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no sólo por su edad, sino también por su madurez; y, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299). Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012,11146) preferencia y deseos del menor de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y oposición a la custodia compartida solicitada por su padre; de 12 de julio de 2013 (RJ 2013,5405) la opinión de los menores es cuestión de gran relevancia; de 9 de octubre de 2013 (RJ 2013,8497); de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014,1570); de 30 de junio de 2015 (RJ 2015,4457); y, de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2015,6371)

[111] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 (RJ 2015,2564).

[112] las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); y, Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

[113] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294,2010); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) opta por la guarda compartida; de 15 octubre 2014 (RJ 2014,4894); y, de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 11913,2015) que, al respecto, señala que "las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos". Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 186210,2011) deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que "no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores… se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado". Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que "permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos". Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de enero de 2013 (RJ 2013,2884) valora los informes psicosociales que muestran la preferencia y los deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la que se encuentran muy unidos; y, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012,6134; RJ 2012,6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 febrero 2014 (JUR 2014,89199) informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de julio de 2014 (JUR 2014,236809) informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 24 de abril de 2015 (JUR 2015,156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 19 de junio de 2015 (JUR 2015,196315).

[114] Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016); de 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017,4731); de 19 de octubre de 2017 (RJ 2017,4485); de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165); y, de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022,3742) destaca que el interés del menor se ha considerado un bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan

derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; y 81/2021, de 19 de diciembre, FJ 2º), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, "toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor" (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4º).

[115] Roj. STS 2246/2023; ECLI:ES:TS:2013:2246.

[116] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483); de 13 de diciembre de 2017 (RJ 2017,5389); de 10 octubre 2018 (Roj. STS 3479/2018; ECLI:ES:TS:2018:3479); de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018,5376); y, de 17 de junio de 2020 (RJ 2020,2187).

[117] ROJ: STS 258/2025; ECLI:ES:2015:258; y, Roj: STS 5218/2015; ECLI:ES:TS:2015:5218.

[118] LA LEY 10275,2015. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, secc. 1.ª, 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 15 de julio de 2015 (LA LEY 99704,2015); de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131,2015); de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000/2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329,2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 20628,2016); de 17 de marzo 2016 (LA LEY 15991,2016); de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 27 de junio de 2017 (RJ 2017,3077); de 16 de enero de 2020 (RJ 2020,666); y de 28 de abril de 2022 (RJ 2022,2374).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736,2011) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). "Régimen común a la nulidad, separación y divorcio". En: En: Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia,* 7.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 205 manifiesta que este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

[119] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544,2014); de 25 de noviembre de 2017 (RJ 2017,46677); de 17 de enero de 2019 (RJ 2019,98) reparto de tiempos correspondiendo al padre la custodia los fines de semana alternos y los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas pernoctando con él, que los reintegrará al colegio al día siguiente el jueves anterior y el martes posterior al de semana que le corresponda a la madre.. sistema que no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores; de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2219) no consta que el horario del padre le impida dedicarse a su hija. el padre cuenta con apoyo por personas de confianza. La menor es escolarizable, lo que facilita la compatibilidad de horarios con ambos progenitores; de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) el recurrente, desde el momento de la ruptura matrimonial viene disfrutando con normalidad del régimen de visitas con la menor sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña y cuenta además con el apoyo que le dispensan sus padres, con los que convive, lo que permite también la integración de la niña con la familia paterna. El trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartidas. Se ha producido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 año, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador,

pues tenía dos años; y, de 11 de julio de 2022 (RJ 2022,3824) ambos progenitores cuentan con trabajos compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor y con apoyo familiar. idoneidad por igual, al trasladar el padre su trabajo con contacto indefinido, ha efectuado un notable esfuerza para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asume. No pudiendo considerar una justificación razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues ello sería tanto como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de abril de 2014 (AC 2014,689).

[120] RTC 2012,185. Con voto particular que formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados D. Pablo Pérez Tremps, D.ª Adela Asúa Batarrita y D. Andrés Ollero consideran no sólo innecesarios sino conceptualmente improcedente que una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del artículo 117.3 de la Constitución Española, la sentencia se adentre a examinar si, además, el artículo 92.8 del Código Civil incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad. Al respecto señalan que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 de la Constitución Española, sin que justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución Española. (…) Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) se satisface con la obtención, cando se cumpla los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en el Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso. Asimismo, estiman que resulta improcedente que la sentencia entre a examinar si el artículo 92.8 del Código Civil es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (artículo 39 de la Constitución Española), aunque sea para descartar tales vulneraciones. En suma, consideran que la exigencia contenida en el artículo 92.8 del Código Civil de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pies obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de jueces y Magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución Española), ni tampoco claro está, de los artículos 14, 24.1 y 39 de la Constitución Española, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad plateada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

[121] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651); de 30 de mayo de 2016 (RJ 2016,2308); de 13 de julio de 2017 (RJ 2017,3622); de 11 de enero de 2018 (RJ 2018,104); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018,2177); de 28 de abril de 2022 (RJ 2022,2374); de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041) desde el inicio del conflicto la custodia la tuvo la madre pero la sentencia de primera instancia acordó el sistema de guarda y custodia compartida. No concurre causa alguna para cambiarla, al haberse desarrollado con normalidad durante año y medio, sin que conste divergencia en su desarrollo. La madre reside en una vivienda arrendada y el padre es titular en propiedad de una vivienda, ambas próximas entre sí y con el colegio; de 23 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y custodia exclusiva de la madre: nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores. Conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no sólo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano; y de 27 de noviembre de 2023 (RJ 2023,438859) episodio de violencia de género que se produjo

hace cuatro años y la pena impuesta fue cumplida. Las relaciones del padre con su hijo son buenas y el menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contractos con su progenitor.

[122] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4440).

[123] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre y 12 de diciembre de 2013 (RJ 2013,7449; RJ 2013,7838); de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014,5718); de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017,606); de 21 de junio de 2017 (RJ 2017,3039); de 25 de noviembre de 2019 (RJ 2019,4885); y, de 26 de septiembre de 2023 (JUR 2023,367144).

[124] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 28 de enero de 2020 (JUR 2020,58400).

[125] Precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", *op. cit.,* pp. 206-207 que "sí deben guardar una cierta proporción para que pueda hablarse realmente de una custodia alterna o compartida". Y añade que "los periodos de alternancia pueden ser muy distintos, en función de las circunstancias semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales o incluso anuales". De ahí que precise el autor que "cuando los periodos son cortos, no tienen sentido establecer un derecho de visitas en favor del progenitor en cuya compañía no está el menor en ese momento, porque la relación entre ambos se consigue gracias a la alternancia; en cambio, cuando los períodos de alternancia son más largos, es razonable fijar visitas en favor del progenitor no conviviente, para que la relación se mantenga".

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

[126] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018,4930).

[127] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532) se deniega la custodia compartida al existir una distancia de 50 km entre los domicilios de los progenitores; de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414) distancia de domicilios de Pamplona a Tokio, por lo que se declara que "la distancia entre los domicilios no sólo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada"; de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684); de 10 de enero de 2018 (RJ 2018,61) al existir una distancia de 1.000 km entre las residencias de los progenitores en Rentería y Jerez de la Frontera; y, de 28 de enero de 2020 (RJ 2020,111) los domicilios distan a 400 kms.

[128] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017,2044).

[129] RJ 2022,3824.

[130] Diario La Ley, número 10174, sección jurisprudencia, 21 de noviembre de 2022.

[131] MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). "Régimen común a la nulidad, separación y divorcio", *op. cit.,* p. 207.

[132] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 (RJ 2016,2780); y, de 31 de mayo de 2022 (Roj. STS 2307/2022; ECLI:ES:TS:2022:2307; RJ 2022,2864) ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. A pesar que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con la que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés

superior del menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que se llevó a cabo el amplísimo régimen de visitas con pernoctas. Capacidad de ambos progenitores.

[133] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

[134] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

[135] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 de abril de 2016 (RJ 2016,3847) propuesta del informe psicosocial de un periodo de adaptación al nuevo sistema compartido, siendo más favorable ampliar la pernocta del jueves en la semana que el padre tiene a los menores de fon de semana, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales fijadas en la instancia. Reflejo de la evaluación psicológica en la que se califica al padre por su impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto de los padres y a la madre por su impulsividad, variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor; de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); de 24 de abril de 2018 (RJ 2018,1598) tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cuál ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; si bien, la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias 135/2017, de 28 de febrero y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

[136] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015 (Roj. STS 3890/2015; ECLI:ES:TS: 2015:3890) señala, al respecto, que "(…) tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues, lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por ser más beneficios para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores, si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos". Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala lo de Civil, de 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,2864) indica que procede la guarda y custodia compartida a pesar que ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. No se infringe el artículo 92 del CC ni la doctrina de la Sala, dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras de la tutela del interés superior del menor.

[137] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2017 (RJ 2017,703); de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020,4795); y, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de mayo de 2021 (JUR 2021,262299); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 3 de marzo de 2022 (JUR 2022,259029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2022 (JUR 2022,275899).

[138] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 196575,2013); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014); de 30 de octubre de 2014 (RJ 2014,5268); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329,2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462,2016); de 3 de junio 2016 (Roj. STS 1889/2016; ECLI:ES:TS:2016:1889) la falta de dialogo, no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, y no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que habrá de concretar la motivación de la decisión. En la sentencia recurrida se atribuye, ante la falta de comunicación, la custodia a la madre sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre. Razones todas ellas que, llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo del su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 25 de septiembre de 2018 (RJ 2018,3857) la situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 12 de julio de 2013 (JUR 2013,267761) imposibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo

entre los progenitores, deviniendo inviable la custodia compartida al ser imposible su ejercicio adecuado; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2014 (Roj. SAPT 285/2014; ECLI:ES:SAPT:2014:285); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 27 de junio de 2014 (Roj. SAP VI 289/2014; ECLI:ES:APVI:2014:289); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (Roj. SAP SS 698/2014; ECLI:ES:APSS:2014:698); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 2 de octubre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 de noviembre de 2014 (Roj. SAP M 1676/2015; ECLI:ES:APM:2015:1676) malas relaciones de los progenitores, falta de un Plan de Responsabilidad Parental aportado por el padre, que solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo mayor a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 28 de noviembre de 2014 (Roj. SAP B 12446/2015; ECLI:ES:APB:2014:12446); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 5 de diciembre de 2014 Roj. SAP M 16602/2014; ECLI:ES:APM:2014:16602); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 1 de marzo de 2016 (Roj. SAP LE 208/2016; ECLI:ES:APLE:2016:208) absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

[139] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril (RJ 2016,1703). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 26 de febrero de 2016 (JUR 2016,62743) no procede la custodia compartida por estar la relación entre los progenitores muy deteriorada y no son capaces de llegar a acuerdos en los temas concernientes a la hija común sobre todo surgiendo problemas en el cumplimiento del régimen de visitas, del que mutuamente se acusan del incumplimiento.

[140] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014) (RJ 2014,5268); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 28 septiembre 2012 (RJ 2012,10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2014,49868).

[141] Roj STS 4103/2022; ECLI:ES:TS:2022:4103.

[142] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022 (RJ 2022,3539) se otorga la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados con ella y mostrar éstos dicha preferencia. Asimismo, se confirma un derecho de vistas del padre fijado ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor.

[143] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585,2013) señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, "se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (artículo 91 CC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor". Y añade "A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia"; de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 188665,2014); de 3 de febrero de 2016 (LA LEY 1400,2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 9901,2016); de 19

de febrero de 2016 (LA LEY 6420,2016) indica que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (artículo 91 del Código Civil), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador, y la adopción de un régimen amplio de visitas que los próxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016,582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su modificación (artículo 776.3 LEC); de 9 de marzo de 2016 (LA LEY 15998,2016; RJ 2016,840) manifiesta que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (LA LEY 20620,2016; RJ 2016,1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (LA LEY 29688,2016; RJ 2016,1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor, al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; de 13 de abril de 2016 (LA LEY 29690,2016; RJ 2016,1339) se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del CC; de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,5413) para la modificación de la atribución es suficiente con probar un cambio significativo de las circunstancias sin que precise un cambio sustancial de la misma. Las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que basarse en un cambio sustancial, pero cierto. La nueva residencia del progenitor y la voluntad de los menores de trasladarse con él justifican ese cambio significativo, sin perjuicio de tener que analizar si tal medida es acorde con el preferente interés de éstos; de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041); de 23 de noviembre de 2023 (JUR 2023,438859); y, de 27 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) procede la modificación de la guarda y custodia en compartida. Nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores; conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del menor modo con sus progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 25 de mayo de 2015 (RJ 2015,4624); del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016,3338); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 25 de enero de 2008 (JUR 2008,167943) existencia de un procedimiento penal en el que aparece el esposo como imputado por un delito de violencia de género; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de

8 de marzo de 2012 (JUR 2012,122859) incurso el padre en diligencia previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 20 de diciembre de 2012 (JUR 2013,34793) procedimiento contencioso divorcio ante el Juzgado de violencia sobre la mujer con penas de prohibición de acercamiento mutuo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 26 de junio de 2013 (JUR 2013,267968) la existencia de un procedimiento seguido frente al esposo por un presunto delito de violencia domestica hace inviable la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2022 (RJ 2022,2093) la rebeldía del demandado hasta el momento anterior al juicio. El hecho de no haber contestado éste a la demanda no significa que su pretensión en el recurso de apelación sea *ex novo* una cuestión distinta de la debatida en juicio, ya que no era otra que la de determinar el régimen más adecuado de estancia y comunicación de la hija con sus progenitores defendida en el plenario al que acudió interviniendo en la práctica de la prueba: el Tribunal *"ad quem"* debió pronunciarse sobre el fondo del asunto siquiera por afectar la cuestión al interés del menor de obligada observación por los tribunales, debiendo incluso en este caso haber practicado de oficio acto de audiencia del menor de 12 años. Se decreta la nulidad de las actuaciones; y, por otro, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2024 (JUR 2024,388683) no procede la modificación de la custodia materna por la custodia compartida por la nula relación entre los progenitores que, están sumidos en una situación altamente conflictiva y de total incomunicación. Tal situación, de que ambos resultan responsables y que ha trascendido a los menores, generando en ellos preocupación y desasosiego, hace inviable la custodia compartida, que exige habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores.

[144] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2017 (RJ 2017,4484); de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019,635) no procede el cambio a guarda y custodia compartida, pues, no se concreta que el cambio vaya a beneficiar a los menores. Viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres; de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019,631) "la Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo trascurrido desde que, el convenio se ejecutó. Así en la sentencia de 17 de noviembre de 2015 que declara, pariendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: 1. La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador y, en la actualidad, tenía 10 años; 2. Los propios progenitores habría flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015 que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que en el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su fía en el convenio regulador sobre la medida" (sentencia 162/2016, de 16 de marzo. El trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantener así la sentencia recurrida "petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como ha recordado con reiteración este

sala a partid de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre"". En la aplicación de la anterior doctrina procede la solicitud de sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad; de 5 de abril de 2019 (RJ 2019,1791) cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, unido al informe psicosocial favorable que determina la adopción de la guarda y custodia compartida por un aptitud favorable de ambos progenitores; de 24 de septiembre de 2019 (RJ 2019,3607) tiempo de estancia del menor prácticamente igual con los dos progenitores en todo este tiempo adoptado de común acuerdo. La adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría la convivencia del menor con los padres, por lo que su interés no quedaría afectado. La pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en la estancia de la menor; y, de 16 de junio de 2020 (RJ 2020,2294) cambio sustancial en las circunstancias, dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron. Trascendencia del informa psicosocial que no desaconseja la custodia compartida; de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4166) no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancia que aconsejen su modificación; de 19 de abril de 2022 (RJ 2022,2083) modificación de la medida de guarda y custodia compartida por la custodia en favor únicamente de la madre; y, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) desde la ruptura matrimonial el recurrente viene disfrutando con normalidad del régimen de visitas con la menor, sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña con la familia paterna. A esto añade la resolución que el trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. En fin, se ha producido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años que, no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, cuya edad era de dos años y, asimismo, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento.

[145] LA LEY 29690,2016.

[146] RJ 2108,1600. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) el trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. El cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años de edad, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad. Además, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer que, impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento.

[147] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (RJ 2011,5438); de 18 de noviembre de 2011 (RJ 2012,1633); de 9 marzo 2012 (LA LEY 31826,2012); de 8 de mayo de 2015 (RJ 2015,1731); de 16 de julio de 2015 (RJ 2015,2782); de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,840); de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,1131); y, de 20 de abril de 2016 (JUR 2016,87925); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2013 (RJ 2013,5192).

[148] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727,2012). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencia Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (LA LEY 119737,2011)).

[149] Vid., sobre la materia en general, PEGUERO CARRERO, B. (2022). "Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021", *Diario La Ley, número 1077, sección Tribunal, de 24 de noviembre*, pp. 1-20.

[150] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014,74); y, de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014,5165); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 18 julio de 2013 (RJ 2013,6655) los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012,369126), el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de mayo de 2014 (AC 2014,1128) la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 24 de julio de 2014 (JUR 2014/220687) no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014,268576) pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 (JUR 2015,57125).

[151] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (RJ 2011,5676); y, de 27 de junio de 2016 (RJ 2016,3717).

[152] Roj. STS 4342/2014; ECLI:ES:TS:2014:4342.

[153] Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014 (RJ 2014,5268) conflictividad perjudicial para el interés del menor; de 26 de mayo de 2016 (RJ 2016,2292) padre incurso en un procedimiento abreviado por delito de coacciones a la madre. Relación de absoluta falta de respeto hacia su ex pareja. Necesidad que el menor viva en un ambiente de convivencia pacífico y estable emocionalmente. Por lo que, partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por sus ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente; de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4451) conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida. Entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues, como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS; y, de 7 de julio de 2022 (RJ 2022,3539) conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico a que se encuentra sometida la recurrente por las conflictividad relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores adaptados bien a ella y mostrar éstos dicha preferencia; y, la sentencia del tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015,861) conflictividad entre los progenitores notable.

[154] LA LEY 152551,2014. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 15 octubre 2015 (RJ 2014,4894); de 19 febrero 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524); y, de 18 de julio de 2019 (RJ 2019,3002); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 4 marzo 2015 (RJ 2015,861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 mayo 2014 (AC 2014,534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 noviembre 2014 (JUR 2015,41006) malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de abril de 2015 (JUR 2015,168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 30 de abril de 2015 (JUR 2015,150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 15 de julio de 2015 (JUR 2015,264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de septiembre de 2015 (JUR 2015,261055).

[155] RJ 2022,3539.

[156] JUR 2024,237985.

[157] JUR 2024,388683.

[158] LA LEY 10275,2015. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015,4179), la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015,4784); de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,248); y, de 19 de febrero de 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524). Con anterioridad, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2014,74) que a la vista de esta doctrina opta por la guarda y custodia compartida y declara que: "1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7449). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2014 (JUR 2014,54581) señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

[159] RJ 2016,1339.

[160] RJ 2018,100.

[161] RJ 2018,2417.

[162] JUR 2023,438859.

[163] LA LEY 119131,2015.

[164] LA LEY 15998,2016. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 154/2012, de 9 de marzo (RJ 2012,5241) existe una conflictividad entre los progenitores cuya comunicación se realiza por mensajes de móvil que perjudican el interés del menor según informe psicosocial emitido; y. de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842) malas relaciones entre los cónyuges que impiden un mínimo de colaboración y diálogo.

[165] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015,5043); de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; y, de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016,30008) donde se indica que "una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar ele ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; y, de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018,460); y, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (JUR 2016,13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio de 2014 (JUR 2014,201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 (JUR

2015,166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 (JUR 2015,243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2015,10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de éstos a favor del otro.

[166] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011 (RJ 2011,3152); y, de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016,260) no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgos por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Y, es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marzo de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

[167] Roj: STS 2304/2016; ECLI:ES:TS:2016:2304.

[168] RJ 2016,2292.

[169] Roj: STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161.

[170] RJ 2017,352.

[171] Roj: STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255.

[172] RJ 2021,2616. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (RJ 2021,1427) la custodia compartida resulta incompatible con actos de violencia de género. Se trata de un patrón prolongado en el tiempo que, constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que además proyectó sobre la hija común, durante la sustanciación del recurso de casación que se dictó sentencia penal condenatoria con orden de alejamiento. Mal pronóstico de coparenting. Por todo ello, no se puede considera que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues, existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común que, no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además, sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.

[173] RJ 2021, 4972.

[174] Como indica el Preámbulo de la Ley "se modifica la Ley Orgánica 1/2004 con el objetivo de dar cumplimiento al Pacto de Estado contra la violencia".

También se da nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con la acreditación de situaciones de violencia de género que señala: *"Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta Ley se acreditará mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres prevista en esta Ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicio que la demandante es víctima de violencia de género. También podrá acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informa de los servicios sociales, de los servicios especializado, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativa de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedi-*

mientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género".

[175] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (JUR 2015,4751).

[176] RJ 2022,2220.

[177] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010,2329 y RJ 2010,2340); de 7 de julio de 2011 (RJ 2011,5008); y, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651).

[178] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842).

[179] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015,5043); de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5624); de 4 de febrero de 2016 (LA LEY 1554,2016); y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317,2016); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (LA LEY 207,2016); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 (JUR 2012,122859) el padre se haya incurso en diligencias previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de la orden de alejamiento; y, de 25 de abril de 2013 (JUR 2013,202016) padre condenando penalmente en sentencia firme como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio 2014 (JUR 2014,201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 (JUR 2015,166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 (JUR 2015,243595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2016,10519) existencia de una condena penal firme por violencia de género; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2015 (JUR 2016,127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

[180] Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 8 de octubre de 2013 (RJ 2013,8496); y, de 24 de junio de 2014 (RJ 2014,3574); y, las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 14 de abril de 2014 (LA LEY 70511,2014); y, de 1 de diciembre de 2014 (RJ 2014,6740).

[181] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 252/2011, de 7 de abril (RJ 2011,3152) padre condenado por amenazas al cónyuge y la existencia de un indicio de violencia en su comportamiento hacia su cónyuge; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 12 de enero de 2015 (JUR 2015,101696) episodio violento protagonizado por el padre y presenciado por las hijas que motivó la denuncia, lo que excluye la conveniencia de custodia compartida; y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 16 de octubre de 2015 (JUR 2016,25912) existencia de conflictividad reinante entre progenitores y los hijos, e indicios violencia en el hogar.

[182] UREÑA CARAZO, B. (2016). "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *LA LEY Derecho de Familia, año 3, número 11, julio-septiembre*, pp. 9-10.

[183] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (JUR 2015,4751).

[184] LA LEY 1554,2016.

[185] LA LEY 52462,2016. Por su parte, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 30 de septiembre de 2015 (núm. Recurso: 10238/2015) (JUR 2015,236038) tras la condena de Inocencia por delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia de la hija menor de ambos, acuerda la pena de privación de patria potestad de Inocencio en relación a su hija menor María, y asimismo, a la pena de alejamiento en relación con la indicada menor hasta que llegue a la mayoría de edad; en la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2014 (RJ 2014,1825) en cambio, pese haber terminado con sentencia firme condenatoria en un proceso penal entablado contra la madre por violencia intrafamiliar, el

juez no impone a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

[186] RJ 2015,5043.

[187] RJ 2015,564.

[188] RJ 2016,1698.

[189] Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, núm. 8/2013, de 12 de febrero (RJ 2013,12890) ante esta situación el informe psicológico practicado, recomienda el cuidado de la hija a favor del padre y un incremento de los contactos entre madre e hija. Influencia negativa de la madre predisponiendo a la menor contra su padre.

Por su parte, GUERRA GONZÁLEZ, J. (2025). "Yo (me) acuso-Alienación parental hecha fácil", *Diario LA LEY, número 10672, sección Tribuna, de 25 de febrero*, p. 2 señala que "la ruptura intencionada e injustificada del vínculo entre padres e hijos, comúnmente llamada alienación parental (AP), es probablemente el último caso de maltrato infantil todavía ignorado. Como resultado, aún se desampara a las víctimas y se blanquea a quienes las agreden". Si bien, matiza que "a veces es necesario cortar deliberadamente los lazos parentales en beneficio de los menores, por ejemplo, en caso de su acogida forzosa por su abuso grave y flagrante. La proporcionalidad de la medida será clave para decidir si esta intervención alienadora está justificada, pues, la mera ruptura del vínculo parental supone por sí misma un perjuicio considerable para los hijos". Por tanto concluye "si el daño del que queremos proteger al menor es mayor que el causado por cortar el vínculo parental a través de nuestra intervención, entonces será esta proporcionada y, por lo tanto, también justificada y aceptable desde el punto de vista del bienestar del menor y, si no debería omitirse la misma".

[190] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj: STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

[191] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226) no procede la guarda y custodia compartida por condena en un procedimiento penal por actos prolongados de vejación de un progenitor (padre) al otro progenitor (madre); y, de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES.TS:2021:2255) progenitor incurso en un procedimiento penal de agresión a la madre. No procede la guarda y custodia compartida, al no tener el *coparenting* buen pronóstico.

[192] Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

[193] BOE, número 195, de 15 de agosto de 2022, pp. 118535 a 118545.

[194] RJ 2023,800.

[195] JUR 2023,444836.

[196] Vid., el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial en su reunión del día 13 de noviembre de 2024) favorable al citado Anteproyecto; igualmente, en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social relativo al mencionado Anteproyecto, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 24 de julio de 2024.

El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de julio de 2024; el Informe de la Plataforma del Tercer Sector al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores en entornos digitales julio 2024, entre otros, el 265 de marzo de 2025 el Consejo de Ministros Ha remitido a las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica para proteger a los menores de edad en los entornos digitales. la futura Ley establece que, en el ámbito digital, los menores de edad tienen derecho a ser eficazmente protegidos, a la información veraz y al acceso equitativo y efectivo, a dispositivos y conexiones digitales. La

norma busca tutelar los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen y favorecer un uso responsable de las tecnologías a través del fomento de las competencias digitales.

La norma, asimismo, recoge la obligación para los fabricantes de terminales móviles de que estos dispongan de sistemas de control parental que sean efectivos, gratuitos y accesibles. además, regula de manera exhaustiva el acceso y la activación de los denominados "mecanismos aleatorios de recompensa (también llamados "loot boxes") presentes en algunos videojuegos y plataformas, un punto que se ha trabajado ya en el seno de la Comisión Europea.

En el ámbito educativo, el texto conjuga el fomento de las competencias digitales con la obligación que los centros educativos regulen expresamente el uso de los dispositivos móviles y digitales, tanto en las aulas como en las actividades extraescolares, de acuerdo con las normativas autonómicas que ya existen o que tendrán que aprobarse.

En relación con las violencias que tienen lugar en el entorno digital, la futura ley Protege de manera muy especial a los y las menores de la violencia de género y de la sexual. La víctimas contarán con acceso pleno a servicios de información, orientación y acompañamiento psicológico, social e incluso jurídico.

En el campo sanitario, se obliga a las administraciones competentes a elaborar guías y programas de promoción de la salud con énfasis en la prevención de comportamientos adictivos que pueden generar las redes sociales,

Los poderes públicos deberán también elabroar una estrategia nacional para la protección de la infancia y la adolescendcia n el entorno difgital que acomppañe al nuevo marco legislativo.

Entre los grandes ejes de esta estrategia, se opta por un plan de alfebatuiaci´ñiobn mediática para que los niños, niñas y adolescentes conozca sus derechos en este ámbito y separan como ejercerlos. También el Gobierno pretende poner en marca en colaboración con los Ayuntamientos y la Federación Española de Municipios y Provinciales, una escuela de madres y padres para los entornos digitales. igualmente, se pretende impulsar laboratorios públicos de cultura digital, concebidos como espacios de creación, participación y desarrollo para los menores y jóvenes Otro pilar de la estrategia lo constituye un oplan de investigación sobre los efectos d ela tecno,logia ern los menores.

Por otra parte, lel proyectyo de ley reforma diversas normas para reformz<a lla protección de los menroes en el entorno digital. en primer lugaqr, modifica la legislación para permitir la intervención judicial a la hora de ejecutar una medida de interrupción temporal de un servicio digital que este ofreciendo contenido inadecuado a los menores o la retirada de ese contenido.

Además, introduce cuatro novedades en el Código Penal, incorpora en el catalogo de penas la prohibición que los agresores se comuniquen con las víctimas en los entornos digitales; establece como delito poner a disposición de los menores material pornográfico de manera indiscriminada; tipifica como delitos contra la integridad moral los "deepfakes" (ultrafalsificaciones creadas con el ánimo de parecer reales en las que se usa la imagen o la voz de una persona), de contenido sexual o gravemente vejatorio; y considera como agravante en los delitos contra la libertad sexual la creación por parte de personas adultas de perfiles falsos para parecer menores y ganarse así la confianza de las víctimas. Se procede a modificar la legislación sobre grooming para agravar los delitos contra la libertad sexual, se crea las "ordenes de alejamiento digital" que impedirá a los agresores comunicarse con sus victimas en entornos digitales. En fin, se establece una protección especial contra las violencias de género y sexuales en entornos digitales, reconociendo a los menores como víctimas.

Por último, se modifica la Ley General de Comunicación Audiovisual para que los grandes operadores de comunicación y los "influencers" con un número elevado de seguidores cuenten obligatoriamente con canales de denuncia ante contenidos inapropiados para los menores. además, deberán informas del contenido que pueda ser perjudicial para los menores, utilizar sistemas de verificación de edad que sean efectivos y separar los contenidos de naturaleza pornográfica o violenta del resto.

En este contexto, el Consejo de Ministros también ha abordado la transposición de una directiva europea relativa a la definición de delitos y las sanciones por la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea. entre otras novedades, se prevé la responsabilidad penal por el incumplimiento de las medidas restrictivas de la UE por parte de personas jurídicas que podrán ser sancionadas de acuerdo a su facturación mundial. también se modifica el delito de blanqueo de capitales para agravar la pena cuando los bienes provengan de la comisión de un delito contra el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE.

[197] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2024 (JUR 2024,237965) señala que no puede establecerse un régimen de visitas entre abuelos y nietos cuando no hay impedimento de relación entre ambos o cuando la que se permite no resulta injustificadamente insuficiente. La abuela paterna de un menor presentó una demanda contra la madre del niño en solicitud de efectividad de los derechos del artículo 160 del CC, pidiendo que se fijara un régimen de visitas respecto de su nieto. A ello se opuso la demandada, que negó haber impedido a la actora visitar a su nieto y señaló que estaba con él todas las semanas. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no se estaba ante el supuesto de un menor que no mantiene relación con su abuela paterna porque así lo estén impidiendo los progenitores, pues, la relación personal entre abuela y nieto ya está teniendo lugar con ocasión del régimen de visitas paterno filial establecido en la sentencia de divorcio. Interpuesto recurso de apelación para la actora, fue estimado por la Audiencia Provincial que, revocó la sentencia de instancia y fijó un régimen de visitas consistente en una estancia intersemanal los miércoles de las semanas en las que no corresponda al menor estar el fin de semana con su padre. Disconforme la madre del niño con este pronunciamiento, deduce recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. Recuerda que al aplicar e interpretar el artículo 160.2 del CC en lo que respecta a las relaciones entre abuelas y nietos, ha dicho que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, ya que ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, y que, no obstante, el precepto permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, teniendo siempre como guía fundaméntela al interés superior del menor. Sin embargo, aclara que lo que no ha dicho la Sala es que el artículo 160.2 del Código Civil se pueda aplicar cando no existe impedimento a la relación entre los nietos y los abuelos o cuando la que se permite, no resulte injustificadamente insuficiente. Comparte el criterio del fiscal que del propio tenor literal del precepto y de una interpretación teleológica del mismo se desprende que sólo procede el reconocimiento de visitas a los abuelos para poder relacionarse con sus nietos cuando efectivamente se les impida tener relación con los nietos o cuando, dadas las circunstancias concurrentes, ese acceso sea muy restringido y el interés del menor exija ampliarlo. Es, por ello, que considera el Alto tribunal que la decisión de la Audiencia en el caso enjuiciado no es correcta porque aplicar indebidamente el artículo 160 del CC y no está amparada por la doctrina jurisprudencial. Asimismo, explica que, establece un régimen de visita a favor de la abuela sin considerar que lo pretendido en la demanda se fundamenta, únicamente, en la afirmación de la actora que la demandada le impide sistemáticamente visitar a su nieto, y sin invalidar ni enmendar los hechos probados de la sentencia de primera instancia, en la que se declara que la demandante sí tiene relación con su nieto, puesto que convive con su hijo, el padre del niño y, por lo tanto, lo ve y puede estar con él cuando se encuentren el régimen de visitas con su padre. Para el Tribunal Supremo, además, la decisión de la Audiencia es en cierta medida paradójica, pues provoca que la relación personal del menor con su abuela sea incluso mayor que la que tiene con su padre, al añadir a la que ya mantiene a través del régimen de visitas del que disfruta su hijo; la que resultaría de la estancia intersemanal los miércoles en la semana que no corresponda con el fin de semana con el padre.

Por otra parte, la posibilidad de relacionarse con su tía paterna se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2025 (JUR 2025,13024). En este

caso, la sentencia recurrida parte del interés de Virtudes en mantener relaciones con las dos ramas de la familia, y en particular con la hermana por parte de padre. La valoración que realiza sobre este particular la Audiencia no cambia porque con posterioridad se haya dictado la sentencia penal que condena al padre, entre otros delitos, por violencia de género, y le haya privado de la patria potestad durante cinco años, pues la sentencia no se refiere a las relaciones con el padre, sino que pone en valor la relación con la hermana, no solo por lo favorable que genéricamente puede resultar para los menores el mantenimiento del mayor número de relaciones familiares con ambas ramas, sino por el interés concreto y específico de Virtudes en una relación fraterna, su recuperación o reinicio, apuntando a los beneficios de una relación que puede mantenerse indefinidamente, y que solo por circunstancias excepcionales debe perturbarse. Más adelante, la sentencia refuerza este argumento apuntando al beneficio que derivaría para Virtudes de que la relación con su hermana no se pierda definitivamente ponderando también las decisiones adoptadas por la madre y que han influido en el arraigo de su hija y en las relaciones estables que mantenía con un conjunto de allegados y familiares en su ciudad de origen, Huelva, y que la Audiencia considera que podrá verse favorecido precisamente por la medida que adopta, tendente a lograr una consolidación del conjunto de relaciones personales de la menor y en su propio beneficio. En este contexto, la Audiencia, para estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda y rechazó el establecimiento de las visitas o comunicaciones con la hermana por parte de padre, ateniendo a unas razones muy concretas. En primer lugar, la sentencia recurrida, que escuchó a Virtudes y a Amalia, subsanando así la omisión en que incurrió el juzgado al rechazar la exploración solicitada por la demandante, da poca credibilidad a las manifestaciones de Virtudes sobre su voluntad de no querer tener contacto con su hermana, manifestaciones que la Audiencia considera que pueden venir influidas o sugeridas por la madre o por su defensa, tanto por el lenguaje impropio de su edad, por su discurso forzado y formal, por su exposición menos natural y creíble que cuando habla de otros aspectos de su vida. En segundo lugar, la sentencia recurrida afirma que no hay nada en la causa, ni en las manifestaciones de Virtudes que invite a pensar que tiene temor o siente temor de su hermana Amalia, o incluso de su padre, y que lo que decía no era en realidad tener miedo, aprensión o dudas sobre las consecuencias de una entrevista o contacto con su hermana, sino más bien reflexiones generales —que la sentencia, con arreglo a la valoración conforme a la sana crítica, considera como poco naturales en una niña de esa edad— a propósito de las consecuencias que debe tener un acto de maltrato cometido por su padre. En tercer lugar, la sentencia recurrida declara que no hay constancia de que Amalia haya cometido alguna clase de violencia o tenga algún enfrentamiento con ella, más allá de la evidente discrepancia que tiene con la madre de Virtudes, la demandada, con su letrado y con Verónica, respecto a los hechos que dieron origen a la condena penal. Finalmente, la sentencia recurrida hace referencia a los sentimientos de Amalia y su voluntad de desplazarse desde Huelva a Córdoba para mantener la relación con Virtudes, lo que no significa que la Audiencia priorice el interés de la hermana, que ya es mayor de edad, sino que toma en consideración la expresión del verdadero deseo de la hermana de fomentar una relación fraterna que la sentencia recurrida considera beneficiosa para la menor. Frente a esta motivación, el recurso de casación no combate los datos objetivos de los que parte la sentencia, y se limita a cuestionar la valoración del interés de Virtudes por entender que lo que se busca con la solicitud de visitas a favor de la hermana es esquivar la suspensión del régimen de visitas con el padre. Pero esta alegación no puede prosperar. No se trata en el caso de la comunicación de la niña con el padre, sino con una hermana de la niña por parte de padre, y la sentencia recurrida, tras apreciar el interés de la niña en el establecimiento de un sistema de comunicación entre las hermanas en los términos que hemos expuesto, da cumplimiento al mandato que se deriva del segundo párrafo del artículo 160 del CC de asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores. En este sentido, la Audiencia ha establecido un minucioso sistema de comunicaciones tuteladas y en

un punto de encuentro, que va acompañado de las garantías que derivan de la supervisión judicial en ejecución de sentencia a las que se refiere expresamente la propia sentencia, de tal manera que se evita que el riesgo temido por la recurrente pueda materializarse. El recurso de casación, en definitiva, va a ser desestimado, porque la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala, ya que ha valorado el interés superior de Virtudes, sin que la recurrente haya desvirtuado los datos objetivos en los que se basa la decisión de la sentencia, que se ajusta al canon de motivación reforzada exigido constitucionalmente para la ponderación del interés de la niña.

De nuevo, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2025 (JUR 2025,13032) sobre la relación de abuelos con el nieto. Al respecto, manifiesta que, la resolución impugnada, que reconoce el derecho de los recurridos a relacionarse con sus nietos, es correcta. Se ajusta al marco legal y a la doctrina jurisprudencial que protege las relaciones personales del menor con sus abuelos, salvo que concurra una justa causa que lo impida. Respeta, asimismo, el principio fundamental del interés superior del menor. La Audiencia Provincial considera que la madre influye en el aparente rechazo de los menores hacia sus abuelos y no acepta la absolución del padre en el proceso penal. Observa que la sentencia que lo absuelve menciona una grabación realizada por la madre a los niños, considerada poco espontánea y con preguntas dirigidas, además, se destaca que el informe realizado por las psicólogas forenses fue calificado por el tribunal penal como «no excesivamente riguroso». Valora que la relación entre abuelos y nietos, antes constante y fluida, desaparece en torno al juicio penal y se corta por completo tras la sentencia absolutoria. Señala que los problemas psicosomáticos de Braulio se detectan después de que la madre hablara con los niños sobre el proceso. Además, la Audiencia Provincial resalta que, a pesar de los intentos persistentes de los abuelos por restablecer la relación, no lograron recuperar el contacto con los menores.

Por su parte, el tribunal de apelación concluye que los abuelos reúnen las condiciones necesarias para poder relacionarse con sus nietos y que la razón principal del rechazo, las referencias al padre, parece responder más al interés de la madre que a un perjuicio real para los menores. La Audiencia Provincial no considera que esta razón sea suficiente para impedir el contacto entre los abuelos y los menores, aunque advierte que los abuelos, al menos en este momento, deben abstenerse de hablar insistentemente del padre a sus nietos. En este sentido, el tribunal también señala que el problema con el padre es un asunto distinto y que lo que se está resolviendo en este caso es la relación de los menores con sus abuelos. Nuestra jurisprudencia ha subrayado la importancia de preservar las relaciones entre los menores y sus abuelos, dado que estos desempeñan un papel fundamental en la transmisión de valores, la estabilidad emocional y la cohesión familiar. Además, el régimen de visitas establecido por la Audiencia Provincial, que restringe lo que los abuelos originalmente solicitaban, y la advertencia de que el régimen puede suspenderse o limitarse, «si se observara, a juicio del juez, algún perjuicio para los menores, como pudiera ser la insistente referencia al padre por parte de los abuelos», minimiza el riesgo y asegura la protección del bienestar de los niños. Por otro lado, los argumentos de la recurrente y la fiscal no logran desvirtuar lo esencial de la resolución recurrida: el reconocimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos y la inexistencia de una justa causa que impida dicho contacto. Dado que el padre de los menores ha sido absuelto de los delitos por los que fue juzgado y la sentencia absolutoria es firme, resulta improcedente seguir aludiendo a las acusaciones de agresión sexual o sostener que el contacto de los niños con sus abuelos puede hacerles revivir situaciones dolorosas y perjudiciales. El principio de presunción de inocencia y el efecto de una sentencia absolutoria firme impiden mantener un estigma sobre el padre y utilizarlo como argumento para restringir derechos o relaciones familiares. Es cierto que, en la exploración, los menores manifestaron que les incomodaba que sus abuelos les hablaran de su padre y que, por este motivo, no querían verlos. Sin embargo, también se desprenden de sus declaraciones elementos que matizan esta postura. Braulio reconoció que, más allá de esa cuestión, la relación con sus abuelos era buena, que los trataban bien, jugaban juntos y no había ningún problema.

Afirmó que le gustaba estar con ellos, al igual que a ellos con él. Por su parte, Natalia mostró una negativa más firme a retomar el contacto, pero admitió que antes de la interrupción veía a sus abuelos regularmente, que quedaban en parques, jugaban y se divertían, y que llevaba años viéndolos sin problemas.

Ciertamente, es difícil justificar, salvo que se asuma que hasta entonces los abuelos nunca mencionaron al padre —lo cual no es lógico ni razonable— que el contacto se suspendiera de forma repentina justo cuando se aproximaba el juicio penal. Este hecho refuerza la apreciación de la Audiencia Provincial de que la menor podría estar influenciada por su madre, con quien, al igual que su hermano, habló previamente sobre la exploración que se les iba a realizar. Es comprensible, atendido lo expresado por los menores, que, en la relación entre los abuelos y aquellos, se eviten las referencias constantes al padre. Sin embargo, ello no implica que se deba imponer un silencio absoluto sobre su figura. Prohibir cualquier mención, incluso para afirmar que el padre es inocente y que los quiere, supondría una censura desproporcionada que podría afectar tanto la identidad de los menores como su derecho a mantener vínculos con su familia paterna. Condicionar la relación entre los abuelos y los nietos a la negación absoluta de la existencia del padre implicaría una interferencia artificial en la construcción de la realidad familiar de los menores. Por tanto, aunque los abuelos deben actuar con sensibilidad y prudencia al abordar este tema, la exclusión total de cualquier referencia al padre carece de justificación y no puede basarse en el interés superior de los menores. Esto responde más bien a una interpretación sesgada de la situación que desconoce tanto el efecto jurídico y social de la absolución como la verdadera protección de dicho interés. No se garantiza mejor la protección del interés superior de los menores eliminando por completo, sin motivo, cualquier mención al padre por parte de los abuelos, independientemente de si dicha mención es pertinente en el contexto de la relación de estos con sus nietos. El interés superior del menor debe ser el principio rector en todas las decisiones que le afecten. Aunque la opinión del menor es relevante, no es vinculante. Lo que procede es evaluar todas las circunstancias del caso para determinar lo que es más beneficioso para el menor, incluso si ello difiere de su deseo expreso. La sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declara en este sentido: «La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, "no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas). "(...) la doctrina de la Sala (...) ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.". Finalmente, el argumento que atribuye a los abuelos la causa de los padecimientos de Braulio carece de fundamento. Los síntomas físicos, como los dolores abdominales que llevaron a su ingreso hospitalario no surgieron mientras mantenía contacto con sus abuelos, sino que comenzaron —en febrero de 2022— cinco meses después de haber dejado de verlos. Además, la hipótesis de dicho trastorno no está relacionada con la conducta de los abuelos, sino con un "conflicto no resuelto y/o con la amenaza de verse expuesto a una situación de riesgo". Este planteamiento se relaciona con lo que la madre refirió a los médi-

cos sobre la denuncia de abusos sexuales interpuesta contra el padre y la posterior sentencia absolutoria. Todo ello refuerza, también, la apreciación de la Audiencia Provincial de que la madre habla con los niños sobre el proceso penal y que, poco después, Braulio comienza a experimentar dolores y dificultades en la deambulación que finalmente se consideran de origen psicosomático. En definitiva, para la Sala de lo Civil, la resolución de la Audiencia Provincial debe considerarse correcta y adecuadamente motivada, ya que se basa en el principio fundamental del interés superior del menor, el cual exige garantizar el derecho de los menores a mantener relaciones personales con sus abuelos, salvo que exista una justa causa que lo impida. El tribunal ha valorado la importancia de preservar estas relaciones familiares, actuando con prudencia y cautela, y demostrando sensibilidad hacia los sentimientos de los menores. En este sentido, ha subrayado la necesidad de que los abuelos eviten, en este momento, referirse de manera insistente a su hijo cuando estén con sus nietos, advirtiendo que la relación podría suspenderse o limitarse si tales referencias causan perjuicios a los menores. No obstante, no ha excluido de forma absoluta la figura paterna, especialmente considerando la absolución —ya firme— del padre en el proceso penal. Además, no se ha demostrado que la relación con los abuelos cause perjuicios a los menores, y la incomodidad o negativa expresada por ellos no constituye una justificación suficiente para impedirla, ya que su voluntad no determina automáticamente y por sí sola su interés superior. Por las razones expuestas, se desestima al recurso de casación.

En fin, también se contempla este derecho de relacionarse de padres e hijos, el artículo 60.1 del Código Foral aragonés: "El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja". Asimismo, el artículo 75.2 establece que "la finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas". También, el artículo 44 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia "los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil, y en particular, con los abuelos".

[198] BOE, número 21, de 24 de enero de 2009; RTC 2008,176. Asimismo, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,36670) el régimen de visitas se configura como un derecho inexcusable de los hijos menores encaminada a favorecer su correcto desarrollo en todos los órdenes, evitando con él, las disfunciones que puede originar la falta en su vida de una de las figuras paternas, padre o madre, con todo lo que tal referencia comporte para su personas. Será el previo acuerdo de las partes la que determine de qué modo se cumple el régimen de visitas en función de sus necesidades.

[199] Roj STS 5537/2014; ECLI:ES:TS:2014:5537.

[200] RJ 2002,5905. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486029) se propone un derecho de visitas a favor del padre (condenado como autor de dos delitos de violencia de género) sin dar a los menores la oportunidad de ser oídos. Existe una necesidad de dar audiencia a los menores. El argumento de la Audiencia Provincial consistente en que "es más que previsible que la interrupción prolongada de contacto entre ellos debilite progresivamente el vínculo, de manera que de no invertirse ese escenario a corto plazo al final acabe perdiéndose de una forma irreparable". Además, no supera el canon de motivación reforzada que exige el artículo 94 del CC, cuando está en juego el interés superior de los menores. De ahí que, procede la nulidad de la sentencia de apelación con retracción de las actuaciones a los efectos que se dé a los menores la oportunidad de ser oídos, con sus pensión interina del régimen de comunicación.

[201] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2024 (JUR 2024,229310).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,2864) las visitas del padre acordadas son casi equivalentes a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior le menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que de llevo a cabo el amplísimo régimen de vistas con pernocta. Capacidad de ambos progenitores.

[202] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 (RJ 2020,2294); de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165); y, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) en caso de custodia compartida.

[203] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", *op. cit.*, pp. 206-207; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). "Comentario al artículo 94 del Código Civil": En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, p. 239.

[204] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,2656) se acuerda un régimen de visitas de los progenitores residentes en países distintos. Respecto a los gastos de desplazamiento de determina un reparto equitativo de cargas tanto si se desplaza el menor, como si uno de los progenitores es quien se traslada al lugar del domicilio de aquél. Carga económica que no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con la actualización anula conforme al IPC, por un criterio elemental de proporcionalidad.

[205] ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, Madrid: La Ley, p. 22.

[206] JUR 2001,23839.

[207] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", *op. cit.*, p. 206

[208] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). "Comentario al artículo 94 del Código Civil", *op. cit.*, p. 239.

[209] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2025 (Roj: STS 611/2025; ECLI:ES:TS:2025:611) se establece un régimen de visitas progresivo del padre en un punto de encuentro familiar de domicilio de la niña nacida en 2027. Argumenta el Alto Tribunal que: "(….) La Audiencia parte, y acepta de una forma acrítica, del criterio establecido en el auto de medidas civiles dictado en 2017 en el marco de un procedimiento por violencia de género que finalizó con condena para el padre, en el que las partes pactaron ese régimen de visitas, pero sin tener en cuenta que en aquel momento las circunstancias eran muy distintas a las actuales ya que ambos progenitores residían en la misma localidad. De esta forma, la Audiencia extrapola sin mayores consideraciones un sistema común u ordinario de visitas, olvidando las circunstancias concretas concurrentes y sin tener en cuenta la situación presente que ha cambiado radicalmente en cuanto que los domicilios de ambos progenitores, se encuentra a una distancia de más de 1100 kilómetros, existe una clara falta de entendimiento entre los progenitores. Tampoco valora la ausencia de relaciones entre padre e hija desde que nació, ni la falta total de conocimiento por la niña de su padre". Lo que hace la Audiencia es simplemente "mantener el régimen que se fijó en su día con apoyo en una presuposición, no comprobada, negada por la madre y no invocada ni sostenida por el padre, acerca que ya se está ejecutando sin problemas el régimen de visitas desde el dictado de la sentencia de instancia, algo que por otra parte, como bien señala la fiscal, es impracticable en sus propios términos dada la distancia existente". De ahí que, "el recurso de casación, en definitiva, sea estimado porque la sentencia recurrida de forma manifiesta ha prescindido de las circunstancias del caso para valorar el interés de la niña a la hora de fijar el régimen de visitas con el padre" y, concluya la citada resolución "que la sentencia recurrida no ha tomado en absoluto en consideración las circunstancias específicas concurrentes y por ello

no establece un régimen de visitas realista y de posible ejecución y acorde con el interés de la menor, que como señala la jurisprudencia es dinámico. En consecuencia, casamos la sentencia en el único extremo referido al régimen de visitas que mantuvo. Al asumir la instancia, debemos partir de que el interés de la niña y su estabilidad emocional requiere que se impulse la creación de un vínculo afectivo hoy por hoy inexistente entre el padre y la hija, tal como advierte la fiscal. Procede por tanto establecer un régimen progresivo de contactos supervisado por el punto de encuentro familiar que, en su caso, podrá desembocar en un régimen más amplio, en sintonía con el criterio mantenido por la jurisprudencia en situaciones similares en las sentencias 251/2018, de 25 de abril, y 394/2017, de 22 de junio. Por ello, de acuerdo con lo solicitado por la recurrente y con el informe del Ministerio fiscal, fijamos un régimen de visitas del padre con la niña, supervisado y limitado inicialmente a sábados y domingos alternos con una duración de 3 horas cada día a realizar en el PEF más cercano al domicilio de la niña, con un progresivo incremento de tiempos y flexibilidad en la supervisión a la luz de la evolución de los contactos padre e hija y que será decidida por el juzgado en ejecución de sentencia a la vista de los informes de evolución del equipo psicosocial".

[210] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2025 (Roj: STS 573/2025; ECLI:ES:TS:573:2025) indica al respecto que, en el presente caso, es necesario partir de un hecho relevante, la absolución del padre de la menor de los delitos de violencia de género por los que había sido acusado, que elimina este elemento valorativo de las circunstancias concurrentes. La sentencia de lo penal deja sin efecto las medidas cautelares adoptadas en el proceso criminal. Otro elemento valorativo de importante ponderación circunstancial es la evolución favorable de las relaciones padre e hija, tal y como como resulta de los informes del PEF. En efecto, en la evaluación, de fecha 1 de noviembre del año 2022, consta, en el apartado correspondiente a la actitud y grado de colaboración de las personas que ejercen el derecho de visitas, que el recurrente se muestra cariñoso y cercano hacia la niña, observándose constantes muestras de cariño mediante expresiones tanto verbales como no verbales. La actitud de la niña es relajada y disfruta con naturalidad y espontaneidad de los encuentros con su progenitor. Durante las despedidas se observa al padre emocionado con constantes caricias, besos y arrumacos hacia la niña. En muchas ocasiones, D. Esteban acude a las entregas y recogidas acompañado por su madre —abuela paterna de la niña—, quien se muestra también cercana y cariñosa con la menor. Ésta reconoce las figuras presentes y responde con reciprocidad a las muestras de afecto, verbalizaciones y estímulos que le presentan. Se siente cómoda en la interacción con tan próximos familiares. En el apartado valoración, propuestas y recomendaciones, consta que el equipo del PEF estima beneficiosos los encuentros entre la menor con padre y abuela, así como valora "positivo poder seguir avanzando y ampliar el régimen de visitas, teniendo en cuenta el beneficio que se estima, tanto para la menor como para la relación paternofilial". En el mismo sentido, se expresa la evaluación de dicho centro de fecha 15 de mayo del 2023. En el informe elaborado al respecto consta, en el apartado actitud de la niña, que es favorable y se muestra alegre en sus encuentros.

El progenitor responde a las atenciones de la niña de manera afable y cariñosa. Durante el tiempo de espera, padre e hija se entretienen jugando e interaccionando. Si la menor presenta necesidades físicas o emocionales busca a su padre de quien obtiene respuesta inmediata. Se constata la evolución positiva y se reitera la recomendación de ampliar el régimen de visitas hasta alcanzar su normalización. En definitiva, de dichos informes resultan las buenas relaciones existentes entre padre e hija, las habilidades parentales del recurrente para atender a las necesidades tanto físicas como emocionales de la menor, la interactuación positiva entre ellos, así como con la abuela paterna. Todo ello unido, además, al interés sincero del padre de mantener los contactos con la menor mediante sus desplazamientos para comunicarse con su hija. No existen indicios de ninguna clase relativos a que los contactos padre e hija puedan de alguna forma incidir negativamente en el ulterior desarrollo de la personalidad de la niña; lejos de ello, se reputa positivo para el interés de la menor contar con una figura paterna de referencia con la que le unan vínculos de afectividad de los que deriven deberes

de cuidado, atención y satisfacción de las necesidades de la niña por parte de su progenitor, cotitular de la patria potestad sobre la menor (artículo 154 del CC). Se pondera también que la niña, nacida en 2020, cuenta ya con cuatro años. Otro dato, igualmente favorable, es la disposición de una vivienda en localidad próxima al domicilio de la niña para poder comunicarse con su padre los fines de semana. En virtud de lo argumentado, consideramos procede ampliar el régimen de visitas entre el padre e hija de la manera postulada por el recurrente, apoyada por el Ministerio Fiscal, de fines de semana alternos, desde el viernes a las 19 horas hasta el domingo a las 19 horas, con entrega en el punto de encuentro y con pernocta con el padre. Consideramos también prudente la medida interesada por el Ministerio Público de revaluar la situación cara a la ampliación del régimen de visitas y su fijación en periodos de vacaciones, lo que se acordará, en su caso, en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes, transcurrido un periodo de cuatro meses desde la fecha de esta sentencia y con los informes que el juez considere oportuno recabar a tales efectos.

[211] RJ 2005,7734.

[212] Roj: STS 4900/2015; ECLI:ES:TS:2015:4900.

[213] La cursiva es nuestra.

[214] CARO HERRERO, G. (2021). "Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género", *Revista de Derecho de Familia, número 93, octubre-diciembre*, p. 19 precisa al respecto que este factor riesgo "puede inferirse para cada caso concreto con relativa precisión a la luz del conjunto de pruebas practicadas, y en especial, de los informes psicosociales, capaces de ilustrar de forma decisiva y determinante al tribunal sobre las restricciones y progresividad en el régimen de visitas cuando se proceda a su limitación".

[215] RJ 2011,2311.

[216] RJ 2022,3742.

[217] JUR 2024,20654 y JUR 2024,237985.

[218] RJ 2017,5439.

[219] RJ 2012,8190.

[220] Roj. STS 252/2025; ECLI:ES:TS:2025:252.

[221] JUR 2025,9113. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial, dictada el 22 de enero de 2022, al resolver el recurso de apelación, precisa que sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, y en una correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 94 del Código Civil, cuando por circunstancias, incluso no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre los hijos y dicho progenitor no custodio, en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores. Y aunque admite que es posible que el padre se haya alejado del menor, considera que ello no justifica la supresión del régimen de vistas, de modo que lo que ha de intentarse es recuperar la relación paterno-filial, antes de poner fin a la misma. Añade la sentencia de apelación que debe haber una colaboración de ambos progenitores que permita reflexionar a los mismos y adoptar un cambio en su comportamiento, de manera especial, el que no cumple lo estipulado, o en su caso, obstaculiza la relación, ya que si ambos progenitores colaborarán la relación paterno filial sería mucho más fructífera y ello redundaría, sin duda alguna, en el bienestar del menor.

La indiferencia manifestada por el padre durante todo el proceso, durante el cual nunca ha intentado ponerse en contacto con su hijo, y que solo ha litigado para pedir una reducción de la pensión de alimentos, sin ni siquiera personarse en este recurso de casación para hacer alegaciones, pone de manifiesto el escaso interés en mantener la relación con su hijo, y coincide con lo manifestado tanto por la madre como por el menor, que ha señalado que apenas le ve, no conoce su casa y nunca cumple lo que promete.

El artículo 94 del Código Civil, tras reconocer los derechos de visitas y a comunicarse con los hijos menores, establece que la autoridad judicial podrá limitar o suspender tales derechos si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave

o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Coincidimos con los argumentos de la madre y de la fiscal cuando observan que, mantener a toda costa y a pesar de reiterado desinterés y alejamiento del padre el régimen de visitas, aunque sea de un fin de semana al mes, en aras de restaurar una relación paterno-filial inexistente, no parece una decisión basada en sólidas razones, sino que es una decisión escasamente motivada y que resulta alejada del interés superior de Lucio, que en mayo hará dieciséis años, y manifestó su deseo de no ver a su padre, matizado por la indiferencia o falta de interés del padre. Imponer una régimen de visitas con su padre de un fin de semana al mes con pernocta a un menor con una evidente madurez por su edad, no sólo no fortalecería las relaciones, sino que podría incidir negativamente en el menor, ya que el padre apenas lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias. Por ello, y sin olvidar la importancia de mantener los vínculos afectivos paterno-filiales cuando existan, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, estimamos el recurso de casación y acordamos que no procede establecer un régimen concreto de visitas, sino que Lucio podrá relacionarse con su padre libremente cuando lo desee.

[222] JUR 2024,310125.

[223] JUR 2024,140089.

[224] JUR 2024,463375.

[225] En esta línea, se ha pronunciado CALZADILLA MEDINA, M.ª A. (2021). "La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio". En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.). *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, p. 223 cuando indica que "cierto es que no se está ante un procedimiento penal, pero si a "estar incurso en un procedimiento penal" o que un juez de familia detecte "indicios" de la posible comisión de los delitos reseñados, se le atribuye de manera inmediata, la privación de la relación con los hijos e hijas, podría llegarse a esta conclusión, pues, no se está ante la adopción de medidas cautelares constituidas en un procedimiento penal, sino que se está, no se olvide, en el marco de un procedimiento civil". por lo que añade que "la cuestión es ciertamente discutible y no debería sorprender que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad".

Asimismo, ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021) "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio", *Diario La Ley, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio*, pp. 12 y 16 que como precisa acertadamente "si la decisión que debe adoptar el juez civil por imperativo del nuevo artículo 94 del Código Civil, tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o bien en indicios revelados en el propio proceso civil de violencia intrafamiliar, tal vez la decisión adecuada sería asumir la decisión adoptada por el juez penal en el seno de su proceso, para lo que goza de instrumentos de tutela cautelar suficientes (artículo 544 bis, 544 ter y 544 quinquies de la LEcrim, entre otros) o bien, si el proceso penal aún no se hubiese indicado, trasladar la *noticia criminis* al orden penal con la suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en dicho orden".

[226] Roj. AJPI 22/2022; ECLI:ES:JPI:2022:22A.

[227] ECLI:ES:TC:2023:186A.

[228] Para MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). "Comentario al artículo 94 del Código Civil", *op. cit.,* p. 240 resulta dudoso "si fuera de este caso el Juez puede privarle de ese derecho cuando, a su juicio, el interés de los hijos así lo requiera, o si en esa hipótesis bastaría simplemente para suspenderlo".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016,3675) permite las visitas de los hijos al padre en el centro penitenciario acompañado de terceras personas; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 21 de junio de 2021 (LA LEY 148463,2021) fija como doctrina que, la situación de prisión del progenitor no puede implicar la suspensión del ejercicio de la patria potestad,

añadiendo a la condena penal unas consecuencias lesivas para el condenado ajenas al contenido de la pena. No puede añadirse como un implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Si el artículo 160 del Código Civil viene posibilitando esa continuación de las visitas con los hijos menores (con las debidas cautelas), parece lógico que esa estancia en prisión no implique, per se, suspensión de otros derechos no afectados por la pena. Además, añade al respecto que, tampoco existen actuaciones penales frente al padre por violencia contra la madree ni contra el hijo, por lo que la solicitud de suspensión debería fundamentarse en desacuerdos reiterados y constantes o en la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca o favorezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2000 (JUR 2001,254142) derecho del padre a comunicarse en prisión con sus hijos en tanto no pueda disfrutar de permisos ordinarios de salida.

[229] Precisamente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 2024 (JUR 2024,369216) el régimen de visitas dependerá de las concretas circunstancias concurrentes que deberán ser cuidadosamente ponderadas. En el caso de autos, ha existido un proceso de violencia de género contra el padre como consecuencia de los malos tratos y amenazas proferidas a la madre que, provocaron la correspondiente sentencia penal. Si bien, cuando se produjeron los hechos la niña no llegaba a los cuatro meses de edad, con lo que no tuvo constancia de ellos, ni, por tanto, dichos episodios violentos le pudieron causar repercusiones psicológicas en su desarrollo personal. Esos episodios de violencia de género no han vuelto a producirse y parecen superados. Trascurrido el primer trimestre de comunicación en el PEF, antes de pasar a la fase de salidas del centro con el padre, se recabará en informe psicosocial para evaluar la situación existente y configurar la ampliación, en su caso, del régimen de visitas, sometido a control judicial, hasta que pueda normalizarse la situación a través de un régimen convencional de visitas.

[230] JUR 2022,311534.

[231] Vid., el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020 (LA LEY 88185,2020) indica que "el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como una verdadero concepto jurídico indeterminado que, la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencia personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural, bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales". Asimismo, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 1 y de 14 de abril de 2011 (RJ 2011,3139; RJ 2011,3590); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 (AC 1998,3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329,2002).

[232] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928,1994); de 1 de abril d 2011 (LA LEY 14453,2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854,2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726,2012); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264,2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714,2013); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444,2014);

de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090,2014); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745,2014); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2095); y, de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a uno de los padres y la custodia de los hijos al otro, aunque éste solicitase tal custodia y no el uso de la vivienda; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (AC 1995,758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997,2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998,326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 (JUR 1998,89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070,1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 (JUR 2007,10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477,2007); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953,2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828,2010); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895,2011); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628,2012); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 julio 2012 (LA LEY 120942,2012); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164,2012); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050,2013); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742,2014).

[233] Vid., la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009,634).

[234] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil),* Navarra: Thomson Civitas, pp. 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que "el padre tiene que, prever y proveer" con especial cuidado de todo lo concerniente a "la persona y los intereses más personalísimos del hijo" y a su "vida social"".

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto éste no se extinga por voluntad de aquéllos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 30 de junio de 2014 (JUR 2014,295394).

[235] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416,2012).

[236] Roj. STS 32/2025; ECLI:ES:TS:2025:32.

[237] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107,2011); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426,2012).

[238] RJ 2011,3590.

[239] LA LEY 68745,2014. Asimismo, señala que "el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (artículo 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil". En esta línea, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007,3561); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril y de 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453,2011; LA LEY 90854,2011); de 30 de sep-

tiembre de 2011 (LA LEY 186204,2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726,2012); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422,2012); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899,2012); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714,2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090,2014); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232,2014); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164,2014); de 16 de junio de 2014 (RJ 2014,3073); de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014,6048); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5967); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017,1079); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413,2012); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de julio de 2012 (JUR 2012,357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de13 de mayo de 2014 (JUR 2014,151805); y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,355).

[240] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732,2011); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809,2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 septiembre 2016 (RJ 2016,4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008 dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438,2010) límite temporal máximo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663,2011) a dos años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,28571) a un año.

[241] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006,549); asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010,1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013,159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

[242] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4617/2021; ECLI:ES:TS:2021:4671) procede atribuir la vivienda al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de éstos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 55229,2011).

[243] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585,2013); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 117631,2007); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 175093,2012); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 52437,2013).

[244] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7447); y, de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919).

[245] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013,4375); de 16 de enero de 2015 (JUR 2015,47658) que señala, al respecto, que: "La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre"; de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919); y, de 17 de julio de 2023 (RJ 2023,4456) cuando se atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores de edad no permite establecer un límite temporal, dado que es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser militada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil: carácter familiar de la vivienda litigiosa; la posibilidad que los hijos no la precisaran,

al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear.

[246] PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). "La vivienda familiar", *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos,* 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 33343,2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquél; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre d 2005 (LA LEY 208063,2005); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 3028,2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

[247] RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 115; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.,* p. 386.

[248] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 277807,2010).

[249] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 91309,2003).

[250] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil): toria y práctica jurisprudencial,* Cizur Menor (Navarra): Civitas, p. 293.

[251] MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil), op. cit.,* p. 287; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.,* p. 398. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 octubre de 1994 (RJ 1994,7722); y, de 14 noviembre de 2012 (RJ 2012,10432); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2015 (JUR 2015,74784); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 d marzo de 2015 (RJ 2015,1165); de 29 de mayo de 2015 (RJ 2015,2273); de 23 de junio de 2015 (JUR 2015,2546); y, de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017,608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 25 de abril de 2013 (JUR 2013,200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de diciembre d 2015 (JUR 2016,180782).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015,19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por períodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

[252] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2220) atribución de uso de la vivienda por el plazo de dos años desde la presente sentencia a la esposa, período con el que se contribuye al nuevo escenario económico en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los menores; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999,1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

[253] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial,* Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil), op. cit.,* pp. 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.,* pp. 399-400; PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). "La vivienda familiar", *op. cit.,* pp. 535-536. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 4 de mayo de 2004 (JUR 2004,294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 171870,2013); y, de la Audiencia Provincial de Madrid,

secc. 22.ª, de 15 de julio de 2014 (LA LEY 129334,2014) se atribuye a la esposa durante dos años, si trascurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

[254] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2024 (JUR 2024,178823) atribución temporal de la vivienda de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación; y de 28 de noviembre de 2024 (JUR 2024,469599) atribución del uso a la esposa hasta la venta o liquidación como bien ganancial.

[255] RJ 2023,2467.

[256] RJ 2022,910.

[257] JUR 2024,223924.

[258] JUR 2024,15892.

[259] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

[260] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio 2012 (LA LEY 134899,2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

[261] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483); de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220); de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022,259) dificultades de asignación del modelo "casa nido". Asignación a la madre por el tiempo de dos años por su precaria situación económica, por la naturaleza ganancial de la vivienda y por venir conviviendo en ella madre e hija; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2272) atribución rotatoria del uso de la vivienda familiar; y, de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) se atribuye a la madre el uso de la vivienda, pues sus ingresos son inferiores a los del padre; por lo que, constituye el interés más necesitado de protección, la vivienda es ganancial y se concede el uso de la vivienda por un plazo de un año a contar desde la sentencia de casacón; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (JUR 2014,119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568,2014); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867,2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014,276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2014,298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016,248972).

En contra, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61) no es un sistema que, vele por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

[262] JUR 2024,392542. Atribución del uso al padre en el litigio de autos. No existe acuerdo entre los progenitores sobre su alternancia, la vivienda es privativa de aquél, sus ingresos son limitados y los superiores de la madre le permiten acceder a un alquiler; de modo que, está en situación de proporcionar al hijo común una vivienda durante el tiempo que le corresponda la custodia.

[263] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2017 (Roj. STS 2347/2017; ECLI:ES:TS:2017:2347).

[264] Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016,42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo

de 2014 (JUR 2014,135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (JUR 2014,178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 (JUR 2015,52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 (JUR 2014,246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 (JUR 201549497).

[265] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 (JUR 2014,234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (JUR 2014,233941) uso alternativo por periodos temporales.

[266] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 y de 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3323/2017; ECLI:ES:TS:2017:3323; y Roj. STS 3369/2017; ECLI:ES:TS:2017:3369); y, de 24 de mayo de 2021 (RJ 2021,2510) vivienda privativa de la esposa cedida temporalmente al esposo durante la crisis matrimonial. No cabe su atribución al esposo como vivienda familiar, aunque resida allí con sus hijos en los períodos de custodia compartida: tal cesión en precario no supone un acto propio. Su desalojo deberá efectuarse en procedimiento de desahucio dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar.

[267] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012). *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, *op. cit.*, 2012, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *La Ley, n.º 7105, año XXX, 2 de febrero*, p. 7. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013,7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014,5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 (RJ 2016,1321); de 27 de junio de 2016 (RJ 2016,2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; de 21 de julio de 2016 (RJ 2016,3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele dispone de ella, incluso en los períodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 23 de enero de 2017 (RJ 2017,363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; de 14 de marzo de 2017 (RJ 2017,878); de 10 de enero y de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018,74; RJ 2018,573); de 9 de mayo de 2018 (RJ 2018,1852); de 12 de junio de 2020 (RJ 2020,1574) un año desde la fecha de esta sentencia; de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165) limitación a dos años; y, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4459) a dos años; y, de 25 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5139). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661,2012); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2016 (JUR 2016,221681).

[268] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede a entrar

en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan.

[269] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) atribución del uso de la vivienda familiar a la madre (vivienda ganancial), pues sus ingresos son inferiores a los del padre, por lo que, constituye el interés más necesitado de protección. Concesión del uso de la vivienda familiar por el plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación; se considera un plazo prudencial para que lleve a efecto las oportunas gestiones para cubrir sus necesidades de habitación y teniendo en cuenta, además que, la madre, desde el año 2019, viene disfrutando de su uso exclusivo; y, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486032) atribución de sus uso a la esposa en atención a sus mayores dificultades para acceder a una vivienda en razón de sus menores ingresos. Limitación del uso a un año; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 10 junio 2013 (JUR 2013,317947) a la esposa.

[270] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (Roj. STS 973/2017; ECLI:ES:TS:2017:973); de 7 de junio de 2018 (RJ 2018,2857); de 22 de junio de 2021 (RJ 2021,2988); y, de 3 de enero de 2022 (RJ 2022,49).

[271] Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFA; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

[272] LA LEY 601,2017.

[273] Roj: STS 3312/2024; ECLI:ES:TS:2024:3312.

[274] JUR 2024,163203.

1.3. Derechos reales

La crisis del derecho a la propiedad privada. El arte de «limitar» su ejercicio en su máxima expresión: «prohibir»

The crisis of the private property right. The art of «limiting» its exercise to its fullest extent: «prohibiting»

por

JOAN ANDREU FERRER GUARDIOLA
Profesor ayudante doctor de Derecho civil
Universidad de las Islas Baleares
joan.ferrer@uib.es

RESUMEN: El derecho a la propiedad privada inmobiliaria está atravesando una situación delicada. La intervención sobre el problema de acceso a la vivienda por parte de los ciudadanos está desembocando en una cuasi-sacralización de este principio rector de la política social y económica, que tiene como destinatarios a los poderes públicos, relegando el derecho constitucional a la propiedad privada a un segundo plano.

Por este motivo, este estudio reivindica el valor e importancia del derecho a la propiedad privada en nuestro Ordenamiento Jurídico.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propiedad privada, propiedad horizontal, vivienda de uso turístico, limitaciones, interpretación restrictiva, acuerdos estatutarios, disposiciones legales, limitar, prohibir.

ABSTRACT: The right to private property is currently facing a delicate situation. The intervention in addressing the issue of housing access by citizens is leading to an almost-sacralization of this guiding principle of social and economic policy, which is intended for public authorities, relegating the constitutional right to private property to a secondary position.

For this reason, through the following pages, the aim is to reclaim the value and importance of the right to private property in our Legal System.

KEYWORDS: Private property right, condominium, tourist accommodation, limitations, restrictive interpretation, statutory agreements, legal provisions, limit, prohibit.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO SOMETIDAS A RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. LA EFICACIA DE LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—IV. EL ART. 17.12 LPH: ORIGEN DE POSICIONES ENCONTRADAS. 1. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 2. La jurisprudencia menor. 3. La doctrina.—V. HACIA LA CONCEPCIÓN DEL TÉRMINO «LIMITAR» EN SU MÁXIMA EXPRESIÓN: «PROHIBIR».—VI. LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DE «LIMITAR» EN SU MÁXIMA EXPRESIÓN: «PROHIBIR».—VII. LAS «VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO» DEBEN FORMAR PARTE DEL TENOR DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA: A PROPÓSITO DE LA REFORMA DE LA LPH A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

Son malos tiempos para el derecho a la propiedad privada inmobiliaria. La intervención sobre el problema de acceso a la vivienda por parte de los ciudadanos está desembocando en una cuasi-sacralización de este principio rector de la política social y económica, recogido en el art. 47 de la Constitución, y que tiene como destinatarios a todos los poderes públicos, relegando el derecho a la propiedad privada del art. 33 a un segundo plano.

Lo anterior, puede apreciarse en dos recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el ámbito de las viviendas de uso turístico sometidas a régimen de propiedad horizontal. Ambas resoluciones merecen una especial atención por dos motivos. En primer lugar, por el alcance que el Alto Tribunal ha dado al término «limitar», previsto en el art. 17.12, de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal[1]. Y, en segundo término, porque el Tribunal Supremo ha desatendido su consolidada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual, las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad —sobre el uso y destino que pueda darse a las viviendas sometidas a régimen de propiedad horizontal—, han de constar de manera clara, precisa y expresa y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva. Ello, con fundamento en la dificultad de los ciudadanos de acceder a una vivienda[2].

Con todo, y tal y como pondremos de manifiesto, optar por una interpretación extensiva —y no restrictiva—, del verbo «limitar», como forma de delimitar el ejercicio del derecho a la propiedad privada inmobiliaria debiera haber sido un hecho previsible y predecible, a raíz de las sentencias dictadas durante el pasado año en la materia que ahora nos concierne.

II. EL MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO SOMETIDAS A RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Para el análisis de las viviendas de uso turístico sometidas a régimen de propiedad horizontal, debemos partir, necesariamente, de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler[3], toda vez que introdujo una novedad importante en la cuestión objeto de estudio.

Hasta ese momento, si una comunidad de propietarios quería adoptar un acuerdo por el que se regulase el uso o destino que los copropietarios pudieran dar a sus inmuebles, al suponer ello una modificación del título constitutivo o de los estatutos, era necesario que dicho acuerdo se adoptase por unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representasen el total de las cuotas de participación, *ex* art. 17.6 LPH.

No obstante, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2019, la Ley sobre Propiedad Horizontal cuenta con una disposición normativa que contempla una regla especial para la adopción de un determinado acuerdo, con un contenido en concreto, en un ámbito muy específico.

Así, según el tenor del art. 17.12 LPH, es necesario que estos acuerdos estén referidos, en particular, al uso o destino turístico de las viviendas privativas; que tengan por finalidad «limitar» o «condicionar» —y, ahora, también, «prohibir»—, el uso o destino turístico en el edificio, siendo suficiente para su adopción el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Este último extremo, comporta una excepción a la regla de la unanimidad apuntada *ut supra*, y ello pese a que dichos acuerdos implican una modificación del título constitutivo o de los estatutos. Este hecho resalta la enorme preocupación, fundada o no, que existe sobre las viviendas de uso turístico y su incidencia en la dificultad del acceso a la vivienda.

Si nos detenemos en el Preámbulo del Real Decreto-ley 7/2019, comienza indicando que «España afronta retos importantes en materia de vivienda que, en la actualidad, se ligan de manera especial a la dificultad del acceso a la misma en régimen de alquiler». Por ello, el «Estado debe reforzar la cooperación con las Administraciones territoriales que tienen la responsabilidad de ejercer en sus respectivos ámbitos la competencia directa en materia de vivienda» para, de este modo, «aumentar la oferta de vivienda en alquiler».

El Real Decreto-ley 7/2019, alude a varios «sólidos motivos» en los que se apoya la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas adoptadas. Entre estas razones destaca el incremento de los precios del mercado de la vivienda «en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria, caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas».

Ciertamente, puede que las viviendas de uso turístico, como alternativa jurídica que trata —o, al menos, trataba— de complementar y competir frente a los alojamientos turísticos tradicionales, haya experimentado un incremento en su comercialización. Motivado, este crecimiento, principalmente, por la irrupción de las denominadas plataformas de intermediación en línea y el acceso a Internet. Ahora bien, no es menos cierto, y así lo reconoce el propio Preámbulo del Real

Decreto-ley 7/2019, que otra de las causas que inciden en el acceso a la vivienda es la «escasez del parque de vivienda social», ofreciendo los siguientes datos: la vivienda social, en España, «ofrece cobertura a menos del 2,5 % de los hogares, una cifra que contrasta con los porcentajes sensiblemente superiores al 15 % registrados en algunos de los principales países de nuestro entorno, como Francia, Reino Unido, Suecia, Países Bajos, Austria o Dinamarca.»[4].

Así, con el objetivo de alcanzar una cierta armonización entre los residentes y los turistas, para facilitar a los primeros el acceso a la vivienda, se introdujo el apartado duodécimo, en el art. 17 LPH, cuyo tenor literal es:

«El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e), del artículo 5[5], de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.»

Como consecuencia, con arreglo al transcrito precepto, si se quería adoptar un acuerdo mediante el cual se «limitase» o «condicionase» el uso para alojamiento privado para el turismo, fenómeno que se conoce como «viviendas de uso turístico», los comuneros debían adoptar un acuerdo expreso en ese sentido por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representasen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Y, en cambio, si lo que se quería era «prohibir» las viviendas de uso turístico, los comuneros debían acudir a la cláusula general contenida en el numeral sexto, del art. 17 LPH, al prever que:

«Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirá para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.»

No obstante, como podrá haber advertido el lector, el Tribunal Supremo se ha inclinado por otra opción, y ha establecido que, también en el caso de «prohibir», será suficiente adoptar el acuerdo en ese sentido por tres quintas partes de propietarios y cuotas. Este hecho podría pasar inadvertido, ya que, frecuentemente, los vocablos «limitar» y «prohibir» se usan, en el lenguaje común, de forma indistinta; como sinónimos. Ahora bien, a pesar de que lo anterior pueda ser más o menos cierto, hay un aspecto que consideramos de capital importancia en el devenir de la propiedad horizontal y del ejercicio del derecho de propiedad: las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, como pueden ser «limitar», «condicionar» o «prohibir» un concreto uso o destino, deben constar de forma expresa y clara, y en su defecto, interpretarse de forma restrictiva, presumiéndose el ejercicio del derecho de propiedad libre. Más aún, si la cláusula está referida a las «viviendas de uso turístico», ya que el art. 17.12 LPH alude al art. 5, letra e), de la Ley 29/1994, de

24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos[6], precepto, este último, relativo a la tipología de alojamiento turístico que representan las «viviendas de uso turístico».

III. LA EFICACIA DE LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La modalidad de propiedad especial que constituye la propiedad horizontal requiere, como destacó la STC 301/1993, del Pleno, de 21 de octubre de 1993 «compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupante de los pisos», lo que «justifica, sin duda, la fijación legal o estatutaria de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares»[7].

Sin perjuicio de lo anterior, *a priori*, los titulares de las viviendas sometidas a régimen de propiedad horizontal gozan de plena libertad para decidir el destino que quieran dar a sus inmuebles, de acuerdo con sus intereses y necesidades, salvo que la comunidad de propietarios, a través del título constitutivo y/o de los estatutos establezca limitaciones relativas al uso de los bienes privativos.

Así lo reconoce el art. 5, párrafo tercero, LPH: «El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, […].», y el art. 7.2, del mismo cuerpo legal: «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, […].»

Dichas previsiones estatutarias delimitaran y configuraran el contenido del derecho a la propiedad privada, exigiéndose una serie de requisitos para su validez y eficacia frente a terceros.

Tales requisitos aparecen contemplados en un pasaje de la STS de 24 de octubre de 2011[8], que, pese a su extensión, resulta oportuno transcribir:

«El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. No obstante, en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

La doctrina de esta Sala es prácticamente unánime […] al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca.

Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por

el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

[…] Sin embargo, deducir de una mera descripción del inmueble una prohibición en la alteración del uso implicaría una limitación de facultades dominicales, que no puede presumirse, pues como declara la jurisprudencia de esta Sala la eficacia de la prohibición exige de una cláusula o estipulación que así lo prevea de modo expreso.»

De la citada resolución se desprende cuáles son los requisitos que deben concurrir en las cláusulas legales o convencionales por las que se limite el ejercicio del derecho de propiedad. A saber:

- En primer lugar, es necesario que las limitaciones convencionales consten de forma expresa[9].

  Este extremo lo recoge precisamente la Ley sobre Propiedad Horizontal. El párrafo tercero, del art. 7, LPH, en su redacción originaria establecía que «Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble *actividades no permitidas* en los estatutos, […].» No obstante, la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal modificó dicho párrafo, otorgándole la redacción vigente aún hoy en día prevista en el art. 7.2 LPH, por la cual: «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble *actividades prohibidas* en los estatutos […].»[10].
- En segundo lugar, tanto las limitaciones legales como las convencionales deben ser precisas y claras y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva[11].

  Por lo tanto, la descripción que pueda hacerse en el título constitutivo sobre el destino de los elementos privativos no comporta, necesariamente, una adscripción definitiva. Si no existe una cláusula clara, precisa y expresa[12], el destino originario puede transformarse, sin necesidad de modificar el título constitutivo[13]. Insiste sobre este aspecto el ATS de 9 de septiembre de 2020.
- En tercer lugar, para que tales limitaciones tengan efectos frente a terceros, es necesario que consten inscritas en el Registro de la Propiedad[14].

El Tribunal Supremo ha reiterado la jurisprudencial anterior en numerosas sentencias posteriores, existiendo un cuerpo doctrinal sólido en la materia, como puede observarse en las SSTS de 25 de junio de 2013, 1 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2013, 5 de mayo de 2015, 15 de junio de 2018, 18 de junio de 2020 o 15 de diciembre de 2020. Y, más recientemente, la STS de 18 de febrero de 2025, que precisa que «la mera descripción del inmueble en el título constitutivo no cercena el cambio de uso, salvo disposición que expresamente lo prohíba o constituya una actividad ilícita.»

No obstante, en el ámbito de las viviendas de uso turístico sometidas a régimen de propiedad horizontal, evidenciado en las sentencias que se abordarán a continuación, el Alto Tribunal, pese a recoger, alegar y fundamentar su fallo en la doctrina expuesta *ut supra,* parece no aplicarla. En concreto, al desatender la necesidad de que las limitaciones consten de manera expresa, clara y precisa y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva.

IV. EL ART. 17.12 LPH: ORIGEN DE POSICIONES ENCONTRADAS

El contenido del art. 17.12 LPH, prácticamente desde su entrada en vigor, a pesar de su manifiesta claridad, fue objeto de controversia.

Desde que empezó su andadura se discutió si el término «limitar» debía entenderse en el sentido de que incluye la posibilidad de «prohibir» las viviendas de uso turístico, a través de un acuerdo expreso y claro adoptado en ese sentido por la mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

La cuestión era de primordial importancia, por el siguiente motivo, que, a su vez, es correlativo del que trae causa de este estudio; el quórum exigido no era el mismo en uno y otro supuesto —mayoría cualificada para «limitar», y unanimidad para «prohibir»—[15], puesto que, de lo contrario, podría verse comprometida la doctrina jurisprudencial vigente en virtud de la cual las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva.

Para la Real Academia Española, el término «limitar» alude a poner límites; acortar, ceñir; fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien. En cambio, el vocablo «prohibir», se refiere a vedar o impedir el uso o la ejecución de algo.

De las dos definiciones anteriores, se aprecia que al «limitar», los propietarios conservan, aún, cierto ámbito de ejercicio de su derecho dominical, que les permite destinar sus viviendas a uso turístico, si bien limitado hasta cierto punto. Por el contrario, al «prohibir», el propietario perderá totalmente la posibilidad de ceder su inmueble para un uso turístico, quedando dicho uso excluido del abanico de destinos que le otorga al propietario el contenido del derecho de propiedad.

No obstante lo anterior, tanto la DGSJFP, como la jurisprudencia menor y un sector de la doctrina, entienden que la excepción a la unanimidad prevista en el art. 17.12 LPH abarca también la posibilidad de «prohibir»[16].

1. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Para la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública, el contenido del art. 17.12 LPH nunca ha albergado ningún género de duda. En su opinión, la comunidad de propietarios, además de poder «limitar» el uso turístico en el edificio a través de un acuerdo en ese sentido adoptado por la mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, también pueden «prohibirlo» con ese mismo quórum.

Así lo declaró en su resolución de 1 de junio de 2020[17]. Y, en esa misma dirección, se pronunciaron las resoluciones de la DGSJFP de 16 de junio de 2020[18]; de 27 de abril de 2021[19]; de 29 de abril de 2021[20]; de 8 de junio de 2021[21], de 29 de abril de 2021, de 21 de diciembre de 2022[22].

Otro supuesto es el previsto en la RDGRN de 19 de diciembre de 2019[23], que, a pesar de haber sido la primera resolución de la Dirección General interpretando el art. 17.12 LPH, conviene diferenciar, ya que el contenido de la cláusula estatutaria dista del de las anteriores, al referirse a «autorizar», de manera expresa, la cesión de las viviendas para uso turístico.

El art. 17.12 LPH nada declara sobre la posibilidad de permitir o autorizar el alquiler turístico en las viviendas.

La Dirección General indica que el art. 17.12 LPH únicamente afecta a los supuestos de «limitar» o «condicionar», no al de «autorizar», por lo que para adoptar un acuerdo permitiendo el uso turístico o vacacional será necesario unanimidad.

2. La jurisprudencia menor

En la jurisprudencia menor, sí que podemos apreciar opiniones encontradas sobre el contenido del art. 17.12 LPH. Pero, no sólo por lo que se refiere al alcance del término «limitar», sino también con relación a qué modalidad de alojamiento turístico comprende dicho precepto.

Entre las resoluciones que defienden que el término «limitar» ampara la posibilidad de «prohibir», encontramos la SAP de Segovia, de 21 de abril de 2020[24]. Para fundamentar su posición, declara que:

«No es cierto que el legislador quisiera que se pudiera limitar y no prohibir, sin unanimidad, el uso turístico. La razón de esta norma es muy clara en su exposición de motivos, aumentar la oferta de vivienda en alquiler, […]. Específicamente señala al fenómeno creciente del alquiler turístico de la vivienda como vinculado al incremento de precios. […] El alquiler turístico es competidor directo del residencial y se quiso primar éste a costa de aquél. […] El problema es que si entendemos que solo caben límites que permitan el destino turístico, como debiera ser así si partimos de que queda vedada la prohibición, […] la regla es contradictoria con la voluntad expresa del legislador, que no quiso tanto limitar la oferta el arrendamiento turístico como incrementar la del arrendamiento residencial. Y es evidente que un uso turístico de un piso, aunque limitado, es incompatible con el uso residencial de ese piso. Esta fue la decisión del legislador. […] El legislador con esta reforma incide en el mercado de la oferta de la vivienda, pero lo hace de esta vía indirecta, sabedor de que en las comunidades de propietarios están planteado este debate, interviene en favor de los contrarios a las viviendas turísticas y dispensa de la unanimidad. Pues lo que busca, el fin de la norma, es aumentar la oferta de alquiler residencial y así se consigue.»[25].

En idéntico sentido se pronunció la SAP de Guipúzcoa, de 20 de mayo de 2022[26], afirmando que ello no implica una interpretación extensiva del artículo, «sino una interpretación acomodada a su tenor literal»; la SAP de Alicante, de 7 de marzo de 2022[27]: «No es cierto que el legislador quisiera que se pudiera limitar y no prohibir, sin unanimidad, el uso turístico.», o la SAP de Cantabria, de 23 de noviembre de 2022[28]. Para la Sala, el precepto:

«[…] no utiliza la expresión "prohibir", sino "limitar" pero una de las acepciones de dicho verbo es "poner límites a algo" y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas privativas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo».

Efectivamente, prohibir un concreto uso, como es el turístico, no implica una prohibición absoluta del destino del inmueble. El propietario podrá dedicarlo a cualquier otro uso que no sea turístico. Pero la cuestión no es si tras prohibir el uso turístico el propietario aún conserva la posibilidad de destinarlo a otros usos,

sino si el término «limitar» alcanza la de «prohibir». En cualquier caso, para el Tribunal, «dicha interpretación se acomoda a su tenor literal».

Cabe tener presente también la SAP Córdoba, de 12 de julio de 2022[29]. Ésta resuelve el recurso de apelación interpuesto por una comunidad de propietarios, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba, de 23 de febrero de 2022, en virtud de la cual se declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la junta de propietarios del 1 de junio de 2021, «consistente en la prohibición del establecimiento de apartamentos turísticos».

En primer lugar, llama la atención que la cláusula acordada prohíbe los «apartamentos turísticos», si bien el acuerdo fue adoptado a través del quórum previsto en el art. 17.12 LPH. Dicho precepto no se refiere a los «apartamentos turísticos», sino a otra modalidad de alojamiento, como son las «viviendas de uso turístico». Por lo tanto, el art. 17.12 LPH no sería aplicable al caso en concreto.

Si la comunidad de propietarios pretende prohibir los «apartamentos turísticos», el acuerdo no tiene cabida en el art. 17.12 LPH, sino en la cláusula prevista en el art. 17.6 LPH que, al tratarse de una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos, requiere para su validez la unanimidad del total de los propietarios que a su vez representen el total de las cuotas de participación.

Aparte de lo anterior, la resolución resulta llamativa por la crítica a la redacción dada al art. 17.12 LPH por el legislador, cuando declara que «hemos de convenir que el texto de la norma podría ser más claro, evitando diversas interpretaciones como es el caso». Tras lo cual, de forma acertada, apela al consolidado criterio jurisprudencial por el cual se «impone una interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de propiedad». Y, acto seguido, entiende que dicho modo de interpretación «se ha de predicar de las normas que puedan incidir en ese derecho de propiedad». A mayor abundamiento, advierte, que las normas «han de ser claras y, en otro caso, no cabe hacer una interpretación extensiva o correctora de su sentido ordinario».

Y finaliza declarando que «En el caso al acuerdo al que aquí nos referimos no es que se limite la actividad, sino que se prohíbe en base a una redacción que cuando menos suscita dudas». A nuestro juicio, la redacción del art. 17.12 LPH es clara: permite «limitar» o «condicionar» las viviendas de uso turístico; no «prohibir».

En contra de la posición anterior, mantenida por la DGSJFP y algunas Audiencias Provinciales, se alza la SAP de Las Palmas de 23 de junio de 2022[30], al considerar que un acuerdo que implique la prohibición de destinar un inmueble a alquiler vacacional debe ser adoptado por unanimidad, *ex* art. 17.6 LPH, y no por la mayoría cualificada prevista en el art. 17.12 del mismo cuerpo legal. Estima que una interpretación diferente «iría en contra de la propia literalidad de la norma», y de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2019, que emplea los mismos términos que el art. 17.12 "limitar" o "condicionar"». Y, además, declara que, las viviendas de uso turístico, «en abstracto y *per se* no pueden reputarse como molestas».

En idéntico sentido, la SAP de Vizcaya, de 20 de octubre de 2022[31], que como la resolución del párrafo anterior, considera que «el texto de la norma podría ser más claro, evitando diversas interpretaciones como es el caso», remitiéndose al

criterio jurisprudencial en virtud del cual las limitaciones al derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva. Y, concluye afirmando que:

«resulta indudable que el acuerdo que aquí nos ocupa de prohibición de instalación de viviendas de uso turístico excede a los presupuestos determinados en la Ley de Propiedad Horizontal y en este sentido el Acuerdo impugnado ha de ser declarado nulo».

Aboga, igualmente, por una interpretación restrictiva del precepto, la SAP de Madrid, de 15 de junio de 2022[32].

3. La doctrina

La doctrina, como la jurisprudencia menor, mantiene posiciones encontradas. Existe un sector que defiende con vehemencia que el art. 17.12 LPH incluye la posibilidad de «prohibir». En cambio, otro lo niega rotundamente, sentido este último al que nos adherimos.

Uno de los defensores de incluir en el término «limitar», la posibilidad de «prohibir», es Fuentes-Lojo. Para el autor, «el verbo "limitar" no es incompatible con el verbo "prohibir"; más bien al contrario, hay una relación de sinonimia entre dichos verbos. Para ser más precisos, la prohibición es la limitación de mayor intensidad.»

Y continúa su exposición diciendo que, «en puridad, el verbo "limitar" es más idóneo que el verbo "prohibir" para hacer referencia a la prohibición de una forma concreta de ejercitar la facultad de uso y disfrute del derecho de propiedad. De tal forma que no se prohíbe la facultad de uso y disfrute de forma absoluta, sino que tan sólo se restringe o se limita dicha facultad, pudiendo destinarse la vivienda a otros usos distintos al que la comunidad quiere prohibir.»[33].

Efectivamente, si se prohíbe la posibilidad de destinar las viviendas a uso turístico, se estarán restringiendo las facultades de uso y disfrute que reconoce el derecho de propiedad. Aunque no de forma absoluta, puesto que el propietario podrá dedicar su vivienda a otros usos. Pero también es cierto que el art. 17.12 LPH no se refiere a cualquier finalidad, sino a una en concreto: el uso turístico. De modo que, si la comunidad «prohíbe» el uso turístico en el inmueble, se habrá cercenado la posibilidad de los propietarios de destinar sus inmuebles a dicho uso. Es decir, además de producirse una disminución de las facultades dominicales en general, al tiempo, se produce una restricción total de una modalidad de ejercicio, como es el uso turístico. En cambio, si sólo lo «limita», seguirán conservando cierto margen para ejercitar las facultades de uso inherentes al derecho de propiedad, como decimos, en relación con un determinado destino.

En favor de esta tesis, Díaz Vales[34] afirma que «el vocablo "limitar" empleado por la norma abarca, sin duda, la prohibición»; o Martínez Nadal[35]. También, Cerdeira Bravo de Mansilla[36]. Para el autor «prohibir siempre implica limitar, y limitar siempre es un modo de prohibir»[37]. Igualmente, Murga Fernández[38], Puche Ramos, al estimar que «una limitación temporal a su ejercicio se convierte en la práctica en una prohibición, al menos, parcial.»[39]; Polo Portilla, al considerar «que la finalidad no pudo ser otra que la prohibición»[40], o Martínez Calvo41.

Asimismo, para Berenguer Albaladejo, ya que, a su juicio, el precepto avala también la prohibición, toda vez que «el argumento para alegar que no se permite

la prohibición no puede ser que se omita su referencia expresa, ya que incluso hubiera bastado con que se utilizara el término "limitar" para dar cobertura a cualquiera de los supuestos descritos (limitación, condicionamiento o prohibición en sentido estricto), ya que cuando se supedita el ejercicio de una actividad al cumplimiento de requisitos previos o simultáneos también podría entenderse que se está "limitando" en la medida en que no se podría realizar legítimamente sin ellos, o incluso que se está "prohibiendo" su ejercicio a quien no los cumpla.»[42].

Y, concluye: «Una interpretación no sólo sistemática y teológica del precepto, sino también sociológica e incluso gramatical en la medida en que el verbo "limitar" no es incompatible con el verbo "prohibir", sino que es una cuestión de grado o intensidad, no puede llevarnos a otra conclusión.»[43].

Contra la tesis anterior, se alza Gomá Lanzón[44]. Para el autor limitar supondría establecer restricciones[45], y condicionar sería tanto como establecer requisitos previos o simultáneos para poder ejercer la actividad[46]. Niega, por tanto, la posibilidad de prohibir, alegando que «cuando el legislador ha querido introducir la posibilidad de prohibir algo, lo ha dicho expresamente, por ejemplo, en el art. 42.2.g) de la Ley de prevención del blanqueo de capitales, que prevé la posibilidad de "prohibir, limitar o condicionar…"».

También González Carrasco, al manifestar que «todas las prohibiciones limitan, pero una prohibición añade un plus de restricción de derechos sobre el mero límite, condición o exigencia»[47]. O Magro Servet, para quien en el art. 17.12 LPH no se introdujo la acción de prohibir «como mecanismo de ejecución de medidas. Las opciones pasan en muchos casos, y este más, porque afectan al ejercicio del derecho de posesión por cada propietario, por la vía de regular y no la de prohibir.»[48].

Por su parte, Mesa Marrero afirma que «el precepto citado no alude a la posibilidad de adoptar un acuerdo para prohibir el uso turístico de las viviendas, por lo que parece que la junta de propietarios no podría impedir el ejercicio de esa actividad en los términos previstos en el citado art. 17.12 LPH.»[49].

En virtud del art. 3.1 del Código civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.»[50]

Así, el primero de los criterios para interpretar la disposición normativa en cuestión lo constituye la letra del precepto, su tenor, su elemento literal y filológico. Es decir, su interpretación gramatical.

En el lenguaje común, los vocablos «limitar» y «prohibir», aunque se usen con frecuencia de forma indistinta, no se refieren a una misma realidad.

Cuando a un derecho se le impone un límite, el sujeto goza de un reducto, mayor o menor, para ejercitarlo, si bien hasta cierto punto. Si lo sobrepasa, se habrá extralimitado en su ejercicio y, por tanto, podrá ser reprochada su actitud. En cambio, cuando se prohíbe el ejercicio de un derecho, se despoja a su titular de la posibilidad de ejercitarlo. El sujeto, desde el primer momento, llevará a cabo una actividad ilícita y, por tanto, reprochable.

Sin embargo, como con buen juicio evidenció el profesor De Castro, en ningún caso basta la interpretación gramatical[51]. Sino que, además, deberá ponerse en relación con su contexto.

El precepto controvertido se incluye dentro de la Ley sobre Propiedad Horizontal y, como reza su Exposición de Motivos «Los derechos de disfrute [como el derecho de propiedad] tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización.» La exégesis del precepto en relación con la norma en que se inserta, que proclama las máximas posibilidades de utilización del bien, nos parece más acorde con la interpretación restrictiva del art. 17.12 LPH. Es decir, que sólo permite «limitar», y no «prohibir». Además, recuérdese que el Real Decreto-ley 7/2019, efectivamente, alude a que las viviendas de uso turístico han incrementado el precio del mercado de la vivienda y han reducido el número de inmuebles destinados a vivienda permanente. Pero, también reconoce otros factores, igual, o más importantes que las viviendas de uso turístico, que inciden en la problemática de acceso a la vivienda, como es la baja presencia de vivienda social en nuestro país.

Tanto si se opta por una interpretación extensiva, como restrictiva, del art. 17.12 LPH, se podría observar algún efecto positivo en el acceso a la vivienda. Pero, en uno y otro caso, debería complementarse con otras medidas. El art. 17.12 LPH sólo sería el punto de partida, y desde que está en vigor no ha producido el efecto deseado y alegado por parte de aquel sector que aboga por una interpretación extensiva del artículo.

La principal consecuencia de la interpretación extensiva es soslayar la problemática de aquellas comunidades en las que ya hubiese algún copropietario que destinase su vivienda a uso turístico: al rebajar el quórum exigido a tres quintas partes de propietarios y cuotas de participación, es más viable adoptar un acuerdo que prohíba el uso turístico en el edificio. Pero también es cierto, y debemos reiterarlo, que el precepto no alude a «prohibir», y si el legislador hubiera querido que así fuera, lo habría declarado.

Ahora bien, ello no asegura que el inmueble que no se use a vivienda de uso turístico, por existir una prohibición en ese sentido, se destine a vivienda de uso permanente.

En cambio, facultar la posibilidad de «prohibir» por mayoría cualificada de tres quintas partes de propietarios y cuotas de participación, y circunscribir el hecho de «prohibir» las viviendas de uso turístico a un acuerdo adoptado por unanimidad en ese sentido, permite compaginar todos los intereses en juego en el seno de la comunidad. Si entablamos una comparativa con el régimen anterior a la entrada en vigor del art. 17.12 LPH que exigía unanimidad en todo caso, los comuneros que quieran «limitar» o «condicionar» el uso turístico podrán hacerlo a través de un quórum inferior. Y, al tiempo, ello permitirá el ejercicio del derecho de propiedad con mayor amplitud[52], como prevé el Preámbulo de la Ley sobre Propiedad Horizontal, a aquellos propietarios que decidan ceder sus viviendas para uso turístico.

En cualquier caso, tras esta organización de derechos e intereses, a la comunidad le quedará siempre en última instancia la posibilidad de interponer la acción de cesación, tanto si el propietario no respeta los límites o condiciones fijadas, como si lo lleva a cabo a pesar de la prohibición estatutaria; y también, aunque observe todos los requisitos previstos, si se demuestra que la actividad es molesta[53].

V. HACIA LA CONCEPCIÓN DEL TÉRMINO «LIMITAR» EN SU MÁXIMA EXPRESIÓN: «PROHIBIR»

Recordemos que, las cláusulas que delimiten el contenido del derecho de propiedad no se presumen, sino que deben constar de manera expresa en el título constitutivo o en los estatutos, de forma clara y precisa y, en caso contrario, interpretarse de manera restrictiva. Y, para que sean oponibles frente a terceros, estar inscritas en el Registro de la Propiedad.

Un problema en relación con los usos o destinos en los edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal es que son muchos y variados los que pueden darse en los inmuebles, y una cláusula estatutaria que los recoja todos es, prácticamente, una tarea imposible.

A ello, hay que añadirle, que, en ocasiones, existen determinados usos que no son vistos con buenos ojos por parte de los comuneros, como puede ser, en este momento, el uso turístico. Dicho uso es tachado, casi de plano, de molesto. Cuando, realmente, no debería ser así. O, al menos, no reputarse más molesto que otros usos o destinos diferentes al de vivienda.

Pero, además, cabe tener en cuenta que las viviendas de uso turístico son una modalidad de alojamiento que, actualmente, goza de una regulación específica, tanto a nivel estatal —en el art. 5, letra e), LAU, y en los arts. 7.3 y 17.12 LPH—, como a nivel autonómico, a través de las correspondientes normas sectoriales en materia turística. Motivo por el cual, una cláusula expresa «limitando», «condicionando» o «prohibiendo» dicho uso resulta más necesaria y exigible que nunca.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias que podrían encerrar, o un cambio en la doctrina mantenida hasta el momento, por cuanto tales cláusulas, en caso de duda, deben interpretarse de forma restrictiva, o la utilización de una distinta vara de medir cuando el uso sea turístico. Veámoslo.

En la STS de 29 de noviembre de 2023[54], se plantea si el uso o destino turístico queda comprendido dentro del tenor de la siguiente cláusula estatutaria: «Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.) […]».

Efectivamente, el Tribunal Supremo considera que el uso turístico queda comprendido dentro del supuesto de hecho contemplado en la cláusula transcrita, y ello a pesar de que dicho destino no aparece expresamente recogido en ella. Afirma, que las viviendas de uso turístico suponen:

«una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda, y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.»

Este no es el momento para detenernos en si las viviendas de uso turístico han de considerarse siempre, y en todo caso, una actividad económica. Sino en sí la interpretación llevada a cabo por el Tribunal es acorde con su doctrina jurisprudencial, habida cuenta de que las cláusulas estatutarias que delimiten el contenido del derecho de propiedad han de interpretarse de forma restrictiva.

Si nos fijamos, la cláusula, por una parte, prohíbe toda actividad económica y, entre paréntesis, recoge una serie de usos que, de forma no exhaustiva, puesto

que utiliza la expresión «etcétera», se consideraran actividad económica: oficina, despacho, consulta, clínica.

Como puede apreciarse, el uso turístico no aparece previsto, expresamente, en la cláusula transcrita. No obstante, el Alto Tribunal lo considera un uso proscrito por ser subsumible en el supuesto de hecho que acoge la cláusula, al recoger ésta un listado a «título ejemplificativo». Ofrecer un listado a «título ejemplificativo» no casa bien con el hecho de que las limitaciones al contenido del derecho de propiedad deban constar de manera expresa, clara y precisa y, en caso de duda, interpretarse de manera restrictiva. Una interpretación extensiva de la cláusula y de la expresión «actividad económica», como la que lleva a cabo el Tribunal Supremo implicaría que los inmuebles sólo se pudieran destinar a vivienda permanente, y esa no es la interpretación más favorable al derecho de propiedad, que sí que debe presumirse libre salvo disposición en contra.

Además, téngase en cuenta que, para que dichas cláusulas sean oponibles frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad. Y un tercero que pretende adquirir un inmueble situado en esta concreta comunidad de propietarios no tendrá conocimiento, a ciencia cierta, de qué usos o destinos están prohibidos en el edificio, incluido el uso turístico. Cosa que no sucedería si la cláusula fuera clara, precisa y expresa.

La segunda resolución es la STS de 24 de enero de 2024[55]. El contenido de la cláusula estatutaria discutida es el que sigue: «VIVIENDAS. Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrán desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilinos o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de "residencia familiar". […]».

Es decir, si se observa, la cláusula sólo permitiría destinar un inmueble a un determinado uso si está expresamente permitido en el título constitutivo o en los estatutos. Pero, como hemos tenido ocasión de apreciar, el art. 7.2 LPH establece que «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble *actividades prohibidas en los estatutos* […].»[56]. Por lo tanto, todo lo que no está prohibido expresamente, debería considerarse permitido.

No obstante, para el Tribunal Supremo, siguiendo la estela de su resolución anterior:

«[…] la actividad desarrollada en la vivienda está prohibida de forma expresa por la regla estatutaria, aunque en ésta el uso turístico no se mencione explícitamente como excluido, dado que la misma establece, de manera específica, que el destino de las viviendas será exclusivamente de residencia familiar, al tiempo que excluye el desarrollo de cualquier actividad que altere ese destino, y que, además, la falta de mención explícita al uso turístico se explica porque dicha actividad no existía cuando los copropietarios aprobaron por unanimidad la regla estatutaria.»

«No se mencione explícitamente», dicta el Tribunal. Ello no encaja con la exigencia de que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben contenerse en cláusulas claras, precisas y expresas.

La tercera resolución es la STS de 29 de enero de 2024[57]. La cláusula objeto de controversia es la que sigue: «los pisos deberán destinarse a vivienda u oficio de profesiones liberales o industriales ya establecidas. En ningún caso podrán dedi-

carse los pisos a colegio, fonda, pensión, clínica para hospitalización de enfermos de cualquier clase y a fines vedados por la moral o la Ley, a industria o depósitos que atenten a la comodidad o higiene de los demás condueños o a la seguridad o integridad de la finca.»

De nuevo, las viviendas de uso turístico no aparecen, de forma expresa, como actividad prohibida en el edificio. No obstante, el Tribunal Supremo afirma:

«la inclusión de la actividad turística es perfectamente coherente con su letra y espíritu, ya que es claro que la contraposición entre la vivienda y la pensión como destinos de los pisos debido y prohibido, respectivamente, refleja una diferencia de fines expresiva de la voluntad comunitaria de que aquellos se dediquen a la residencia habitual o permanente de personas y no al simple hospedaje o alojamiento mediante la ocasional estancia de estas a cambio de precio».

Por ello, declara que las viviendas de uso turístico constituyen una actividad prohibida por los estatutos de la comunidad.

No existe una cláusula clara y precisa y expresa que vete, no el destino turístico, sino las viviendas de uso turístico en la comunidad, como modalidad de alojamiento diferenciada del resto, y que goza de una regulación específica y vigente. Por tanto, de nuevo, la resolución podría encerrar una interpretación extensiva de la cláusula, abarcando supuestos de hecho que no aparecen expresamente proscritos.

Y, finalmente, encontramos la STS de 30 de enero de 2024[58]. La cláusula controvertida, que se transcribe a continuación, prohíbe: «Cambiar el uso de la vivienda por otro distinto de su habitual y permanente, transformándola en local comercial o industrial, ni destinarla, ni aún en parte, a colegios, academias, hospederías, depósitos, agencias, talleres ni a fines vedados por la moral o por Ley».

En este caso, el Tribunal Supremo alega que las viviendas de uso turístico están prohibidas en el edificio en virtud de la anterior cláusula, a pesar de no estar mencionadas expresamente. Y, en concreto, por aludir a «hospedería». Afirma que:

«[…] el art. 9.1 de los estatutos veda el destino de las viviendas al uso turístico, mediante la utilización de un persuasivo conjunto argumental, conforme al cual la prohibición estatutaria del destino a "hospedería" proscribe la actividad desempeñada por la sociedad demandada; puesto que si hospedería, según la RAE, es una "casa destinada al alojamiento de visitantes o viandantes, establecida por personas particulares, institutos o empresas", dentro de su contenido semántico tendría cabida la actividad de la demandada por la existencia de identidad de razón.»

El Tribunal, en vez de acudir a la RAE en busca del término «hospedería», y su consecuente definición genérica, podría haberse servido de la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, y advertir que «hospedería» y «vivienda para uso turístico» aparecen contemplados en el texto normativo como dos modalidades de alojamiento turístico diferenciadas; cada una con sus respectivas características. En concreto, el art. 52.1 define «hospedería» como «aquellos establecimientos que formando parte de un santuario, convento o monasterio destinan algunas de sus dependencias al servicio de alojamiento al público en general.» Y, de acuerdo con el art. 53, «Son viviendas de uso turístico las viviendas, cualquiera que sea su tipología, que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, siendo cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma

o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica, en condiciones de inmediata disponibilidad.»

Al incluir a las viviendas de uso turístico en la modalidad de alojamiento que representa la «hospedería», creemos que el Tribunal Supremo hace una interpretación extensiva, y no restrictiva, de la cláusula.

En definitiva, las cláusulas que delimiten el contenido del derecho de propiedad en los edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal han de constar de manera expresa, ya sea en el título constitutivo o en los estatutos, y ser claras y precisas. Y, en relación con las viviendas de uso turístico, más aún, teniendo en cuenta que gozan de una regulación a nivel estatal, tanto en el art. 5, letra e) LAU, como en los arts. 7.3 y 17.12 LPH, de forma especial que otras modalidades de alojamiento no tienen. Y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva. Por tanto, las limitaciones no pueden deducirse ni presumirse. Y, si existen, interpretarse de modo extensivo. Con ello, se refuerza la salvaguarda de la esfera de poder que otorga a su titular el derecho de propiedad. Pero, con fundamento en las resoluciones abordadas *supra*, el Tribunal Supremo parece desoír su propia jurisprudencia.

VI. LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DE «LIMITAR» EN SU MÁXIMA EXPRESIÓN: «PROHIBIR»

Las resoluciones apuntadas anteriormente ya hacían presagiar cuál sería la posición del Tribunal Supremo en relación con el quórum necesario para «prohibir» las viviendas de uso turístico en los edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal. Es decir, el mismo que para «limitar»: tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

En la STS de 3 de octubre de 2024, núm. 1232/2024, el contenido literal de la cláusula estatutaria controvertida no aparece. Pero, sí que consta lo siguiente: «El 20 de abril de 2020, la comunidad de propietarios en propiedad horizontal del edificio xxxx de Madrid, adoptó un acuerdo por el que se prohibía el ejercicio de la actividad de apartamentos turísticos o alquileres turísticos.» Dicho acuerdo, «se adoptó por una mayoría de propietarios que superaba los tres quintos (de propietarios y de participación), pero no unanimidad (hubo un voto en contra y una abstención)»[59].

Lo primero que llama la atención del pasaje de la sentencia anterior es que dicho acuerdo no sólo se refiere a los «alquileres turísticos», expresión que podría incluir a las viviendas de uso turístico. Cabe tener en cuenta, que en el momento de adoptarse el acuerdo ya estaban en vigor el art. 5, e) LAU, relativo al «alojamiento privado para el turismo» y el art. 17.12 LPH. A ello hay que añadirle que el Decreto, 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, utiliza la expresión «viviendas de uso turístico»[60], y no «alquileres turísticos». Sino que, además, el acuerdo controvertido alude, expresamente, a los «apartamentos turísticos»[61].

Los «apartamentos turísticos», según la normativa sectorial autonómica aludida, son una modalidad de alojamiento diferenciada de las «viviendas de uso turístico» y, por lo tanto, no entrarían dentro del supuesto de hecho contemplado en el art. 17.12 LPH, que sólo hace referencia a estas últimas. Por lo tanto, para «prohibir», «limitar» o «condicionar» la modalidad de alojamiento turístico que representan los «apartamentos turísticos», al suponer una modificación del título constitutivo o de los estatutos, no sería suficiente la mayoría cualificada de tres quintas partes de propietarios y cuotas, sino la unanimidad, *ex* art. 17.6 LPH.

Dicho esto, volvamos a la parte del acuerdo relativo a la «prohibición» de los «alquileres turísticos», en el que encontrarían encaje las «viviendas de uso turístico», sin perjuicio de que lo recomendable es la utilización de la terminología correcta.

El Tribunal Supremo era la primera vez que se pronunciaba acerca de la interpretación y alcance del término «limitar», contenido en el art. 17.12 LPH. Para fundamental su decisión, el Tribunal, ante todo, reproduce su doctrina jurisprudencial, según la cual, las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben constar de forma expresa, ser precisas y claras y, en caso contrario, interpretarse de forma restrictiva[62].

Así, y en el caso que nos ocupa, ya sea el contenido del art. 17.12 LPH que sirve de base para adoptar acuerdos en materia de viviendas de uso turístico, como el contenido que pueden tener estas cláusulas estatutarias, deben interpretarse de forma restrictiva. Y, de conformidad con la doctrina recogida anteriormente, si el art. 17.12 LPH sólo alude a «limitar» o «condicionar», no debemos hacer decir al precepto algo que no dice. Y, si una concreta cláusula estatutaria no nombra, expresamente, a la modalidad de alojamiento turístico que constituyen las «viviendas de uso turístico», sino que, simplemente, utilizan la expresión «actividad económica» para ampararse en proscribir cualquier otro uso que no esté expresamente prohibido o que vaya en contra al uso permanente de vivienda habitual, dicho destino debería reputarse permitido.

Pues bien, en el Fundamento Jurídico sexto, el Tribunal Supremo da respuesta a la cuestión controvertida: «determinar si la expresión del art. 17.12 LPH, referente al «acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del art. 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, permite la prohibición de tal destino.»

Para ello, en primer lugar, el Alto Tribunal considera oportuno precisar lo siguiente: «nos encontramos ante un supuesto de interpretación de una norma estatutaria bajo los condicionantes restrictivos antes explicitados con la oportuna cita jurisprudencial» —incluido que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben constar de forma clara y expresa y, en caso contrario, interpretarse de forma restrictiva, ya estén contenidas en una disposición legal, como en un acuerdo estatutario—, «sino ante la interpretación de un concreto precepto legal, a efectos de dilucidar si la nueva redacción del art. 17.12 LPH permite a la comunidad de vecinos adoptar un acuerdo, por las mayorías explicitadas, que vede el uso del alquiler turístico.»

Queremos remarcar que la doctrina acerca de la interpretación restrictiva de las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad no sólo se predica del contenido de las cláusulas estatutarias, cuando éste es poco claro, o admite dudas en

relación con qué usos o destinos están proscritos, sino también en relación con el contenido del precepto legal que ampara adoptar un acuerdo en relación con un uso o destino expreso, como son las viviendas de uso turístico [arts. 17.12 LPH y art. 5, e) LAU]. Y este hecho debe recalcarse, puesto que de la transcripción de la resolución anterior parece desprenderse que sólo cabe interpretar las cláusulas estatutarias en un sentido restrictivo, y no el contenido de la disposición legal.

Tanto las limitaciones legales como convencionales al ejercicio del derecho de propiedad horizontal han de interpretarse de forma restrictiva. Y, desde la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, al introducir por vez primera un concreto quórum para adoptar un determinado acuerdo relativo a un uso o destino específico, como son las viviendas de uso turístico, también debería de interpretarse de forma restrictiva el término «limitar».

No obstante, el Tribunal Supremo se aparta de su doctrina jurisprudencial a la hora de determinar el alcance de la expresión «limitar», y la interpreta de forma extensiva, incluyendo la posibilidad de «prohibir». Así, el Alto Tribunal afirma que:

«el precepto otorga preeminencia al espíritu y finalidad pretendida por la norma, que se identifica con la ratio o razón de ser que la justifica, lo que conduce a que el intérprete no deba detenerse en la mera exégesis gramatical, sino prestar atención a los otros criterios del artículo.»

Consideramos que el precepto, al aludir a «limitar» o «condicionar» es muy claro. Si el legislador hubiese querido «prohibir» las viviendas de uso turístico a través de un acuerdo adoptado en ese sentido por doble mayoría de propietarios y cuotas, así lo hubiera hecho, como a continuación podrá constatarse.

Interpretar es descubrir, no inventar. Y el precepto goza de una gran claridad como para forzar a decir algo que no dice. Para el Alto Tribunal:

«Desde un punto de vista semántico, la expresión "limite o condicione" establece dos supuestos distintos y alternativos, uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad.»

El Tribunal considera el precepto poco claro y, por lo tanto, entiende que resulta necesario realizar una interpretación de este. Ahora bien, en vez de optar por una interpretación restrictiva, acorde con su criterio jurisprudencial, realiza una interpretación extensiva, contraria a su jurisprudencia, afirmando que «la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar dicha actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite.»

Es decir, «limitar», interpretado de forma maximalista o, si se quiere, de forma extensiva, equivale a «prohibir». Podría ser, pero lo cierto es que, si tomamos como punto de referencia la jurisprudencia que mantenía nuestro Tribunal Supremo, no es ésta la interpretación que debería haberse dado.

Para finalizar, manifiesta que:

«[…] el espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para la venta y arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción

del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretende corregir por medio de tal disposición normativa.»

Añade que:

«Por otra parte, atribuir dichas facultades a los propietarios encuentra su fundamento en la consideración de que el desarrollo de una actividad de tal clase puede generar molestias y perjuicios —de ahí la posibilidad de condicionarla o restringirla que nadie cuestiona, puesto que se si tratase de una actividad meramente inocua la modificación carecería de sentido— […].»

Y, por último, en palabras del Tribunal:

«[…] el art. 17.12 LPH supone una excepción a la unanimidad (cada vez más en retroceso, […] por lo que sería contradictorio someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de la unanimidad, puesto que ello sería tanto como hacerla imposible, ya que el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedirlo.»

Las viviendas de uso turístico no deben considerarse, de plano, un destino molesto. Al menos, no más que cualquier otro uso distinto del de vivienda permanente. E, incluso, en ocasiones, el de vivienda permanente puede ser igual o más molesto. De ahí que siempre nos quede la posibilidad de acudir a la acción de cesación, *ex* art. 7.2 LPH.

El art. 17.12 LPH no sólo constituye una excepción para adoptar un acuerdo por el que se modifique el título constitutivo o los estatutos por unanimidad, sino también por el contenido del precepto, que, de forma novedosa, viene a regular un determinado uso o destino, como son las viviendas de uso turístico, con un contenido claro «limitar» o «condicionar». Y, ahora, además, «prohibir.»

Y, en ese mismo sentido, se pronuncia la STS de 3 de octubre de 2024[63], al aseverar que:

«En cualquier caso, tampoco entendemos que limitar el uso turístico no permita su prohibición, que no deja de ser una limitación, en este caso máxima, en un concreto aspecto de las facultades dominicales que corresponden a los propietarios sobre sus inmuebles […].»

Incrementar la posibilidad de acceder a una vivienda a través de la regulación restrictiva de las viviendas de uso turístico sería un punto de partida para alcanzar dicho objetivo, pero, insuficiente, si ello no va acompañado de buenas políticas públicas en la materia y con una normativa que otorgue seguridad a los propietarios para que cedan sus viviendas a uso permanente. Cosa que no hace la actual Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la Vivienda[64], que hace recaer sobre los propietarios el peso de proporcionar acceso a la vivienda a los ciudadanos.

Como bien indica Cuena Casas, el factor más relevante a su juicio, «es que se ha profundizado un desequilibrio contractual de los propietarios hasta límites que difícilmente podíamos imaginar hace unos años», añadiendo que «hay que ser realista y admitir que no es posible resolver el problema de la vivienda prescindiendo del mercado privado». Pero, «o se favorece que los propietarios privados saquen sus viviendas al mercado del alquiler y que éste sea rentable o será imposible que los precios bajen»[65]. Y esto es precisamente lo que no hace la legislación actual, como puede ser la Disposición final quinta de la LV[66].

Compartimos la opinión de la autora cuando afirma que «la solución no está en intervenir el mercado limitando el precio del alquiler»[67], sino en ofrecer seguridad jurídica a los propietarios, ya que si no pueden decidir a quién ceden su vivienda, durante cuánto tiempo y a cambio de qué precio, al menos que se les ofrezcan mayores garantías, articulando un proceso de desahucio más rápido, cosa que no hace la actual Ley por el Derecho a la Vivienda, que sólo introduce «importantes mejoras» para el demandado, y no para el propietario, que será el principal medio a través del cual el Estado pueda satisfacer la necesidad de vivienda.

VII. LAS «VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO» DEBEN FORMAR PARTE DEL TENOR DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA: A PROPÓSITO DE LA REFORMA DE LA LPH A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

Sin perjuicio de que, a partir de ahora, a través del quórum establecido en el art. 17.12 LPH también se pueda «prohibir» el uso turístico en el edificio, ello no es óbice para que las cláusulas que se adopten en ese sentido, o «limitando» o «condicionando», no aludan de forma expresa a las «viviendas de uso turístico» como una modalidad diferenciada del resto de tipologías de alojamiento, desechando otras expresiones como «apartamentos turísticos», «actividad económica», etc.[68]. Así, queda salvaguardada la doctrina jurisprudencial vigente por cuanto las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben constar de manera clara, precisa y expresa y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva.

Si la necesidad de constar las «viviendas de uso turístico» en el tenor de la cláusula ya era precisa desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2019 —aunque también podría ser válida la concreta expresión que utiliza la normativa sectorial autonómica para designar el fenómeno[69]—, ello es más exigible que nunca, confirmándose nuestra postura, con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Previamente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 14 de noviembre de 2024, aprobó el texto del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. Y, a través de la enmienda número 314 del Grupo Parlamentario Socialista se introdujo la propuesta de modificación de varios preceptos de la LPH.

Como justificación, alegaban que «El incremento de las viviendas de uso turístico ha provocado varios efectos no deseados: una grave situación de convivencia y molestia que vienen soportando muchas comunidades de propietarios y barrios en los que [las] viviendas son utilizadas para un uso turístico, la reducción de vivienda para el alquiler residencial, el incremento de precios de los arrendamientos para vivienda habitual y en muchas ocasiones una progresiva gentrificación de muchos barrios.

Debido a estas realidades se hace necesario que el Estado impulse medidas para combatirlas y con ellas contribuir a las medidas que se están adoptando por otras administraciones locales y autonómicas. De esta manera una de estas accio-

nes consiste en proponer esta modificación que permitirá dejar en manos de los propietarios como afectado directos la decisión sobre la aprobación o no de este tipo de actividad en el ámbito de las comunidades.»[70].

Antes de recoger las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, debe dejarse sentado que las comunidades de propietarios, desde la entrada en vigor de la LPH, han tenido en sus manos, como afectados directos, la posibilidad de decidir acerca de la aprobación tácita y la prohibición expresa de este uso. Ahora bien, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2019 marcó dos momentos:

— Antes de la entrada en vigor, el acuerdo regulando las «viviendas de uso turístico» debía adoptarse por unanimidad.
— Después de su entrada en vigor, por mayoría cualificada, en el sentido de «limitar», «condicionar» y «prohibir».

Y, en uno y otro momento, si no se decía lo contrario, las «viviendas de uso turístico» debía reputarse un destino permitido.

Hecha la anterior precisión, constatemos cuáles son las modificaciones introducidas mediante la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero:

1. Se añade un apartado 3 al artículo séptimo, con la siguiente redacción:
«3. El propietario de cada vivienda que quiera realizar el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, deberá obtener previamente la aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en los términos establecidos en el apartado 12 del artículo diecisiete de esta Ley.
El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice la actividad del apartado anterior, sin que haya sido aprobada expresamente, la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.»
Es decir, y según se desprende del tenor del primer párrafo del precepto, cada propietario, individualmente considerado, interesado en destinar su vivienda a uso turístico, deberá obtener la aprobación de la comunidad de propietarios, a través de un acuerdo adoptado por mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación[71]. Ahora bien, nada impide, parece, que, a través de una misma junta de propietarios convocada al efecto, sean varios los propietarios que puedan obtener la aprobación del resto de comuneros para destinar su vivienda a uso turístico.
Pero, y sin perjuicio de lo anterior, lo más destacable de la disposición es que el precepto no se refiere a que las viviendas de uso turístico estén ya prohibidas de forma expresa. Si están prohibidas, por mayoría cualificada, el propietario podría destinar su vivienda a su turístico si obtiene la aprobación por parte de la junta con un acuerdo adoptado por esa misma mayoría. Pero, si no están prohibidas, ello supone una auténtica delimitación del ejercicio del derecho de propiedad, y otra «excepción» —o la utilización de otra vara de medir—, en sede de viviendas de uso

turístico, para así decirlo, como causa de los grandes males a la hora de acceder los ciudadanos a una vivienda, a la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben constar de manera clara y expresa, presumiéndose el ejercicio del derecho de propiedad libre, salvo, como decimos, disposición en contra. Y, por otra parte, la letra del precepto pone de manifiesto, una vez más, que las «viviendas de uso turístico» son una modalidad de alojamiento diferenciada de cualquier otra, y que suponen un uso o destino diferenciado de cualquier otro, por lo que una cláusula que las regule debe contener la expresión «vivienda de uso turístico» de forma clara, precisa y expresa, sin que puedan utilizarse cláusulas abstractas, abiertas o generales.

El segundo párrafo del proyectado art. 7.3 LPH, permite al presidente de la comunidad requerir la cesación a aquel o aquellos propietarios que destinen su inmueble a «vivienda de uso turístico» sin contar con la previa autorización por parte de la junta, aunque no esté expresamente prohibido en los estatutos de la comunidad, «bajo apercibimiento de las acciones judiciales procedentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.» Entendiéndose por apartado anterior, el contenido del actual art. 7.2 LPH que contempla la acción de cesación en términos generales, en contraposición al art. 7.3 LPH, que la contemplará para un concreto ámbito.

2. Asimismo, se modifica el contenido del art. 17.12 LPH, para hacer constar, ahora sí, de manera expresa, la posibilidad de «prohibir» las viviendas de uso turístico, junto a «limitar» y «condicionar», por mayoría cualificada. De este modo, se incluye en el art. 17.12 LPH la expresión «prohíba», dejando intacto el resto del contenido del precepto.
3. Finalmente, se añade una Disposición adicional segunda, cuyo contenido es el que sigue: «Aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamiento Urbanos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que se haya acogido expresamente a la normativa sectorial turística, podrá seguir ejerciendo la actividad con las condiciones y plazos establecidos en la misma.»

Todo ello, no viene sino a corroborar la necesidad de que una cláusula estatutaria relativa a las «viviendas de uso turístico», debe referirse, expresamente, a esta modalidad de alojamiento, y no a cualquier otra modalidad, como pueden ser los «apartamentos turísticos», o utilizar cualquier otra expresión más abstracta, general o abierta, como es «actividad económica».

VIII. CONCLUSIONES

I. Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2019, nuestro Ordenamiento jurídico cuenta con una disposición normativa que prevé, de forma novedosa, un determinado contenido de acuerdo comunitario, como es «limitar» o «condicionar» —y, ahora, también «prohibir»—, en relación con un preciso uso o destino, como son las viviendas de uso turístico, y que se erige como una excep-

ción a la cláusula general de la unanimidad de propietarios y cuotas, a pesar de conllevar ello una modificación del título constitutivo o de los estatutos, siendo suficiente contar con la mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

II. Como consecuencia de lo anterior, el art. 17.12 LPH sólo permite adoptar acuerdos por la mayoría cualificada apuntada cuando éstos vayan dirigidos a regular la modalidad de alojamiento que constituyen las viviendas de uso turístico, y no cualquier otra modalidad, como hemos visto que sucede en ocasiones.

De modo que, aquellos acuerdos que se refieran a una tipología de alojamiento que no sea la prevista en el art. 5, e) LAU, deberán adoptarse por unanimidad de propietarios y cuotas, *ex* art. 17.6 LPH.

III. Tanto en el plano estatal —en los arts. 5, e) LAU, 7.3 y 17.12 LPH—, como en el autonómico —en las respectivas leyes sectoriales turísticas—, contamos con una regulación expresa de las viviendas de uso turístico. Por ello, se hace más acuciante que nunca, tanto por seguridad jurídica, cuanto por evitar caer en presunciones contrarias al ejercicio del derecho de propiedad, que las viviendas de uso turístico, si quieren ordenarse por parte de la comunidad de propietarios, consten citadas singularmente en las cláusulas estatutarias, como modalidad de alojamiento explícitamente regulada, independiente y diferenciada del resto de tipologías.

Además, debe tenerse en cuenta que, para que dichas cláusulas sean oponibles frente a terceros es necesario que consten inscritas en el Registro de la Propiedad. Y un tercero que pretenda adquirir un inmueble situado en una concreta comunidad de propietarios no tendrá conocimiento, a ciencia cierta, de qué usos o destinos están prohibidos en el edificio, incluido el uso turístico. Cosa que no sucedería si la cláusula fuera clara y precisa.

Es decir, sólo si consta «vivienda de uso turístico» o la expresión que haya recogido el legislador autonómico para regular esta modalidad de alojamiento en su normativa sectorial, el destino sí que quedaría claro, preciso y expreso.

VI. La doctrina jurisprudencial en virtud de la cual las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben ser claras y precisas y, en caso de duda, interpretarse de forma restrictiva, no sólo se predica del contenido de las cláusulas estatutarias, sino, también, y más en especial en relación con las viviendas de uso turístico, del posible contenido que pueden tener dichos acuerdos, con fundamento en el art. 17.12 LPH, que aludían, únicamente, a «limitar» o «condicionar».

Permitir «limitar» el uso turístico por mayoría cualificada, y reservarse la unanimidad para el caso de «prohibir», creemos que admitía compaginar todos los intereses en juego en el seno de la comunidad. De este modo, los comuneros podían ver satisfechas sus prerrogativas cuando contasen con la mayoría de tres quintos de propietarios y cuotas. Cosa que era impensable con el sistema anterior, ya que bastaba con la oposición de uno de los comuneros, al estar interesado en destinar su vivienda a uso turístico, para no alcanzar la unanimidad y, por ende, la aprobación del acuerdo. Y, por su parte, ello permitía el ejercicio del derecho de propiedad con mayor amplitud a aquellos propietarios que decidieran ceder sus viviendas para uso turístico.

Lo anterior, no impedía que la comunidad de propietarios pudiera «prohibir» las viviendas de uso turístico. Eso sí, dicho acuerdo debía adoptarse por unanimidad.

Y, en cualquier caso, la comunidad de propietarios tendría la posibilidad de ejercitar la acción de cesación, *ex* art. 7.2 LPH, tanto si el propietario no respetaba los límites o las condiciones fijadas; como si lo llevaba a cabo a pesar de la prohibición en los estatutos. Y, también, aunque observase todos los requisitos previstos, si se demostraba que la actividad era molesta.

Por todo ello, y con fundamento en la doctrina jurisprudencial de conformidad con la cual, en el seno de los inmuebles sometidos a régimen de propiedad horizontal, las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva, «limitar», aun en su máxima expresión, no amparaba la posibilidad «prohibir».

IX. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M. (1992), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Vol. I*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

Argelich Comelles, C. (2023) *Ley por el derecho a la vivienda*. Cizur Menor: Aranzadi.

Berenguer Albaladejo, M.ª C. (2021). Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de viviendas; exégesis del art. 17.12 LPH. En Cristina López Sánchez (Coord.), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Madrid: Dykinson, pp. 153 a 219.

Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; González Carrasco, C. (2005). *Derecho de la construcción y la vivienda*, 5ª edición, Madrid: Dilex.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.:

— (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH. *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, pp. 3 a 33.

— (2022). *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal)*. Madrid: Reus.

— (2024). Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos: ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023). *Actualidad Civil*, núm. 2.

— (2024). Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada (comentario a las dos SSTS de 3 de octubre de 2024). *Actualidad civil*, núm. 11.

Cuena Casas, M.:

— (2023). La ocupación ilegal de inmuebles. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 15, núm. 2, pp. 293 a 336.

— (2024). Una propuesta para incentivar la oferta de alquiler de vivienda asequible. Disponible en https://www.hayderecho.com/2024/10/07/alquiler-incentivar-propuesta/.

De Castro Vítores, G. (2008). Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble. *Revista Crítica*

de Derecho Inmobiliario, n.º 84, pp. 579 a 596.

De Castro y Bravo, F. (1942). *Derecho civil de España, Parte General, Tomo I, Segunda parte*. Valladolid: Editorial Casa Martín.

Díaz Vales, F. (2020). Viviendas de uso turístico y propiedad horizontal en Cataluña. En Pedro A. Munar Bernat *et al.,* (Dirs.), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pp. 507 a 523.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (2016). *Sistema de Derecho civil. Vol. I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13ª edición. Madrid: Tecnos.

Echeverría Summers, F. M., (1997). STS 20 de febrero de 1997. Actividades prohibidas en los estatutos. Resolución contrato de arrendamiento de local de negocio. Costas procesales. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* N.º 44, pp. 691 a 710.

Ferrer Guardiola, J. A. (2024). *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la "nueva propiedad"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Fuentes-Lojo Rius, A. (2020). Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico: comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 783, pp. 536 a 554.

Gil Rodríguez, J. (1992). La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611, pp. 1817 a 1848.

Gomá Lanzón, F. (2018). Limitación del uso turístico de las viviendas en el RD-Ley 21/2018, de 12 de diciembre. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/.

González Carrasco, M.ª C.:

— (2020). La pendiente resbaladiza de las cláusulas estatutarias sobre alquiler vacacional. *Revista CESCO*.

— (2024). Hitos relevantes en la jurisprudencia y en la doctrina registral sobre viviendas de uso turístico y alquileres vacacionales. *Revista CESCO*, núm. 51.

Lacruz Berdejo, J. L. (2006). *Elementos de Derecho civil, Vol. I, introducción*, 4ª edición. Madrid: Dykinson.

López Simó, F.:

— (2023). Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico. *Diario La Ley*, N. 10383.

— (2023). Las reformas introducidas en el procedimiento de "desahucio exprés de okupas" por la Ley 12/2023, sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo. *Revista Jurídica de las Illes Balears*, N. 25, pp. 89-119.

Loscertales Fuertes, D. (2021). Acuerdo de junta de propietarios prohibiendo el "uso turístico". *El Notario del siglo XXI*, n.º 100.

Magro Servet, V. (2021). Acerca de la resolución de 29 de abril de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las posibilidades de prohibición del alquiler vacacional: ¿es posible inscribir ese acuerdo? Disponible en: https://elderecho.com/acerca-de-la-resolucion-de-29-de-abril-de-2021-de-la-direccion-general-de-seguridad-juridica-y-fe-publica-sobre-las-posibilidades-de-prohibicion-del-alquiler-vacacional-es-posible-inscribir-es

Martínez Calvo, J. (2020). Alojamiento colaborativo y propiedad horizontal: regulación de las viviendas turísticas por parte de las comunidades de propietarios. En Pedro A. Munar Bernat *et al.,* (Dirs.), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 465 a 483.

Martínez Nadal, A. (2020). *Alquiler turístico de viviendas de uso turístico y Derecho de la Competencia.* Cizur Menor: Aranzadi.

Martínez Ortega, J. C. (2021). Las comunidades de propietarios pueden regular el establecimiento de los apartamentos turísticos. *El Notario del siglo XXI*, n.º 100.

Mesa Marrero, C. (2019). Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencia en materia civil, *InDret,* 3, pp. 1 a 43.

Molina Illescas, S. (2020). Inscripción en el Registro de la Propiedad de acuerdos comunitarios sobre limitación, condicionamiento y prohibición de viviendas turísticas. *Propiedad Horizontal*, n.º 346, pp. 12 a 20.

Murga Fernández, J. P. (2019). Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, pp. 2221 a 2276.

Pau Pedrón, A. (1996). *Manual de Derecho registral.* Madrid: Fundación para la formación de altos profesionales.

Polo Portilla, M. J. (2020). Negativa del registrador a inscribir un acuerdo de prohibición del alquiler turístico o la necesidad de una correcta definición de la decisión adoptada. Disponible en: https://blog.sepin.es/2020/11/registro-acuerdo-prohibicion-alquiler-turistico/

Puche Ramos, A. (2021). Limitar sí es prohibir. El acuerdo de prohibición del ejercicio de alquiler vacacional no necesita unanimidad, sino doble mayoría de tres quintos. *Propiedad horizontal*, n.º 350, pp. 20 a 27.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STC de 21 de octubre de 1993.
- STS de 7 de febrero de 1989. ECLI:ES:TS:1989:9039.
- STS de 20 de febrero de 1997. ECLI:ES:TS:1997:1168.
- STS de 14 de octubre de 2004. ECLI:ES:TS:2004:6516.
- STS de 19 de julio de 2006. ECLI:ES:TS:2006:4429.
- STS de 13 de noviembre de 2006. ECLI:ES:TS:2006:6789.
- STS de 20 de septiembre de 2007. ECLI:ES:TS:2007:5835.
- STS de 10 de octubre de 2007. ECLI:ES:TS:2007:7016.
- STS de 20 de octubre de 2008. ECLI:ES:TS:2008:5457.
- STS de 28 de mayo de 2009. ECLI:ES:TS:2009:3492.
- STS de 30 de septiembre de 2010. ECLI:ES:TS:2010:4968.
- STS de 24 de octubre de 2011. ECLI:ES:TS:2011:8009.
- STS de 25 de junio de 2013. ECLI:ES:TS:2013:4089.
- STS de 1 de octubre de 2013. ECLI:ES:TS:2013:5095.
- STS de 9 de octubre de 2013. ECLI:ES:TS:2013:4964.
- STS de 5 de mayo de 2015. ECLI:ES:TS:2015:1729.

- STS de 15 de junio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2202.
- STS de 18 de junio de 2020. ECLI:ES:TS:2020:2183.
- STS de 15 de diciembre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:4214.
- STS de 29 de noviembre de 2023. ECLI:ES:TS:2023:5199.
- STS de 24 de enero de 2024. ECLI:ES:TS:2024:196.
- STS de 29 de enero de 2024. ECLI:ES:TS:2024:315.
- STS de 30 de enero de 2024. ECLI:ES:TS:2024:331.
- STS de 3 de octubre de 2024. ECLI:ES:TS:2024:4791.
- STS de 18 de febrero de 2025. ECLI:ES:TS:2025:725.
- ATS de 9 de septiembre de 2020.
- SAP Madrid de 13 de marzo de 2018. ECLI:ES:APM:2018:4161.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de septiembre de 2018. ECLI:AP-TF:2018:1573.
- SAP Asturias de 23 de diciembre de 2020. ECLI:APO:2020:5104.
- SAP Jaén de 21 de julio de 2021. ECLI:APJ:2021:1065.
- SAP de Alicante de 7 de marzo de 2022. ECLI:APA:2022:831.
- SAP de Segovia de 21 de abril de 2020. ECLI:APSG:2020:145.
- SAP de Guipúzcoa de 20 de mayo de 2022. ECLI:ES:APSS:2022:588.
- SAP de Las Palmas de 23 de junio de 2022. ECLI:APGC:2022:2419.
- SAP Córdoba de 12 de julio de 2022. ECLI:ES:APCO:2022:639.
- SAP de Madrid de 15 de junio de 2022. ECLI:ES:APM:2022:4463A.
- SAP de Vizcaya de 20 de octubre de 2022. ECLI:ES:APBI:2022:2244.
- SAP de Cantabria de 23 de noviembre de 2022. ECLI:ES:APS:2022:1728.
- RDGSJFP de 19 de diciembre de 2019.
- RDGSJFP de1 de junio de 2020.
- RDGSJFP16 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 27 de abril de 2021.
- RDGSJFP de 29 de abril de 2021.
- RDGSJFP de 8 de junio de 2021.
- RDGSJFP de 21 de diciembre de 2022.

NOTAS

[1] En lo sucesivo, LPH.

[2] En relación con la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, *Vid*., por todos, Argelich Comelles, C. (2023). *Ley por el derecho a la vivienda*, Cizur Menor: Aranzadi.

[3] En adelante, Real Decreto-ley 7/2019.

[4] España, a la cola de Europa en vivienda protegida y con un precio récord— idealista/news: España, con apenas un 2,5 % de vivienda destinado a protección oficial o vivienda asequible, se sitúa como uno de los países que tiene menor oferta de este tipo de viviendas en Europa, sólo por delante de Portugal y Rumanía, y empatando con Bulgaria. A modo de dato informativo, Finlandia cuenta con un 13 % de vivienda de protección oficial, Suecia con un 19 %, Dinamarca con un 20,9 %, Austria con un 24 %, Países Bajos con un 30 %. Argelich Comelles, C., *op. cit.*, p. 36: «El contexto de acceso a la vivienda en España difiere de la media en la Unión europea, y ello es una expresión más de lo que en estadística se conoce como "valor atípico", esto es, cuando un valor difiere en exceso del resto e induce a pensar que se ha cometido un error.»

[5] Precepto que fue añadido a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, referido, tal y como señala el Preámbulo de la citada Ley, al «alojamiento privado para el turismo».

[6] En adelante, LAU.

[7] Sentencia núm. 301/1993.

[8] Sentencia núm. 728/2011.

[9] Para Echeverría Summers, F. M. (1997). STS 20 de febrero de 1997. Actividades prohibidas en los estatutos. Resolución contrato de arrendamiento de local de negocio. Costas procesales, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 44, pp. 691 a 710, p. 699: «la exigencia de una prohibición expresa resulta más acorde con la idea de que la propiedad se presume libre.» *Vid*. también las SSTS de 14 de octubre de 2004, núm. 1013/2004 y de 19 de julio de 2006: «la interpretación y aplicación de cualquier cláusula estatutaria que impide o limita el derecho dominical debe ser restrictiva.»

[10] Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E.; González Carrasco, C. (2005). *Derecho de la construcción y la* vivienda, 5ª edición, Madrid: Dilex, pp. 765 y 766, manifiestan que «el carácter preconstitucional de la LPH antes de la reforma operada por la Ley 8/1999, exigió una adecuación interpretativa "conforme a la Constitución", lo que condujo a nuestros tribunales y a la DGRN a considerar que el contenido esencial de ese derecho incluye la facultad de imprimir al bien determinado destino económico, o prescindir del que el anterior propietario le hubiere atribuido, siempre y cuando no se realicen actividades incómodas, insalubres, peligrosas o específicamente prohibidas en los estatutos.»

[11] STS de 7 de febrero de 1989 («toda limitación a la propiedad individual, al derecho singular, ha de interpretarse de modo restrictivo […]», y lo reiteran las SSTS de 20 de febrero de 1997, de 14 de octubre de 2004, núm. 1013/2004, de 13 de noviembre de 2006, núm. 1152/2006, de 10 de octubre de 2007, núm. 1023/2007 o de 30 de septiembre de 2010, núm. 537/2010.

[12] Lo reitera la STS de 20 de octubre de 2008, núm. 929/2008, y la STS de 25 de junio de 2013, núm. 419/2013, siempre que las limitaciones no sean claras, precisas y terminantes, «tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad)».

[13] STS de 20 de septiembre de 2007, núm. 996/2007. O la STS de 28 de mayo de 2009, núm. 401/2009.

[14] En este sentido cabe citar, además, la STS de 20 de octubre de 2008; STS de 30 de diciembre de 2010 y, poco tiempo atrás, la SAP Madrid de 13 de marzo de 2018, núm. 90/2018; SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de septiembre de 2018, núm. 354/2018; el ATS de 9 de

septiembre de 2020, o la SAP Asturias de 23 de diciembre de 2020, núm. 459/2020; SAP Jaén de 21 de julio de 2021, núm. 855/2021. Pau Pedrón, A. (1996). *Manual de Derecho registral,* Madrid: Fundación para la formación de altos profesionales, p. 137.

[15] Para Fuentes-Lojo Rius, A. (2021). Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico: comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 783, pp. 536 a 554, p. 538: «se trata de una cuestión meramente gramatical y estéril en cuanto a su trascendencia jurídica.»

[16] Para un estudio en profundidad, *Vid*. Ferrer Guardiola, J. A. (2024). *El régimen de la vivienda de uso turístico como manifestación de la "nueva propiedad"*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 280 a 300.

[17] Resolución núm. 7654/2020.

[18] Resolución núm. 9053/2020.

[19] Resolución núm. 8318/2021.

[20] Resolución núm. 8321/2021.

[21] Resolución núm. 1079/2021.

[22] Resolución núm. 2893/2023

[23] Resolución núm. 3557/2020. En relación con dicha resolución, véase Ferrer Guardiola, J. A. (2024). *op. cit*. pp. 282 y ss.

[24] Sentencia núm. 129/2020.

[25] Y finaliza diciendo: «Conocedor de que ya existen apartamentos de ese uso limita su retroactividad, no podrán cerrarse los que ya existen. Pero si impedir la apertura de nuevos. Con lo que consagra el trato desigual. En cuanto a la justificación, cabe entender que también la dispensa, pues la da por supuesta, al punto que en la misma norma se permite que a las viviendas en que se realice esa actividad se les incremente la participación en los gastos comunes hasta un 20 %. Ese uso supone un plus de afección a la propiedad común y a los vecinos del inmueble que lo justifica su prohibición lo mismo que su sobrepago.»

[26] Sentencia núm. 383/2022: «que comprender dentro del objeto de los acuerdos que precisa el voto favorable de 3/5 del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 de las cuotas de participación, aquellos que prohíben la actividad de uso de piso turístico en los pisos del edificio de la comunidad no supone realizar una interpretación extensiva del art. 17.12 LPH, sino una interpretación acomodada a su tenor literal. Es cierto que el citado precepto no utiliza la expresión "prohibir", sino "limitar", pero entre las diversas acepciones de dicho verbo, la primera es "poner límites a lago"; y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo.»

[27] Sentencia núm. 109/2022.

[28] Sentencia núm. 893/2022.

[29] Sentencia núm. 690/2022.

[30] Sentencia núm. 552/2022.

[31] Sentencia núm. 404/2022.

[32] Sentencia núm. 218/2022.

[33] Fuentes-Lojo Rius, A. (2021). *Op. cit*., p. 539.

[34] Díaz Vales, F. (2020). Viviendas de uso turístico y propiedad horizontal en Cataluña. En Pedro A. Munar Bernat *et al.,* (Dirs.), *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 507 a 523, p. 511.

[35] Martínez Nadal, A. (2020). *Alquiler turístico de viviendas de uso turístico y Derecho de la Competencia,* Cizur Menor: Aranzadi, p. 110: «consideramos que la interpretación razonable, desde un punto de vista teleológico, sistemático y contextual, es entender que tal flexibilización también alcanza a la adopción de acuerdos prohibitivos.»

[36] Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo art. 17.12 LPH. *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, pp. 3 a 33, pp. 14 y 15: «no parece que haya obstáculo alguno para entender que quepa acordar

la prohibición absoluta de dicha actividad por la comunidad de vecinos». Fundamenta su opinión, por una parte, en la interpretación gramatical del precepto: «tal prohibición, si bien no condiciona el destino turístico, sí lo limita, conforme prevé la norma, haciéndolo con carácter absoluto, general». Y, por otra, en su interpretación teleológica: «si la razón general del Decreto-ley 21/2018 ha sido la de incentivar el mercado de la vivienda para su compraventa o su alquiler, y ha considerado que uno de los actuales obstáculos para ello es el reciente fenómeno del alquiler turístico, ¿cómo no va a ser conforme a tal espíritu la posibilidad de prohibir el fenómeno?». Y, del mismo autor: (2022) *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (Comentario al art. 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal),* Madrid: Reus, pp. 107 y ss. (2024) Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos: ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023). *Actualidad Civil*, núm. 2.

[37] Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2024). Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada (comentario a las dos SSTS de 3 de octubre de 2024). Actualidad civil, núm. 11.

[38] Murga Fernández, J. P. (2019). Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, pp. 2221 a 2276, p. 2249.

[39] Puche Ramos, A. (2021). Limitar sí es prohibir. El acuerdo de prohibición del ejercicio de alquiler vacacional no necesita unanimidad, sino doble mayoría de tres quintos, *Propiedad horizontal*, n.º 350, pp. 20 a 27, pp. 23 y 24.

[40] Polo Portilla, M, J. (2020). Negativa del registrador a inscribir un acuerdo de prohibición del alquiler turístico o la necesidad de una correcta definición de la decisión adoptada. Disponible en: https://blog.sepin.es/2020/11/registro-acuerdo-prohibicion-alquiler-turistico/.

[41] . (2024) Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos: ¿por ser una actividad económica o potencialmente molesta y abusiva? (Comentario a las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023). *Actualidad Civil*, núm. 2

[42] Berenguer Albaladejo, M.ª C. (2021). Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de viviendas; exégesis del art. 17.12 LPH. En Cristina López Sánchez (Coord.), *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Madrid: Dykinson, pp. 153 a 219, pp. 183 y 184.

[43] «Lo contrario sería un contrasentido si tenemos en cuenta también que el reclamo social iba por la senda de que se abriera una vía legal para que las comunidades de propietarios pudieran hacer frente a esta actividad prohibiéndola, y no sólo limitando o condicionando su ejercicio, opiniones estas últimas consideradas en muchos casos insuficientes e ineficaces para proteger adecuadamente el interés general de la comunidad.»

[44] Gomá Lanzón, F. (2018). Limitación del uso turístico de las viviendas en el RDLey 21/2018, de 12 de diciembre. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2019/01/21/limitacion-del-uso-turistico-de-las-viviendas-en-el-rdley-21-2018-de-14-de-diciembre/. Comparte la opinión del anterior autor y sus ejemplos: Molina Illescas, S. (2020). Inscripción en el Registro de la Propiedad de acuerdos comunitarios sobre limitación, condicionamiento y prohibición de viviendas turísticas. *Propiedad Horizontal*, n.º 346, pp. 12 a 20.

[45] Y cita como ejemplos: que no más de un tanto por ciento de los inmuebles del edificio se dediquen a esto, que exista un horario de entrada y salida de usuarios, impedir celebrar fiestas por parte de los inquilinos, no permitir que usen la piscina o el gimnasio u otras instalaciones comunes, etc.

[46] Tales como: tener un seguro que específicamente cubra los daños que pudieran derivarse a instalaciones de la comunidad, que solamente se estén utilizando simultáneamente un determinado porcentaje de las viviendas totales para este uso, etc.

[47] González Carrasco, M.ª C. (2020). La pendiente resbaladiza de las cláusulas estatutarias sobre alquiler vacacional, *Revista CESCO*. *Vid*. de esta misma autora: (2024) Hitos

relevantes en la jurisprudencia y en la doctrina registral sobre viviendas de uso turístico y alquileres vacacionales. *Revista CESCO*, núm. 51.

[48] Magro Servet, V. (2021). Acerca de la resolución de 29 de abril de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las posibilidades de prohibición del alquiler vacacional: ¿es posible inscribir ese acuerdo? Disponible en: https://elderecho.com/acerca-de-la-resolucion-de-29-de-abril-de-2021-de-la-direccion-general-de-seguridad-juridica-y-fe-publica-sobre-las-posibilidades-de-prohibicion-del-alquiler-vacacional-es-posible-inscribir-es.

[49] Mesa Marrero, C. (2019). Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencia en materia civil, *InDret*, núm. 3, pp. 1 a 43, p. 30. Por su parte, no queda clara la opinión de Martínez Ortega, J. C. (2021). Las comunidades de propietarios pueden regular el establecimiento de los apartamentos turísticos, *El Notario del siglo XXI*, n.º 100, al manifestar que: «La junta de propietarios, como órgano soberano, podrá dar el visto bueno a la posibilidad de destinar las viviendas de uso turístico o prohibirlo.» No se pronuncia en relación con la posibilidad de prohibir a la luz del art. 17.12 LPH Loscertales Fuertes, D. (2021). Acuerdo de junta de propietarios prohibiendo el "uso turístico". *El Notario del siglo XXI*, n.º 100.

[50] Albaladejo, M. (1992), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Vol. I*, Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 525, en relación con la interpretación de las leyes, si la propia ley «no expresa cuál es su finalidad, pero el interprete aduce una para restringir o ampliar su sentido literal, no hay que hablar de la correcta interpretación (restrictiva o extensiva [si la finalidad iba más allá que la letra de la ley]) de la ley en virtud de la finalidad propuesta por la ley, sino de una interpretación en función de la finalidad superpuesta por el intérprete. La arbitrariedad del procedimiento resulta evidente […]. Por otro lado, desde la codificación, los textos legales no acostumbran a explicitar razones o finalidades en la denominada parte dispositiva de las leyes, sino que aquéllas se expresan, en su caso, en la parte expositiva o exposición de motivos; en relación a esta última, una convención generalmente aceptada afirma su carácter de elemento o medio utilizable para la interpretación de la ley, pero sin carácter vinculante.»

[51] De Castro y Bravo, F. (1942). *Derecho civil de España, Parte General, Tomo I, Segunda parte*, Valladolid: Editorial Casa Martín, p. 391.

[52] Como apunta De Castro Vítores, G. (2008). Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 84, pp. 579 a 596, p. 582: «la necesidad de acuerdo unánime para determinadas decisiones sirve de cauce protector del derecho y del valor atribuido al titular del piso o local, del ámbito de su libertad y su poder real.» La unanimidad, como «aspecto defensivo», «permite al propietario oponerse a iniciativas y decisiones, también colectivas, que intentarán privarle de lo que es suyo».

[53] Como dice el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 21 de octubre de 1993, en relación con la acción de cesación: «Nos encontramos, así, ante una abstracta previsión legal que liga una determinada consecuencia negativa (privación del uso del piso) a la transgresión de un deber impuesto por la propia Ley en el seno de una relación jurídico-privada, consecuencia negativa que grava sobre el patrimonio del transgresor, a quien el órgano judicial puede privar del uso del inmueble (vivienda o local), durante un máximo de dos años.» Es una «específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales.»

[54] Sentencia núm. 1671/2023.

[55] Sentencia núm. 90/2024.

[56] Las cursivas son nuestras.

[57] Sentencia núm. 95/2024.

[58] Sentencia núm. 105/2024.

[59] Además, el propio acuerdo indicaba que: «Al necesitar una mayoría cualificada, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, no manifiesten su discrepancia

mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretariado de la comunidad en el plazo de 30 días naturales. Por lo que, junto a este Acta, se enviará a los propietarios una remisión de voto.» Como consta en la sentencia, el 4 de febrero de 2020, se remitió el acta de la junta a todos los propietarios, sin que en el plazo de treinta días naturales se hubiera manifestado ninguna discrepancia, por lo que quedó aprobado el acuerdo.

[60] Cuyo art. 2.2 otorga la siguiente definición: «tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellos pisos, estudios, apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser cedidos en su totalidad con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio.»

[61] Según el art. 2.1, «se consideran apartamentos turísticos los inmuebles integrados por unidades de alojamiento complejas, dotadas de instalaciones, equipamientos y servicios en condiciones de ocupación inmediata, destinados de forma habitual por sus propietarios o representantes, al alojamiento turístico ocasional, sin carácter de residencia permanente para los usuarios, mediante precio y cumplan con el principio de unidad de explotación.»

[62] *Vid*. las SSTS de 24 de octubre de 2011, de 25 de junio de 2013, 1 de octubre de 2013, 9 de octubre de 2013, 5 de mayo de 2015, 15 de junio de 2018, 18 de junio de 2020 o 15 de diciembre de 2020.

[63] Sentencia núm. 1233/2024.

[64] En adelante, LV.

[65] Cuena Casas, M. (2024). Una propuesta para incentivar la oferta de alquiler de vivienda asequible. En https://www.hayderecho.com/2024/10/07/alquiler-incentivar-propuesta/

[66] En virtud de la cual, se añaden importantes novedades en relación con el procedimiento de desahucio. Disposición, ésta, criticada por López Simó, F. (2023). Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico. *Diario La Ley*, N. 10383. Y, del mismo autor, (2023) Las reformas introducidas en el procedimiento de "desahucio exprés de okupas" por la Ley 12/2023, sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo. *Revista Jurídica de las Illes Balears* (2023), N. 25, pp. 89-119. Cuena Casas, M. (2023). La ocupación ilegal de inmuebles. Cuadernos de Derecho transnacional, Vol. 15, núm. 2, pp. 293 a 336.

[67] Como ha sucedido en Cataluña o en parte del País Vasco, que se han declarado 24 municipios tensionados de Lapurdi, los cuales se han dividido en tres zonas y en cada una de ellas se ha establecido un precio medio de alquiler por metro cuadrado. Esta última medida entró en vigor el pasado 25 de noviembre de 2024.

[68] Por su parte, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2023). *Op. cit*., p. 4, considera que «Entre las prohibiciones claras y expresas cabe, en principio, incluir aquellas que hagan referencia global (genérica o descriptiva, en una enumeración siempre abierta) a cualquier actividad turística, hotelera o vacacional, sea de hospedaje o arrendaticia.» E, igualmente, se posiciona a favor de entender comprendidas las «viviendas de uso turístico» cuando la cláusula estatutaria cuente con la expresión «actividad económica» (p. 9).

[69] Véase Ferrer Guardiola, J. A. *op. cit*., pp. 105 a 115 en relación con la conceptuación de esta modalidad de alojamiento por parte de las Comunidades Autónomas.

[70] https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-16-3.PDF#page=1

[71] La Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, en su art. 50.7, recoge una disposición, prácticamente, en los mismos términos que la que propone el legislador estatal: «Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior o en su defecto, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solamente a este efecto, un acuerdo de la junta de propietarios en el que la mayoría de personas propietarias, que a la vez constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la misma mayoría puede modificar.» E, igualmente, lo contiene el Anteproyecto de Ley de ordenación sostenible del uso turístico de viviendas, de

las Islas Canarias, en el art. 5.1, letra e): «Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior o en su defecto, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solamente a este efecto, un acuerdo de la junta de propietarios en el que se acepte expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que deberá obtenerse conforme al régimen determinado en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, y acreditarse fehacientemente por certificación del Registro de la Propiedad.»

1.4. Sucesiones

La sucesión hereditaria: la transmisión del *ius delationis*

Hereditary succession: the transmission of the ius delationis

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a Profesora Titular). UCM.

RESUMEN: En el momento del fallecimiento del causante son llamados todos los posibles sucesores, ya por haberlo dispuesto el causante en testamento, ya sea diferido por mandato de ley (vocación). Por su parte, la delación atribuye con carácter inmediato el derecho a aceptar o repudiar la herencia. Si el instituido acepta, adquiere la herencia, si repudia se produce una vacante personal que se resolverá llamando a la herencia a los sustitutos vulgares, a los coherederos en virtud del derecho de acrecer o a los herederos abintestato. Pero puede suceder que el instituido fallezca sin haber ejercitado la delación. En este caso, la falta de heredero es resuelta por el artículo 1006 del Código Civil disponiendo la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia a los herederos del fallecido. El Código Civil considera que la delación se puede transmitir *mortis causa*, por lo que serán los herederos del transmitente (transmisarios) quienes adquirirán el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante. En el presente estudio, se analiza el alcance, presupuestos, naturaleza y efectos del derecho de transmisión contenido en el citado artículo 1006 del Código Civil, su relación con otros institutos sucesorios y la controversia que, ha recuperado buena parte de su protagonismo, prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2013, relativa a si el transmisario que ejercita el *ius delationis* y acepta la herencia del llamado-trasnmitente sucede directamente al primer causante o resulta necesaria una doble transmisión hereditaria; y la revisión de la materia que ha operado en la últimas resoluciones de la DGSJFP.

ABSTRACT: At the time of the death of the deceased, all possible successors are called, either because the deceased has provided for it in a will or deferred by mandate of law (vocation). For its part, the devolution immediately grants the right to accept or

https://doi.org/10.36151/rcdi.2025.808.09

reject the inheritance. If the appointed successor accepts, he acquires the inheritance; if he rejects, a personal vacancy occurs which will be resolved by calling to the inheritance — vulgar substitutes, the co-heirs by virtue of the right of accretion or the intestate heirs. However, it may happen that the appointed successor dies without having exercised the devolution. In this case, the lack of an heir is resolved by article 1006 of the Civil Code, which provides for the transmission of the right to accept or reject the inheritance to the heirs of the deceased. The Civil Code considers that the devolution can be transmitted mortis causa, so it will be the heirs of the transmitter (transmitters) who will acquire the right to accept or reject the inheritance of the first deceased. In this study, the scope, budgets, nature and effects of the right of transmission contained in the aforementioned article 1006 of the Civil Code, its relationship with other succession institutes and the controversy that has regained much of its prominence are analyzed, proof of this is the judgment of the Supreme Court, of the Plenary of the Civil Chamber, of September 11, 2013, relative to whether the transferee who exercises the ius delationis and accepts the inheritance of the so-called-transferor directly succeeds the first deceased or a double hereditary transmission is necessary; and the review of the matter that has operated in the latest resolutions of the DGSJFP.

PALABRAS CLAVES: Vocación, delación (*ius delationis*), sucesión, transmisión del derecho de aceptar o repudiar la herencia, llamamiento para suceder, legado, causante, heredero, derecho de representación y derecho de acrecer.

KEYWORDS: Vocation, delation (ius delationis), succession, transmission of the right to accept or reject the inheritance, call to succeed, legacy, deceased, heir, right of representation and right of accretion.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN.—III. REQUISITOS OPERATIVOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN.—IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA TRANSMISIÓN DEL *IUS DELATIONIS*.—V. EFECTOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN. 1. El derecho de representación y el derecho de transmisión. 2. La sustitución vulgar, el derecho de acrecer y el derecho de transmisión. 3. Legados, pluralidad de transmisarios y sucesión testada e intestada *versus* derecho de transmisión.—VI. LA NATURALEZA DE LA SUCESIÓN DEL *"IURE TRANSMISSIONIS"*. —VII. EL TRATAMIENTO FISCAL DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

CASTÁN TOBEÑAS citando a Radaelli entiende que la herencia es un fenómeno (una relación si se quiere) que se desarrolla en el tiempo. Así la transmisión hereditaria supone varios hechos o jalones, íntimamente relacionados que, pueden acaecer al mismo tiempo o en momentos sucesivos y a través de largos intervalos"[1]. Nuestro Código Civil sigue, al respecto, el sistema romanista que determina que, el delado (futuro heredero) solamente adquiere la herencia mediante la aceptación. De forma que, entre la delación y adquisición de la herencia medie un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere con

efectos retroactivos. Durante ese lapso de tiempo no hay heredero, sino un sujeto llamado a serlo, y la herencia se halla yacente.

Por tanto, la adquisición de la herencia en nuestro derecho exige la aceptación por el llamado a ser heredero. Es por ello, opinión común en la doctrina distinguir entre: 1. La apertura de la sucesión; 2. La vocación a la herencia; 3. La delación de la herencia; 4. La adquisición de la herencia. Ciertamente, existe amplio consenso doctrinal entre nuestros comentaristas del Código Civil español que sigue el sistema romano de aceptación de la herencia, en el que la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace falta un acto de aceptación expresa o tácita. La adquisición hereditaria descansa, pues, en dos presupuestos: delación o llamamiento y aceptación o adición. Del llamamiento sólo nace a favor del llamado el derecho adquirir la herencia mediante la aceptación (el denominado *ius delationis* o *ius adeundi*). Sólo en el caso que dicho derecho sea ejercido, el llamado deviene efectivamente heredero. También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue la tesis doctrinal mayoritaria. Así en su sentencia de la Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2011[2] se afirma que "en el ordenamiento español no se pone en duda que se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, por lo que, producida la muerte del causante (apertura de la sucesión) y tras las llamadas vocación (expectativa jurídica) y delación (derecho subjetivo, *ius delationis*) la adquisición de la herencia se produce por la aceptación, pero ésta tiene efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (artículos 657 y 661 del Código Civil)" eficacia retroactiva que el Código Civil predica, igualmente, de la repudiación (artículo 989); por lo que, resultaría incongruente incluir en el acta de declaración de herederos los derechos a la herencia de quien previamente ya ha renunciado a ellos, impidiendo así que, el llamado a la herencia haya devenido heredero.

Respecto de la apertura de la sucesión, esta tiene lugar a la muerte del causante (a la que se equipara con algún matiz, la declaración de fallecimiento). En este momento, el conjunto de relaciones jurídicas de la que era titular el difunto se ha convertido en "herencia", en espera de un heredero[3]. La apertura de la sucesión no es sino la producción del hecho que motiva la sucesión. No constituye un momento del fenómeno sucesorio, sino que es su presupuesto esencial, su antecedente lógico[4]. Por su parte, la vocación es el llamamiento efectivo del designado como posible sucesor a consecuencia de la apertura de la sucesión. O, lo que es lo mismo, el llamamiento "*in abstracto*" de todos los posibles herederos *abintestado* o designados principal o subsidiariamente por el testador en el momento de la muerte del causante. Lo cierto es que, en el momento de fallecimiento del causante son llamados todos los posibles sucesores, ya por haberlo dispuesto así el causante, ya por ser consecuencia del mandato de la ley. En todo caso, tal llamamiento comporta una legitimación para suceder, pero no una legitimación para adquirir a diferencia de la delación. La muerte o el fallecimiento del causante producen de forma automática la apertura de la sucesión y, asimismo, provoca simultáneamente —aunque con fase conceptualmente independiente— la vocación o llamamiento a la herencia[5].

En cuanto a la delación supone un paso más en el proceso de adquisición de la herencia, ya que consiste en atribuir al llamado la posibilidad inmediata de suceder mediante aceptación. Es el concreto ofrecimiento de la herencia. Como dice

LACRUZ BERDEJO "hay vocación de una vez para siempre en el momento en que es llamado a una herencia, aunque no se acepte o no haya oportunidad de aceptarla; mientras que, la delación se inicia cuando nace la oportunidad de aceptar la herencia y termina con la aceptación. La vocación, por otra parte, depende de la voluntad del causante o del parentesco; la delación, de la ley"[6]. La delación tiene como presupuesto una previa vocación, pero no toda vocación conlleva delación. Asimismo, conviene precisar que, vocación y delación pueden coincidir o no en el proceso sucesorio. En el primer caso, siguiendo la clasificación de ROCA-SASTRE MUNCUNIL, estamos ante casos de vocación con delación inmediata, mientras que, en el segundo nos encontramos con supuestos de vocación con delación diferida, cuando la designación está hecha bajo condición suspensiva, o el designado se encuentra solo concebido; o de vocación con delación sucesiva, pues, el designado sea de rango posterior o de rango sucesivo, tiene vocación, pero no delación a su favor, pues, la designación anterior en orden con su vocación impide la delación de los designados posteriores —tal es el caso, de la sustitución vulgar, de la sucesión por derecho de representación, y, de la sucesión intestada ante la no operatividad de la sucesión testada-[7].

Hay, pues, delación sólo cuando el heredero llamada para aceptar inmediatamente y adquirir la herencia ofrecida sin que ninguna circunstancia se lo impida[8].

La delación (del verbo latino *deferre*) atribuye al llamado el *ius delationis*, cuyo contenido consiste en que, con carácter inmediato el heredero electo tiene derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante. Si el instituido acepta, adquirirá la herencia y se cierra el ciclo sucesorio; si repudia, el *ius delationis* cambia de sujeto, al producirse una vacante que, la ley lo resuelve, llamando —y ofreciendo la herencia— al sustituto vulgar, en su defecto a los coherederos en virtud del derecho de acrecer o, sucesivamente, a los herederos legítimos hasta llegar al Estado.

Ahora bien, la delación atribuye a su titular, además de la facultad de aceptar o repudiar, la facultad de realizar en los bienes del caudal *relicto* actos de mera conservación o administración provisional entre los que se encuentra el ejercicio de las acciones posesorias (artículo 999 del Código Civil), la facultad de pedir la formación de inventario y, la de deliberar (artículo 1019 del Código Civil).

En todo caso, el *ius delationis* es un derecho subjetivo de contenido patrimonial en la medida que da derecho a la sucesión y aunque ésta pueda comprender relaciones no patrimoniales, lo que es claro es que, el patrimonio del causante que, es objeto de sucesión *mortis causa*, pasa por esa vía a los herederos. Asimismo, no tiene carácter personalísimo, en el sentido que, no sólo puede ejercerlo su titular que, es el llamado por el primer causante, pues, como veremos, es transmisible *mortis causa* (artículo 1006 del Código Civil) y, además es posible verificar la aceptación o repudiación por representante legal o voluntario[9]. No obstante, unos entienden que se atribuye una mera oportunidad de adquisición y, por tanto, el sujeto solo tiene una *facultas adquirendi* y, no un derecho; otros, por el contrario, piensan que es un poder de configuración jurídica, que atribuye la legitimación para aceptar o repudiar la herencia[10]; y, en fin, no faltan quienes optan por entender que la posibilidad de adquirir constituye una expectativa jurídica.

Para CASTÁN TOBEÑAS la delación de la herencia es "el llamamiento efectivo hecho a la persona del sucesor para que, mediante la aceptación pueda adquirir la herencia" y, añade "la vocación supone sencillamente un llamamiento a la

herencia, mientras la delación significa un llamamiento efectivo"[11]. En todo caso, para la operatividad del derecho de transmisión resulta esencial la vocación y la delación. PUIG PEÑA lo define como "la facultad que tiene el destinatario de la declaración, de manifestar su voluntad concorde con el ofrecimiento o rechazar el mimo, expresando, así su decisión de querer o no asumir la cualidad de herederos. Este poder o *ius delationis* es una patente expresión de la seriación lógica de los acontecimientos, pues si hay una "oferta real" que decide el curso necesario, la misma tiene que ser vinculante para el propio ordenamiento jurídico, encargado de dar consistencia y seguridad a las relaciones de derecho; por ello y, en base a esa misma seguridad el sucesor queda investido de un *ius* que le permite contestar en la forma que estime procedente conforme a su propios intereses materiales y morales"[12]. Asimismo, ALBALADEJO manifiesta que "la delación es la atribución del *ius delationis* al llamado y es en ese momento cuanto tal *ius* nace" ya que "cuando con la sola apertura de la sucesión no se atribuye ya a un sujeto determinado el poder actual de adquirir la herencia, la delación a su favor se retrasa hasta que, con la realización de un evento futuro, tiene lugar tal atribución"[13]. Y precisa, GARCÍA GARCÍA que "no es posible la transmisión de la vocación ni de la delación, sino que ambas permanecen en la persona del llamado. Lo que hay es una sucesión en la vocación y en la delación del llamado"[14].

Por otra parte, no todos los llamados o vocados van a ser delados, sino que sólo lo serán quienes reúnan cumulativamente los siguientes requisitos requeridos por la ley para ello: 1. Que la sucesión esté abierta, 2. Que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado, o cuanto menos sea determinable; 3. Que el llamado sobreviva al difunto; 4. Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad[15]. Respecto de este último requisito indicar que la capacidad para suceder implica tener la capacidad jurídica para ser heredera de otra persona, apreciada en el momento del fallecimiento del causante y, además que la persona no esté incursa en ninguna causa de incapacidad absoluta ni relativa, ni en causa de indignidad sucesoria. De ahí que, tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio tienen capacidad para suceder cualquier persona por el hecho de serlo que, tenga capacidad legal para ello, sin perjuicio de las medidas de apoyo establecidas.

En esta línea, precisa GOMÁ SALCEDO que "el derecho de transmisión juega en el periodo comprendido entre la apertura de la sucesión y la aceptación. Todos los llamados que cumplan los requisitos del artículo 758, es decir que, vivan en ese momento y no sean incapaces son potencialmente herederos y transmiten esa cualidad potencial a los suyos. Así resulta en sentido positivo del artículo 1006 y en sentido negativo el artículo 766"[16].

Finalmente, la adquisición de la herencia representa la última fase y se produce por la aceptación de la misma por el heredero, el cual asume el conjunto de titularidades transmisibles del causante tanto activas como pasivas y respondiendo *ultra vires* de las deudas (y seguramente de los legados y legítimas) si la aceptación es pura y simple, o bien *intra vires* si la aceptación es a beneficio de inventario.

Ahora bien, puede ocurrir que el instituido heredero fallezca sin haber ejercitado la delación. En este caso, la ley no considera adquirida la herencia, como sucedería si hubiera aceptado; pero tampoco dispone que, ante tal situación opere la sustitución vulgar, el derecho de acrecer o la apertura de la sucesión testada,

como si hubiese repudiado, sino que esta falta de heredero es resuelta mediante la transmisión del *ius delationis* prevista en el artículo 1006 del Código Civil, esto es, la transmisión a los herederos del llamado fallecido del derecho a aceptar o repudiar la herencia (*ius adeundi vel repudiandi* que aquél no ejercitó en vida). El *ius transmissionis* es una consecuencia del sistema romano de adquisición de la herencia que, exige la aceptación expresa o tácita de la misma para ser heredero; mientras que, en el sistema germánico de adquisición *ipso iure* (sistema de la *saisine*) no hay necesidad de aceptación y no se plantea el problema de la transmisión del *ius delationis*, ya que el llamado se convierte automáticamente en heredero, salvo que repudie.

Lo cierto es que, también en los precedentes del Código Civil español se admitía sin excepciones el derecho de transmisión frente al rigorismo de la tradición romanista que, no admitía la transmisión de la cualidad de heredero. Así el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1836 señalaba que *"los herederos del que murió sin haber aceptado ni renunciado la herencia que le correspondía, tendrá el derecho de hacerlo en su propio nombre"*. En la misma línea, pero de una forma más descriptiva, el artículo 838.1 del Proyecto de Código Civil de 1851 decía que *"por la muerte del heredero sin aceptar o repudiar, se transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia"*[17]; y, el artículo 1018 del Anteproyecto de Ley de 1882 mantuvo en los términos citado el primer apartado del artículo 836, si bien, el texto definitivo suprimió el último inciso del mismo ("aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia")[18].

Además, del Código Civil español hay que señalar que, también otros ordenamientos forales admiten como norma general *el ius transmissionis* y, se enmarcan en la progresiva flexibilización del rigorismo de tradición romanista. Así la Ley 317 del Fuero Nuevo de Navarra cuando dispone que: *"El derecho del heredero a aceptar o repudiar la herencia se transmite a sus propios herederos, pero éstos no tendrán tal derecho si hubieren renunciado la herencia de su causante; si fueran varios, podrán ejercitar el derecho independientemente unos de otros"*; el artículo 461.13 del Código Civil catalán —en la líneas de sus precedentes el artículo 258 de la Compilación de Derecho Civil catalán y el artículo 29 del Código de Sucesiones, de indudable corte romanista— establece que: *"1. Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos. 2. Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero sólo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ello puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás y, con derecho preferente de acrecer entre ellos"*. Asimismo, el artículo 354 del Código de Derecho Foral de Aragón señala que: *"1. Salvo expresa previsión en contrario del disponente, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, en la misma proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía de aceptarla o repudiarla. 2. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante solo tiene lugar a favor del llamado que acepta la herencia del transmitente; si son varios los que la aceptan, cada uno puede ejercitar el derecho transmitido con independencia de los*

otros y con derecho preferente de acrecer entre ellos. 3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 278, el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente, se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante".

Por otra parte, conviene precisar que, para que opere el derecho de transmisión resulta necesario que, además de la supervivencia del transmitente al causante originario, éste no haya aceptado ni repudiado la herencia, esto es, no haya ejercitado el *ius delationis*. De forma que, la aceptación tácita de la herencia supone dejar prácticamente sin efecto el derecho de transmisión[19].

En este contexto, vamos a analizar los requisitos, naturaleza, alcance y efectos del derecho de transmisión, en especial, la sucesión del *iure transmissionis*, esto es, la problemática de quién sucede en la herencia del primer causante en caso de fallecimiento del transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia. Precisamente, en relación con esta última cuestión y otros aspectos del derecho de transmisión se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2013[20], sentando jurisprudencia, de cuyo análisis nos vamos, igualmente, a ocupar en el presente estudio además de las sentencias anteriores y posteriores dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Alto Tribunal y las resoluciones de la DGSJFP dictadas, asimismo, en dichos ámbitos temporales que operan sobre la materia; además de los aspectos fiscales del derecho de transmisión atendiendo a las diferentes posiciones adoptadas a tal fin.

II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN

GARCÍA GARCÍA define la transmisión como derecho en términos generales como "aquél que tiene el sucesor del heredero llamado por un primer causante para ejercitar respecto a la primera herencia las mismas facultades que tenía el llamado", y la sucesión por derecho de transmisión como "aquella de un primer causante por el sucesor del segundo causante llamado y a través de la herencia de éste[21].

PUIG PEÑA, asimismo, señala que el *ius transmissionis* es "el derecho que la Ley concede a la persona llamada a una sucesión y que aún no ha ejercitado la facultad de aceptar o repudiar la herencia, a que sus sucesores, caso de morir, pueda llevar a efecto estos cometidos en las condiciones y circunstancias que las leyes determinan"[22].

Por su parte, de una manera más descriptiva, JORDANO FRAGA señala que "si el llamado a una sucesión fallece después de haber adquirido el *ius delationis* para la misma y sin haberlo ejercitado, hay *transmissio* cuando sus herederos reciben con su herencia el mismo *ius delationis*, colocándose así, respecto de la herencia del primer causante, en la misma posición que tenía el llamado fallecido"[23].

Al derecho de transmisión se refiere el artículo 1006 del Código Civil cuando dispone que: *"Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía"*.

En cuanto a los presupuestos o elementos del derecho de transmisión, se puede distinguir por una lado, el *elemento subjetivo o personal*, los sujetos intervinientes son: 1. El primer causante a cuya herencia es llamada una persona capaz y

que pese a que sobrevive a aquél, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia, esto es, estamos antes de ejercitar la delación previamente adquirida; 2. El segundo causante o transmitente es el instituido heredero por el primer causante y que fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia deferida. Aunque el artículo 1006 lo designa como heredero, es preferible referirse al mismo con el nombre de "llamado", pues, al haber fallecido antes de ejercitar el *ius delationis*, no llega a convertirse en heredero, ni adquiere la herencia[24]; 3. El transmisario o adquirente: el heredero del transmitente y es quien recibe a través de la aceptación de la herencia del transmitente, la facultad de aceptar o repudiar la del primer causante. Constituye esa facultad de aceptar o repudiar la herencia del primer causante como un componente más de la herencia del transmitente. En todo caso, la transmisión solo puede verificarse a favor de quien sea sucesor universal del transmitente, pues, recibe con respecto a la herencia del primer causante, el mismo derecho que aquél tenía, esto es la misma delación que el transmitente, pasando a ocupar en la herencia del primer causante, la misma posición que éste tenía. Por tanto, el transmisario recibe, a través de la aceptación de la herencia del transmitente, la facultad de aceptar o repudiar la herencia del primer causante. En coherencia con la finalidad de la transmisión, el llamado-transmitente puede ser heredero legal o testamentario del primer causante; de igual forma que, los transmisarios pueden ser, a su vez, herederos legales o voluntarios del llamado-transmitente[25]. Por lo que, el artículo 1006 es aplicable tanto en los supuestos de sucesión testamentaria como en la sucesión intestada. Lo cierto es que, la transmisión del *ius delationis* a los herederos del transmitente no encuentra su fundamento en la conservación del patrimonio en el seno familiar, pues, la transmisión no queda limitada a los herederos legales del transmitente, al poder ser transmisarios los herederos testamentarios del transmitente. A tal fin, el legislador ha considerado oportuno que la herencia del primer causante acabe pasando a las mismas personas que la habría recibido, si el llamado por él (el transmitente) hubiera podido aceptar la herencia y por esta vía puedan tener ingreso en la herencia del primer causante, incluso personas que le son completamente extrañas[26]. Por lo que, *el ius delationis* es transmisible a los herederos voluntarios del transmitente con independencia de los vínculos legales que tengan con el primer causante. Lo cierto es que, la mecánica de la sucesión *"ius transmisionis"* supone una desviación en el curso normal de la sucesión de una persona, pues, cuando acontece el fallecimiento del transmitente la herencia del primer causante no pasa a sus eventuales sucesores de ulterior grado, sino los propios herederos del llamado-transmitente que, falleció sin aceptar o repudiar.

Ahora bien, transmisario y transmitente han de ser herederos puros. Si el llamamiento a favor del transmitente es condicional, el *ius transmissionis*, sólo podrá tener lugar, si aquel fallece después de cumplirse la condición, porque antes no habría adquirido delación alguna que pudiera transmitir. Si fallece *pendente conditione* no se aplica el artículo 1006 del Código Civil, ya que conforme el artículo 759 del citado cuerpo legal, el heredero condicional que muera antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno a sus herederos. Si el llamamiento a favor del transmisario fuese, igualmente, condicional, la transmisión sólo podrá verificarse, una vez cumplida la condición, porque antes no habría adquirido la titularidad del *ius delationis* en la herencia del transmitente, lo que

impediría el acceso a la delación hereditaria del primer causante, pues, recordemos, ésta solo puede adquirirse si previamente el transmisario acepta la herencia del transmitente. Al respecto, señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS que "el causante puede impedir la transmisión del *ius delationis* del que llama a su herencia obligando a que lo ejercite necesariamente en vida, o disponiendo que si muere sin hacerlo se difiera la herencia a otra persona"[27]. También puede excluir el causante el derecho de transmisión mediante la sustitución vulgar[28]. Por otra parte, como señala una parte de la doctrina, es necesario que la sucesión del causante no haya prescrito[29].

Por lo tanto, la *ratio* que subyace en el artículo 1006 responde, tal como señala JORDANO FRAGA, a una determinada manera de entender la equidad. Con ello "se trata de favorecer o amparar a los herederos del llamado-transmitente, y preservarles de los perjuicios que pudiera reportarles el fallecimiento *ante aditionem* de su causante". En efecto, añade que, "el transmitente que fallece, siendo titular de una delación eficaz, sin ejercitarla, podría de haberla ejercitado positivamente, haber transmitido a sus herederos, como un componente más de su herencia, los bienes relictos que a él corresponderían en la herencia del primer causante". Así "para evitar que su muerte sin haberse pronunciado sobre la delación de que era titular, prive a sus herederos de toda posibilidad de beneficiarse de la herencia del primer causante, es por lo que se atribuye a éstos la misma facultad de adquirirla que, tenía el transmitente; de forma que, aceptando, pueden participar también en la herencia del primer causante, además de en la del transmitente, como herederos de aquél, además de serlo el transmitente"[30]. En esencia, tal norma responde a la idea de favorecer a los herederos del transmitente, permitiéndoles participar directamente en una herencia en la que podrían haber participado indirectamente, si el llamado no hubiese fallecido antes de ejercitar la delación que, tenía en la misma.

Por lo que, se refiere al *elemento objetivo*, los herederos del transmitente tendrán "el mismo derecho que él tenía"[31]. Hay, pues, un traspaso, transmisión, sucesión en la titularidad del mismo *ius delationis* que, tenía el transmitente respecto de la herencia del primer causante, esto es, los herederos de aquél reciben el mismo *ius delationis* en sus cualidades y extensión que tenía el transmitente[32]. El cambio, por tanto, sólo afecta a los sujetos titulares del mismo: deja de serlo el titular originario designado por el primer causante (transmitente) y pasan a serlo los transmisarios, que lo adquieren *ex lege mortis causa*[33]. Lo que se transmite es la titularidad del *ius delationis*, el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante. De forma que, el transmisario es un sucesor a título universal del transmitente que se coloca en la misma posición jurídica en relación con todos los derechos y obligaciones de los que era titular el transmitente en el momento de su fallecimiento[34]. Por lo que, no se transmite la herencia en sí, sino el derecho a adquirirla, aceptándola (y, correlativamente, la facultad de repudiarla)[35]. Completando lo apuntado, insiste acertadamente JORDANO FRAGA que "producida la *transmissio*, los herederos del llamado fallecido vienen a ocupar su *misma* posición en su globalidad: con lo cual quiere decirse, que la sucesión en el *ius delationis* no es sólo, aunque sea éste su aspecto más saliente y llamativo, la sucesión en la opción aceptación/repudiación referida a la herencia del primer causante, es bastante más. Es la sucesión en la entera posición del llamado (la

misma que él tenía): plazo que le quedaba para aceptar /repudiar, posibilidad de pedir el beneficio de inventario o, el derecho a deliberar, realización de actos de mera administración, etc."[36].

El *ius delationis* representa uno de los derechos que, integran la masa hereditaria de la persona a la que se sucede y por eso, se transmite junto con los demás bienes que forman parte de dicha herencia[37].

III. REQUISITOS OPERATIVOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN.

Los sujetos a los que debemos considerar protagonistas de esta específica modalidad sucesoria a la que debemos atender, así como procede aludir mínimamente a las notas esenciales que la caracterizan:

Así las personas que intervienen en esta sucesión son las siguientes:

A) En primer lugar, el primer causante o, simplemente el *causante*, que es el que fallece en primer lugar.

B) En segundo término, el segundo causante, a quien podemos llamar *transmitente*, que es el heredero del anterior que fallece después de éste, habiendo sido llamado a su herencia, pero sin aceptarla ni repudiarla.
El transmitente puede ser llamado a la herencia del primer causante tanto por testamento como *abintestato*, pero siempre a título de heredero, no de legatario, pues el legado se adquiere *ipso iure*; mientras que el heredero sólo adquiere la herencia si la acepta expresa o tácitamente, aspecto éste de la cuestión que consideramos crucial (artículo 989, en relación con los artículos 657 y 661 del Código Civil).

C) El *transmisario*, que es heredero del transmitente y que tiene la oportunidad de aceptar o repudiar la herencia del primer causante por virtud de lo establecido en el ya reiteradamente citado artículo 1006 del Código Civil, pese a no haber sido llamado a dicha herencia.

El presupuesto para poder ejercitar el derecho de transmisión o *ius transmissionis* es la aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente. Una vez aceptada, podrá el transmisario optar por aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Lo que no es admisible según la doctrina y la jurisprudencia es que el transmisario repudie la herencia del transmitente y acepte, en cambio, la del primer causante, pues el derecho a aceptar o repudiar la herencia de éste está integrado en la herencia del transmitente, por lo que si repudia ésta pierde la posibilidad de ejercitar aquel derecho.

Efectivamente, en el sistema de adquisición hereditaria del Código Civil, el heredero que fallece antes de haber aceptado una herencia a la que es llamado no puede transmitir esa herencia a sus propios herederos, simplemente porque no la adquirió (artículo 989 del Código Civil) y, lo único que puede transmitir es el derecho que él mismo tenía a aceptar o repudiar la herencia y que no ejerció en vida. Sus herederos reciben el derecho a aceptar o repudiar la herencia como un componente más del caudal *relictio*. Por lo que caracteriza al *ius transmissionis* es que no constituye una nueva delación, sino que entiende que la delación que tenía el transmitente pasa al transmisario. Es la transmisión *mortis causa* del *ius delationis* que dispone el artículo 1006 del Código Civil. Ahora bien, tal transmisión

de la sucesión tiene lugar con la aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente, en tal caso, aquél sucede al transmitente en su herencia en la que se encuentra el *ius delationis*. La transmisión de la delación se produce *ex lege*, sin que el transmisario pueda oponerse a tal transmisión. Ésta se produce, por tanto, por ministerio de la ley en tanto que el *ius delationis* forma parte de la herencia del transmitente, pero si éste dispone de la delación, ya sea por actos *inter vivos*, ya sea por actos *mortis causa* a título singular —por un legado—, tal acto dispositivo supone ya una aceptación tácita de la herencia, y, en consecuencia, de lo que dispondrá no será del *ius delationis*, sino de la herencia misma adquirida del primer causante (artículo 1000 del Código Civil).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala de lo Civil de 11 de septiembre de 2013[38] señala que, la cualidad del *ius delationis* de poder ser objeto de transmisión supone la aplicación *ex lege* de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que, tenía el heredero transmitente que, fallece sin ejercitarlo, pasando a sus propios herederos-transmisario. Esta cualidad *ex lege* del derecho de transmisión en nada configura ni altera la naturaleza y caracterización del *ius delationis* que, forma parte de la herencia del transmitente como un derecho más. En todo caso, conviene precisar que, la delación al transmisario de la herencia del primer causante tiene lugar no cuando éste fallece —en este momento la delación la tendrá el transmitente—, sino a partir del momento en que, fallecido el transmitente, el transmisario acepta su herencia; y es, precisamente, en este momento cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al primer causante, pudiendo darse el caso de que al primer causante le suceda una persona que, no estaba ni concebida en el momento de su fallecimiento.

El derecho de transmisión, sobre tales bases, requiere que, haya sucedido cronológicamente lo siguiente: 1. Que el primer causante haya fallecido y el transmitente haya recibido la delación respecto de la herencia de aquél; lo que, salvo en determinado supuestos especiales (como el llamamiento a favor del *concepturus* o del *nasciturus*, a una persona jurídica en vías de constitución, sustituto vulgar, o cuando existe una condición suspensiva) coincidirá con el momento de fallecimiento del primer causante. Por lo que, se requiere que el transmitente sobreviva al primer causante; lo que, supone una clara diferencia con el derecho de representación en el que las cosas suceden de forma precisamente inversa. A ello, debe añadirse que, el transmitente debe tener capacidad para suceder respecto del primer causante de acuerdo con lo previsto en el artículo 766 del Código Civil. No obstante, también se puede tomar en este punto lo dispuesto en el artículo 762 del citado texto legal en el que se establece que *"no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz está en posesión de la herencia o legado"*. Asimismo, es necesario que antes de aceptar (en cualquiera de sus modalidades, expresa, tácita, o *ex lege* —artículos 999 y 1000 del Código Civil—) o repudiar la herencia (artículo 1008 del citado cuerpo legal) fallezca el transmitente[39]. Lo que, se explica fácilmente, porque si ha muerto, habiendo aceptado la herencia del primer causante, sus herederos no adquieren ya el *ius delationis* relativo a aquélla, sino los concretos bienes, derechos y deudas que componen el caudal relicto, como integrantes de la herencia del transmitente; si, por el contrario, el transmitente ha fallecido después de repudiar la herencia, sus herederos

no reciben nada, y no pueden pretender adquirir la herencia del primer causante. Existen dos herencias y dos delaciones perfectamente diferenciadas: la del primer causante al transmitente, cuyo objeto son el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles que, aquél era titular en el momento de su muerte. A esta primera sucesión resulta llamado (legal o testamentariamente) el transmitente, quien tras haber adquirido originariamente el *ius delationis* para esa primera herencia, fallece sin haberlo ejercitado y, la de transmitente al transmisario (o transmisarios) que, tiene lugar a la muerte de aquél cuyo objeto (segunda herencia) es el conjunto de titularidades transmisibles de la que era sujeto el transmitente al momento de su fallecimiento entre las cuales se encuentra el *ius delationis* para la primera herencia. A esta segunda herencia resultan llamados legal o testamentariamente nuevas personas que, se convierten en titulares originarios del *ius delationis* para la adquisición de la segunda herencia[40]. De modo que, el transmisario recibe el *ius delationis* en relación con una herencia, en el que se encuentra un derecho más de los que en ella se han integrado, como es la delación a favor del transmitente que, al morir éste sin aceptar ni repudiar, existe como parte integrante de su herencia. Por lo que, al adquirir el transmisario mediante la aceptación del conjunto de titularidades integradas en la segunda herencia se convierten también en titulares derivativos de la primera delación y, vienen a ocupar respecto de la herencia del primer causante la misma posición que, tenía el causante-transmitente. Así, si ejercitan positivamente tal delación aceptando la primera herencia, se convierten, además, de en herederos del transmitente en herederos del primer causante. Por eso, resulta más acertado decir que, pese a la denominación del *ius transmissionis*, éste en realidad no es ningún derecho, sino que estamos ante, la cualidad transmisible del *ius delationis* que, puede ser objeto de transmisión *mortis causa*[41].

De todas formas, conviene señalar que, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo ha profundizado en la naturaleza y caracterización del *ius delationis* en el fenómeno sucesorio. Así, la sentencia de 20 de julio de 2012[42], en torno a la equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*, se destaca en su *Fundamento de Derecho Segundo* que: "la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que causaliza al inmediato negocio de atribución *inter vivos* realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario"[43]. Por su parte, la sentencia, de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 30 de octubre de 2012[44] señala en su *Fundamento de Derecho Segundo* que: "el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de herederos. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos del fideicomisario no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el *"ordo sucessivus"* o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 del Código Civil)"[45].

En este contexto, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 1006 del Código Civil, tanto las hipótesis de premoriencia del instituido al causante, como en aquellos casos en que el heredero fallece después de la aceptación o repudiación de la herencia en su caso. En el primer supuesto, porque el heredero que premuere no cumple el primero de los requisitos para suceder como es el sobrevivir al causante y, puesto que nada adquiere, nada puede transmitir. En eso se distingue el fenómeno de la transmisión del *ius delationis* del derecho de representación, como veremos. Pues, para suceder en el derecho de representación es necesario que, el representado premuera a su causante. En el segundo caso, se ha extinguido el *ius delationis* por el ejercicio de su titular. Como es obvio, si el llamado fallece tras haber aceptado la herencia, se convierte en titular del patrimonio heredado y, como tal, lo puede transmitir a sus herederos. En todo caso, el *ius delationis* se extingue por la adquisición de la herencia por su titular, por la repudiación o, por el transcurso del plazo de vida de ese derecho[46].

IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA TRANSMISIÓN DEL *IUS DELATIONIS*

La sucesión *"iure transmisionis"* se produce *"ope legis"* y de forma automática. Al supuesto del fallecimiento del llamado sin aceptar o repudiar la herencia deferida, el artículo 1006 del Código Civil liga la consecuencia jurídica de la transmisión de la delación a sus herederos, lo que provoca una alteración en el curso normal de la herencia del primer causante. Sobre tales bases, se ha planteado en la doctrina, si resultaría válida una cláusula testamentaria en virtud de la cual el testador dispusiera el destino de la herencia en previsión que el llamado falleciera antes de aceptar o repudiar la herencia con la finalidad de evitar la aplicación del citado artículo 1006. En este caso, de admitirse la validez de esta cláusula el *ius delationis* no iría a parar a los herederos del llamado, sino a quien hubiera designado en testamento, o, como precisa JORDANO FRAGA "intransmisibilizando" el *ius delationis* para su herencia; o, en fin, dicho con otras palabras "el testador-primer causante puede con una voluntad inequívoca en tal sentido, expresa o tácita, impedir, específicamente: para su concreta sucesión, tal efectos sucesorio que, genéricamente, el artículo 1066 del Código Civil establece, en principio, para cualquier sucesión", a lo que añade el mencionado autor "tal posibilidad de voluntad testamentaria en contra, no desdice, en modo alguno, el carácter legal del efecto sucesorio contemplado en el artículo 1006 del Código Civil" y "(…) la existencia de tal disposición testamentaria intransmisibilizadora (inheredalizadora) produce, al impedir la *transmissio*, precisamente, el efecto que ésta en todo caso evita: la vacancia de la porción —en la herencia del primer causante— correspondiente al llamado fallecido y el juego de las instituciones que permiten cubrirla"[47].

Asimismo, con semejante cláusula el testador haría personalísimo *el ius delationis*, en la medida en que, fallecido el llamado sin aceptar o repudiar la herencia, ese *ius delationis* se extinguiría y no pasaría a sus herederos, debiendo llamarse a quién hubiera designado el testador[48]. Para COSTAS RODAL puede afirmarse "la validez de semejante cláusula, pues, el primer causante puede regular su sucesión como desee, dentro de los límites que marcan las normas imperativas del Derecho

de Sucesiones". Esa específica sustitución, añade, "es posible, pues, el elenco de casos recogidos en el artículo 774.1 del Código Civil puede ser ampliado a otros no expresamente previstos, por voluntad expresa del testador"[49]. También para BOSCH CAPDEVILLA parece lógico que, el causante pueda excluir el derecho de transmisión, con el objeto de evitar que personas no elegidas por él —los herederos del transmitente—, le sucedan. Lo que podrá hacer, como hemos indicado, por dos vías. "1. Nombrando un sustituto vulgar, especificando expresamente que lo es para el caso en que el llamado muera sin aceptar ni repudiar la herencia; o 2. Estableciendo simplemente la intransmisibilidad de la delación, lo que implicaría que la porción de quien muere sin haber ejercitado el *ius delationis* aprovechase a los coherederos por derecho de acrecer, o, en su defecto, que se abriese la sucesión intestada"[50].

Ahora bien, la sucesión *iure transmissionis* se produce *ope legis* y de forma automática; de forma que, al fallecimiento del llamado-transmitente sin aceptar o repudiar la herencia deferida el artículo 1006 del Código Civil provoca una alteración en el curso normal de la sucesión del primer causante al determinar la transmisión de la delación a los herederos del transmitente (transmisarios). Si no se efectuase el llamamiento legal a favor de los herederos del transmitente, lo normal sería que la delación no ejercitada pasase a los herederos de ulterior grado del primer causante. La naturaleza imperativa de la citada norma determina que, tal alteración en la dirección de la sucesión viene impuesta por la ley y, asimismo, que el transmitente no puede impedir la transmisión del *ius delationis* a sus herederos en la proporción en que lo sean, pues, la transmisión de aquél se produce por ministerio de la ley y, no por voluntad del propio llamado o transmitente[51].

Asimismo, el carácter imperativo del citado artículo 1006 supone que, su aplicación queda al margen de la voluntad del transmitente; de forma que, éste no puede disponer *inter vivos*, ni *mortis causa* del *ius delationis*. Es más, si el transmitente dispusiera del *ius delationis* en testamento rompería con los propios fundamentos legales del sistema sucesorio, que impide que la voluntad del causante venga determinada por la voluntad de un tercero, que pudiera determinar quiénes pueden convertirse en herederos de otro[52]. De instituir herederos a los transmisarios de manera que, no coincidieren sus cuotas hereditarias con la atribución del *ius delationis*, se estaría aceptando tácitamente la herencia del primer causante *ex* artículo 1000.1 del Código Civil[53]. De igual modo, si dispusiera *inter vivos* de la delación recibida, pero no ejercitada antes de fallecer, consumaría una renuncia traslativa que, por aplicación del citado artículo 1000, daría lugar también a una aceptación tácita de la herencia[54]. Lo que sí podrían como señala COSTAS RODAL "es canalizar esa transmisión dentro de los límites marcados por su poder de disposición *mortis causa* en la medida en que el *ius delationis* como parte integrante del caudal relicto, pasará a los herederos del transmitente en la proporción en que lo eran"[55]. En todo caso, la imposibilidad de disponer *mortis causa*, es también consecuencia directa del carácter personalísimo que, tiene la condición de heredero, de la que la delación-vocación es vehículo, aunque, el ejercicio de la delación (aceptando o repudiando la herencia deferida) pueda llevarse a cabo por los representantes voluntarios o legales, su titularidad es personalísima y, no se puede delegar o ceder a personas distintas del titular originario[56].

Por otra parte, resulta evidente que, la voluntad del testador determina el camino que han de seguir sus bienes, deudas y derechos una vez fallecido y, que ésta es la ley que ha de regir la sucesión; por lo que, para evitar el juego de las transmisiones inesperadas, consecuencia de las muertes prematuras de los nombrados herederos (ya sea por la Ley o por voluntad del finado), se establecen soluciones que intentan reconducir el camino inicialmente querido en la sucesión.

De esta manera, la Ley prevé que el propio testador podrá establecer sustituciones vulgares para el caso de premoriencias, incapacidades o imposibilidades para suceder e, incluso, para los casos de renuncia por parte del designado; y en el ámbito de la preterición el propio artículo 814 del Código Civil prevé un especial derecho de representación para salvaguardar la línea descendente en la transmisión de los bienes de manera igualitaria y proporcional entre descendientes. Por ello, debe recordarse que la voluntad del testador válidamente emitida y dentro de los límites previstos en la norma debe ser cumplida por los interesados en su herencia.

Asimismo, el artículo 675 del Código Civil dispone que: *"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"*.

De ahí que, constituya doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, Resolución de 29 de junio de 2015[57]) que de dicho precepto resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1985[58] en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 22 de junio de 2015[59] en la misma línea señala que, según el artículo 675 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas testamentarias "deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador"; que "en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento"; y que, en esa búsqueda de la intención más probable del testador, no se puede aplicar de forma automática el criterio de la interpretación restrictiva de los términos concretos utilizados, sino el de interpretación teleológica, debiendo atenderse especialmente al significado que esas palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate.

Asimismo, ha establecido como criterio reiterado e inequívoco la Resolución de la citada DGRN de 26 de mayo de 2016[60]: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias: que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767 y los artículos 715, 743, 773, 786, 792 y 793 todos del Código Civil, así como, "*ex* analogía", el 1284 del citado cuerpo legal), y que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje (cfr., por todas, la Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de septiembre de 1987[61]; de 27 de mayo de 2009[62]; y, de 18 de enero de 2010[63]).

En parecido sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1983[64] afirma: "(…) aunque el criterio prioritario deba ser el literal, hay que dar a aquellas palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes". La Sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 26 de junio de 1951[65] se fija fundamentalmente en el elemento teleológico y establece que, en la duda, debe preferirse la interpretación del testamento que le permita surtir efecto. El elemento lógico se destaca en las sentencias de 3 de abril y 18 de diciembre de 1965[66] en la que se asevera que. el tenor del testamento a que se refiere el artículo 675 del Código Civil alude al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de una cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad. La combinación armónica de los elementos gramatical, lógico y sistemático luce en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de julio de 1966[67]. Sin embargo, en la resolución de 1 de junio de 1962[68] se ha forjado la prevalencia de la interpretación espiritualista: se antepone la voluntad del testador a toda expresión errónea o incompleta. En la sentencia de 8 de mayo de 1979[69] no sólo se admite la prueba extrínseca, es decir, basada en hechos o circunstancias no recogidas en el testamento, sino que conductas posteriores pudieron constituir medios de prueba. Por último, la sentencia de 10 de febrero de 1986[70], ante la existencia de ambigüedad y consiguiente duda entre la voluntad del testador, su intención y el sentido literal de las palabras, da paso a los elementos lógico, sistemático y finalista, que no se pueden aislar de los otros, ni ser escalonados como categorías o especies distintas de interpretación; por lo que el artículo 675 del Código Civil no pone un orden de prelación sin que se excluya acudir a los medios de prueba extrínsecos, esto es, a circunstancias exteriores al testamento mismo, de muy diversa índole "con tal que sean claramente apreciables y tengan una expresión cuando menos incompleta en el testamento, o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo". En este sentido, la sentencia de 6 de junio de 1992[71] permite hacer uso "con las debidas precauciones de los llamados medios extrínsecos o circunstan-

cias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta". En el mismo sentido las de 31 de diciembre de 1992[72]; de 30 de enero y 24 de abril de 1997[73]; y, 19 de diciembre de 2006[74].

V. EFECTOS DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN

1. El derecho de representación y el derecho de transmisión

La transmisión *del ius delationis* al impedir la vacancia en la herencia del primer causante, evita el presupuesto necesario de la representación y la excluye. Con una importante consecuencia que, señala JORDANO FRAGA como es que, "la exclusión de la representación por la *transmissio* es definitiva; si el transmisorio no adquiere la herencia del primer causante porque la repudia o porque caduca el *ius delationis* heredado a ella relativo, se producirá vacancia en la herencia del primer causante, pero no se cubrirá a través de la representación (artículos 923, 924 y 929 del Código Civil)"[75]. En todo caso, la relación causante-transmitente-transmisario propia del derecho de transmisión puede presentar alguna analogía con la relación causante-representado-representante en el derecho de representación, sin embargo, las diferencias entre ambas instituciones son notorias: 1. El derecho de transmisión actúa tanto en la sucesión testada como en la intestada; mientras que el derecho de representación es una institución propia de la sucesión intestada y sólo opera en supuestos muy concretos en la sucesión testamentaria; 2. El derecho de transmisión presupone la supervivencia del heredero al causante; en cambio, el representado puede haber premuerto al causante. Asimismo, mientras el transmitente tiene delación —que es lo que transmite— el representado no la posee, y, por tanto, nada puede transmitir. Por ello, en el derecho de representación existe una única sucesión *mortis causa* del primer causante, pues, los herederos del segundo causante suceden directamente al primero[76]; 3. En el derecho de transmisión se llama como transmisarios a los herederos del heredero, personas que, pueden ser totalmente extrañas al primer causante; en cambio, los representantes son parientes del representado, pero también del causante; 4. El transmisario solamente puede aceptar la herencia del primer causante si acepta la herencia del transmitente; en cambio, el representante puede, si lo desea, repudiar la herencia del representado, y aceptar la del causante[77].

2. La sustitución vulgar, el derecho de acrecer y el derecho de transmisión

La sustitución vulgar *ex* artículo 774 del Código Civil presupone necesariamente una vacancia en la herencia del causante-testador en la que opera, bien porque el llamado primeramente a ella no llegó a adquirir una delación eficaz (premoriencia, incapacidad), bien porque habiéndola adquirido, decayó después sin haber adquirido la herencia deferida. De forma que, si el instituido muere antes que el testador, no opera la transmisión del *ius delationis* en la medida en que no se puede transmitir lo que no se tiene, pues, para recibir la delación, hay que sobrevivir al causante y el instituido no lo hace[78]. En el caso de repudiación del

instituido, tampoco hay lugar a la transmisión del *ius delationis*, pues, aquél ejerce ese derecho optando por la repudiación, extinguiéndose, en consecuencia, el *ius delationis*. En estos casos, para cubrir la vacancia se propone la sustitución con el llamamiento testamentario sucesivo del causante al sustituto con un nuevo llamamiento que, supone una nueva delación para el sustituto, que la recibe originariamente. De lo dicho precisa JORDANO FRAGA que "debe resultar con claridad que, no es solo que la sucesión del *ius delationis ex* artículo 1006 del Código Civil prevalezca sobre la sustitución vulgar, sino que es jurídicamente imposible que la sustitución vulgar prevalezca sobre la *transmissio*; ésta, en efecto, impide que se realice el presupuesto indeclinable de la sustitución vulgar: la vacancia en la herencia del primer causante". Si bien, precisa el citado autor que "la única forma de hacer que la sustitución vulgar "preceda" a la sucesión en el *ius delationis*, es que el testador primer causante disponga en su testamento inequívocamente, expresa o tácitamente, que la delación a favor de aquél a quien llama primeramente a su sucesión, sea intransmisible (inheredable) y que designe un sustituto para el caso que el primer instituido muera sin aceptar o repudiar la primera herencia"[79].

Sobre tales bases, la sustitución vulgar no debe prevalecer sobre la transmisión del *ius delationis*; por lo que, en ese caso, heredarán los transmisarios y no el sustituto designado por el testador. El nombramiento de un sustituto no debe ser considerado como un hecho que *per se* permita presumir una voluntad del testador favorable a que prevalezca la sustitución sobre la transmisión del *ius delationis*. Si el heredero preferido fallece tras haber recibido el *ius delationis*, y antes de haber aceptado o repudiado la herencia, transmitirá el derecho que él tenía a sus sucesores, y se terminará el papel del sustituto[80].

Lo cierto es que, la transmisión evita o impide la vacancia en la herencia del primer causante; de resultas que el transmitente adquiere una delación eficaz de la herencia del primer causante, que reciben derivativamente los herederos-transmisarios del llamado-transmitente, cuando fallece sin haber ejercitado la delación y sin que de otro modo se haya extinguido[81].

En todo caso, la sustitución vulgar y transmisión del *ius delationis* opera en supuestos distintos. En la sustitución hay dos delaciones, por lo que es necesario que la primera se extinga, porque el heredero preferido no quiere o no puede recibir la herencia, para que reciba su delación el sustituto. En cambio, el transmitente tiene capacidad para heredar y sobrevive a su causante, pero fallece antes de ejercer el *ius delationis*, siendo la misma delación la que reciben transmitente y transmisario[82].

Por tanto, cuando el heredero llamado fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia, se produce la transmisión del *ius delationis*, y reciben sus herederos la misma opción que él tenía, pues, no se extingue el *ius delationis*, pese a que el testador hubiera nombrado un sustituto para el caso de que el heredero llamado no pueda aceptar la herencia. De lo dicho, resulta con claridad que, no es solo que la sucesión en el *ius delationis ex* artículo 1006 del Código Civil prevalezca sobre la sustitución vulgar, sino que es jurídicamente imposible que, la sustitución vulgar prevalezca sobre la transmisión, pues, ésta, en efecto, impide que se realice el presupuesto de la sustitución vulgar: la vacancia en la herencia del primer causante[83].

GARCÍA GARCÍA, por su parte, señala al respecto que "si el testador ha previsto que se produzca la sustitución vulgar para el caso que el llamado fallezca sin aceptar ni repudiar su herencia, entonces es preferente la sustitución vulgar la sustitución vulgar al Derecho de transmisión, sencillamente porque la voluntad del testador es la ley de la sucesión y entonces estamos ante un supuesto en que la sustitución vulgar ha sido establecida para el caso concreto de fallecimiento del llamado sin aceptar la herencia ni repudiar la herencia"[84].

En todo caso, a los efectos que aquí interesan, la sustitución vulgar conforme el artículo 774 del Código Civil opera en caso de premoriencia ("que mueran antes que él"); repudiación ("o no quieran"); o incapacidad ("o no puede aceptar la herencia"); mientras que el derecho de transmisión opera en caso de posmoriencia del llamado al testador sin aceptar ni repudiar la herencia.

Ahora bien, MARTÍNEZ DE AGUIRRE tras destacar que el derecho de transmisión es preferente a la sustitución vulgar, al derecho de representación y al acrecimiento "porque no se produce la vacancia de porción que exige para la aplicación de las tres figuras"; para la sustitución fideicomisaria, sin embargo, considera que sería más lógica darle preferencia, pues, "plasma la voluntad del testador que sus bienes acaben definitivamente en poder de los fideicomisarios"[85]. De todas formas, el testador puede establecer específicamente que la sustitución vulgar opere para el caso que el primer llamado fallezca antes de haber aceptado o repudiado la herencia; por lo que, opera en caso de posmoriencia el derecho de sustitución en lugar del de transmisión. Al respecto, JORDANO FRAGA entiende en relación con la *transmissio* y la muerte del fiduciario, sin aceptar o repudiar, después de haber adquirido una delación eficaz para la herencia del primer causante-fideicomitente, en la sustitución fideicomisaria que, atendiendo al carácter personalísimo de la delación fiduciaria, producida la muerte del llamado fiduciariamente sin ejercerla, la extinguiría, lo que impediría el juego de la *transmissio*. No obstante, podría operar "cuando el término final de la primera institución se fija objetivamente por la llegada de una determinada fecha, sin referencia a la persona del fiduciario instituido", pues, resulta dudoso para el autor que en este caso "la delación fiduciaria haya de entenderse personalísima y que la muerte del fiduciariamente instituido, después de haber adquirido tal delación, sin aceptar ni repudiar, excluya la aplicación del artículo 1006 del Código Civil en favor de sus herederos y determine la apertura de la sucesión fideicomisaria"[86]. Para ALBALADEJO GARCÍA, especialista en la materia, manifiesta que "la delación fiduciaria ha de entenderse siempre personalísima y que con el fallecimiento del llamado fiduciariamente no puede operar la *transmissio* en favor de sus herederos *ex* artículo 1006 del Código Civil, procediendo a la apertura de la sucesión fideicomisaria en favor del fideicomisario, con efectos desde la apertura de la sucesión (fiduciaria) del primer causante-fideicomitente"[87].

Por otra parte, con relación al acrecimiento, como destaca JORDANO FRAGA presupone una vacancia parcial en la herencia, y la expansión de la cuota a los demás herederos; mientras que, la transmisión del *ius delationis* evita tal vacancia, y la transmisión de la herencia del primer causante a los transmisarios. Sólo en el caso de que el transmisario repudie la herencia del primer causante, o de que caduque el *ius delationis* heredado, por falta de ejercicio, se produce vacante, y la

posibilidad de acrecimiento a los demás transmisarios, siempre *a posteriori* de la transmisión[88].

Si bien, en algunos cuerpos legales, como el artículo 462.1.1 del Código Civil catalán se establece expresamente la preferencia del derecho de transmisión sobre el derecho de acrecer[89].

En cualquier caso, más que de preferencia debe hablarse como señala BOSCH CAPDEVILLA "de instituciones con ámbitos de actuación distintos: el derecho de transmisión para el supuesto de fallecimiento del heredero, sin haber ejercitado su delación y el derecho de acrecer y la sustitución vulgar para los casos de inexistencia de delación (por premoriencia, incapacidad o indignidad, entre otras), o agotamiento de la delación (repudiación de la herencia)". Y, añade este autor "este es el régimen legal que podrá ser alterado por la voluntad del causante, la ley suprema de la sucesión, designando un sustituto vulgar explícitamente para el caso de fallecimiento del heredero sin ejercitar su delación, o excluyendo la actuación del derecho de transmisión"[90].

Ahora bien, otra cosa es que, este régimen legal pueda ser alterado por la voluntad del causante, ley suprema de la sucesión, pues, según se dispuso, el testador podrá nombrar expresamente un sustituto para el caso de que el heredero preferido fallezca tras haber recibido el *ius delationis*, pero antes de haber aceptado o repudiado la herencia. Pero si falta esta previsión expresa, y el testador, por tanto, se limita a nombrar sustituto vulgar para las hipótesis del artículo 774 del Código Civil, habrá que afirmar que, hereda el transmisario con preferencia a ese sustituto[91].

Finalmente, nos parece oportuno finalizar este apartado, indicando que, la sustitución y el derecho de representación, si bien desarrollan una función semejante, se desenvuelven en ámbitos totalmente distintos. La sustitución es una institución propia de la sucesión testada; de ahí su denominación exacta de sustitución testamentaria, consecuencia del principio de libertad de testar que proclama el artículo 763 del Código Civil, que no queda sujeta en cuanto a la condición de los sustitutos a limitación alguna, y cuyo alcance depende de la exclusiva voluntad del testador (artículos 774, segundo párrafo, 778, 779 y 780 del Código Civil). Por el contrario, el derecho de representación constituye una excepción al principio de proximidad en grado (artículo 921 del Código Civil) propio de la sucesión intestada, lo que supone necesariamente una ausencia de voluntad del causante a la hora de regular su sucesión (artículo 658 del Código Civil), y está limitado a determinados parientes del causante y únicamente tiene lugar en los casos previstos en el artículo 924 del Código Civil, excluyéndose la renuncia (artículos 923 y 929 del Código Civil)[92].

3. Legados, pluralidad de transmisarios y sucesión testada e intestada *versus* derecho de transmisión

El sistema de adquisición de los legados en nuestro Derecho es "germánica", adquisición automática sin necesidad de aceptación, dejando a salvo siempre la posibilidad de repudiación por parte del legatario con efectos retroactivos (artículo 881 del Código Civil). De forma que, parece que, en principio, no procede

hablar de la transmisión del *ius delationis* cuando se trata de legados y el legatario no ha aceptado o repudiado el legado pues ha fallecido antes; atendiendo al hecho que, la adquisición del legado opera de forma automática. En todo caso, a quien sucede sería al transmitente, no al primer causante. Al respecto, el artículo 889.2 del Código Civil dispone que: *"Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado*". De todas formas, para el derecho común como acertadamente manifiesta JORDANO FRAGA "(…) los legados en nuestro derecho, implican una verdadera delación y que, por tanto, es planteable la sucesión *mortis causa* en ella *ex* artículo 889.2 del Código Civil e indirectamente de los artículos 759 y 799 del Código Civil", pues, para el autor "lo decisivo para que haya delación es que la adquisición de lo que constituye su objeto (una titularidad o un conjunto de titularidades) sólo se haga efectiva (definitiva) con la voluntad anuente del sujeto adquirente. A éste se le ofrece la posibilidad de adquirir (esto es la delación) y la adquisición solo se consuma con su voluntad adquisitiva (voluntad de utilizar esa posibilidad)". En consecuencia, considera el citado autor que "sólo es incompatible con la delación (con el papel protagonista de la voluntad del adquirente) un sistema de adquisición automática o *ipso iure*, *ex lege*: tal que, verificado el supuesto de hecho de la adquisición legal, ésta se produzca con independencia y aun contra la voluntad del sujeto adquirente (sin necesidad de aceptación y sin posibilidad de repudiación por su parte)"[93].

Ahora bien, no deja duda la operatividad del derecho de transmisión en los legados el artículo 427-17.1 del Código Civil catalán al establecer, bajo la rúbrica la transmisión del legado, que: *"1. El legado deferido y no aceptado ni repudiado por muerte del legatario se transmite a sus herederos con la misma facultad de aceptarlo o repudiarlo, salvo que la voluntad del causante sea otra o salvo que se trate de legados de usufructo, renta, pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo"*. Por lo que, para este ordenamiento jurídico es posible que el legatario que no ha aceptado o repudiado el legado por su fallecimiento, tal delación es susceptible de transmisión *ex lege*, salvo que la voluntad del causante sea otra o se trata de legados de usufructo, renta, pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo.

En todo caso, como acertadamente aclara BOSCH CAPDEVILLA "(…) el legado debe computarse dentro del *relictum* del transmitente a los efectos del cálculo de la legítima"[94].

Recordemos que, se admite la posibilidad que el transmisario o transmisarios acepten la herencia del transmitente y la del primer causante; o, también pueden aceptar la herencia del transmitente y repudiar la herencia del primer causante; lo que no procede es repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante, ya que el *ius delationis* de esta última herencia, forma parte de caudal relicto de la herencia de aquel.

En este contexto, si hay varios transmisarios y uno o alguno de ellos repudia la herencia del primer causante, procede el derecho de acrecer lo que se deduce de lo establecido en el artículo 1006 del Código Civil en cuanto establece para los herederos del transmitente que adquieren *"el mismo derecho que él tenía"* respecto de la herencia del primer causante[95].

Más claro en los términos y en dar la solución expuesta, se expresa el artículo 461-13.2 del Código Civil catalán al disponer al respecto que: *"Los herederos del*

llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ellos puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con derecho preferente de acrecer entre ellos".

Ahora bien, cabe plantearse si el derecho de transmisión opera tanto en la sucesión testada como en la intestada. La mayoría de la doctrina, de la que nos mostramos partidarios, se inclina por entender que opera en ambas sucesiones. Así MANRESA Y NAVARRO sostiene que es "aplicable en todo caso y a toda clase de herederos, legítimos o testamentarios, voluntarios o forzosos, ya sean los herederos personas físicas o personas morales, siempre que éstas se extingan y sucedan otras legítimamente en sus mismos derechos y obligaciones"[96]. Asimismo, GITRAMA GONZÁLEZ dispone que "el mecanismo se aplica en todo caso y a toda clase de herederos, legitimarios, voluntarios o abintestato; y lo mismo si son personas físicas que si son personas jurídicas, cuya extinción puede, a veces, motivar que las sucedan otras con los mismos derechos y obligaciones"[97].

Frente a esta posición FERNÁNDEZ DOMINGO opta por entender que solo opera en la sucesión testada, manifestando al respecto que "el *ius tranmissionis* tiene lugar por imperativo legal, pero siempre que se trate de una sucesión testada; en otro caso, el propio mecanismo de la intestada evitaría esta situación"[98].

Ciertamente, en el artículo 1006 del Código Civil no se hace referencia a si el derecho de transmisión tiene lugar en la sucesión testada o en la intestada o en ambas. Se dice que "*pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*". Por suyos hay que entender sus herederos tanto voluntarios como legales.

VI. LA NATURALEZA DE LA SUCESIÓN DEL *"IURE TRANSMISSIONIS"*

Para que opere la transmisión de la delación, se precisa que la herencia esté deferida, tiene que haberse abierto la sucesión y haber sobrevivido el llamado (transmitente) al causante, pues de otro modo no puede transmitirse ningún derecho. Si el heredero ha fallecido antes que el causante (o al mismo tiempo —artículo 33 del Código Civil—), su porción hereditaria la adquieren sus sustitutos vulgares —si el testador los ha designado—, los coherederos con derecho de acrecer —si se dan los requisitos de los artículos 982 y siguientes—, o los herederos intestados del causante. Además, el transmitente ha de ser titular del *ius delationis*, esto es, gozar de delación, por lo que no podrá estar afectado por ninguna causa de indignidad o incapacidad relativa. Si el heredero es condicional, no se transmite derecho alguno hasta que no se cumpla la condición (artículo 759 del Código Civil). Asimismo, aquél no puede haber ejercitado el *ius delationis*; de hacerlo, lo que estaría transmitiendo serían los bienes que componen la herencia del primer causante, una vez adquiridos, mientras que, si hubiera repudiado, nada podría transmitir, y su porción hereditaria pasaría a los sustitutos, coherederos, o herederos intestados. Por su parte, el transmisario ha de tener capacidad para suceder al transmitente, por lo que deberá sobrevivirle, de acuerdo con las reglas generales de capacidad sucesoria. En cambio, en relación con el primer causante no es necesario el requisito de la coexistencia, al quedar a salvo por la retroactividad de

los efectos de la aceptación. También el transmisario ha de haber aceptado la herencia del transmitente y, una vez aceptada ésta, aceptar o repudiar la herencia del primer causante. El *ius delationis*, recordemos, forma parte de la herencia, como un componente más de los bienes y derechos que conforman el caudal relicto del transmitente, a quien el transmisario sucede. Por eso, si éste acepta la herencia, recibe el derecho a aceptar o repudiar la herencia a que fue llamado su causante (el transmitente) y que no ejercitó por causa de su fallecimiento[99].

El transmisario puede aceptar o no la herencia del primer causante, pero para ello debe haber aceptado previamente la herencia del transmitente de la que el *ius delationis* es un componente más. Una vez aceptada la herencia del transmitente, el transmisario goza de libertad para aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pues, se trata de dos sucesiones distintas y autónomas[100]. Si el transmisario repudia la herencia del transmitente, no puede aceptar la herencia del primer causante en la medida en que no recibe el *ius delationis*, pues, éste forma parte del caudal relicto de la herencia del transmitente. En todo caso, si se repudia la herencia del primer causante por el transmisario, se producirá naturalmente, la vacante de la porción del llamado-transmitente en esta primera herencia, por lo que entrarán en juego los mecanismos idóneos para cubrirla como son: los sustitutos vulgares, los herederos con derecho de acrecer, y los herederos intestados[101].

La aceptación de la herencia del transmitente puede ser expresa o tácita, pura y simple o a beneficio de inventario. Será tácita si el transmisario realiza respecto de los bienes del transmitente actos que no se podían ejecutar sin la cualidad de heredero o que suponen necesariamente la voluntad de aceptar (artículo 999 del Código Civil). Asimismo, habrá aceptación tácita de la herencia del transmitente, si el transmisario dispone de bienes de la herencia del transmitente, porque tal tipo de actuación sólo sería posible si previamente hubiera adquirido la condición de heredero del transmitente, y, si el transmisario dispone de bienes de la herencia del primer causante, pues, tal actuación sólo será posible, si previamente se hubiera adquirido la condición de heredero del transmitente[102]. A su vez, la herencia del primer causante puede ser aceptada pura y simplemente, a beneficio de inventario, expresa o tácitamente. Se entiende que el transmisario acepta tácitamente la herencia del primer causante, si se realizan respecto de los bienes de esta herencia actos de los que no habría lugar a realizar sin la cualidad de heredero, o que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, como la venta o enajenación de un inmueble del caudal relicto del primer causante[103]. También puede repudiar la herencia del primer causante, como hemos señalado, en este caso se cubre la vacancia de la porción del transmitente en la herencia del causante, en los términos expuesto que, reiteramos: así por sustitución vulgar, por acrecimiento o por sucesión intestada.

Ahora bien, si se acepta ambas herencias pura y simplemente, se confunden tres patrimonios. Por el contrario, si se aceptan ambas herencias a beneficio de inventario, el patrimonio del transmisario no se confundirá con ninguna de ellas, existiendo tres patrimonios separados: el del primer causante, el del llamado-transmitente, y el del transmisario. Si éste acepta la herencia del primer causante a beneficio de inventario, y la del transmitente pura y simplemente, el patrimonio del primer causante queda separado, mientras que los otros se confunden. Si, por el contrario, acepta la herencia del primer causante pura y simplemente y

la de transmitente a beneficio de inventario, la confusión se dará con el patrimonio del primer causante, quedando separado el del transmitente.

En este contexto, el *ius delationis* es un derecho de duración limitada en el tiempo, no pudiendo el transmisario demorar indefinidamente su decisión de aceptar o repudiar. Al no existir plazo legal explícito, la doctrina mayoritaria opta por señalar el plazo de treinta años[104]; no obstante, otros pensando en la aplicación del artículo 1964 del Código Civil se inclinan por un plazo más reducido como de cinco años (antes de la reforma del artículo 1964 del Código Civil por Ley 41/2015, de 5 de octubre recordemos eran quince años) contados desde la apertura de la sucesión, o si el llamado no puede aceptar inmediatamente, desde que el heredero pudo manifestar eficazmente su voluntad de querer ser heredero[105]. En todo caso, para algún autor el plazo de prescripción de esta delación, sea de treinta o de cinco años, no comienza a contarse desde la apertura de la sucesión del llamado-transmitente (o el momento sucesivo en que la delación de esta segunda herencia se hizo eficaz), sino desde la del primer causante[106]; mientras que, como precisa COSTAS RODAL parece que, debería empezar a contar el plazo en el momento en que el transmisario puede manifestar eficazmente su voluntad de ser heredero del primer causante. Lo que no ocurre en el momento del fallecimiento de éste, pues, el transmisario, como cualquier heredero, sólo puede manifestar su voluntad de querer ser heredero del primer causante, cuando adquiere el *ius delationis* relativo a su herencia, y acepta la herencia del transmitente, momento a partir del cual debe empezar a contar el plazo[107].

De todas formas, cualquier sea la posición respecto del plazo para ejercitar el *ius delationis* por parte del transmisario, conviene precisar que, si el transmitente fallece tras la extinción del *ius delationis* por el trascurso del plazo, no se aplica el artículo 1006 del Código Civil y, tal derecho no pasa a sus herederos. Del mismo modo, que tampoco se transmite el *ius delationis*, si por cualquier otra causa se extingue ese derecho antes del transcurso del plazo, como es el supuesto específico de la *interpellatio in iure* del artículo 1005 del Código Civil. Por aplicación del citado precepto, si el interpelado no declara si acepta o repudia la herencia en el plazo concedido por el juez, se tendrá la herencia por aceptada, por lo que se extingue el *ius delationis* por adquisición de la herencia *ex lege*[108].

Ahora bien, atendiendo a lo expuesto *el derecho de transmisión es un derecho personalísimo de aquellos a quienes corresponde ejercitarlo, lo que pueden realizar de forma voluntaria y libre, sin perjuicio de las acciones de posibles terceros perjudicados, como ocurriría con los acreedores* para los que la ley concede la acción del artículo 1111 del Código Civil. *Pero no se concede ninguna acción a los posibles herederos de quien es, a su vez, heredero en otra sucesión, porque su derecho a aceptar o renunciar es absoluta y, precisamente, voluntario y libre. Ciertamente, es de aplicación el artículo 988 del Código Civil por el que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, de manera que exigir la comparecencia de los herederos del finado cónyuge de la heredera, conllevaría una aceptación tácita de la herencia de esta conforme el* artículo 1100 del Código Civil. *Por lo tanto, una cosa es el derecho de transmisión y otra diferente, los bienes obtenidos como consecuencia, en su caso, de la aceptación de la herencia*109.

*Por otro lado, el artículo 989 del Código Civil establece que "*los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte

de la persona a quien se hereda". Respecto de la partición, cuya naturaleza traslativa, declarativa, determinativa o mixta ha sido ampliamente discutida por la doctrina establece el artículo 1068 del Código Civil que: *"La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados". Es decir que, la partición consuma y confiere, unida a la aceptación, la transmisión dominical de bienes hereditarios concretos a favor de cada heredero. Así, de conformidad con el artículo 989 del Código Civil, los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia son incuestionables.*

En este contexto, otra cuestión relacionada con los efectos de la sucesión del *iure transmissionis* y que ha causado un importante debate doctrinal, es la relativa ¿a quién sucede el transmisario?. Para responder a la misma, se han desarrollado dos teorías. La que se puede denominar teoría clásica o de doble transmisión que, entiende que, en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, uno primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y, otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario. De forma que, aunque el transmisario acepte, además de la herencia del transmitente, la del primer causante, sucede únicamente al dicho transmitente[110]. La vocación respecto de la herencia del primer causante radica en el transmitente y no en el transmisario, el cual sólo tiene vocación respecto de la herencia del transmitente, pues, si respecto al primer causante sólo tiene vocación el transmitente y no el transmisario y la vocación no se transmite, sino únicamente el derecho derivado de ella —delación—; por lo que no se explica técnicamente, que el transmisario llegue a ser heredero directo del primer causante, pues mal puede suceder quien no tiene vocación, que es uno de los presupuestos de toda adquisición hereditaria. Luego, si la vocación es la propia del transmitente, no puede dar lugar a que los bienes respecto a los que se ejercita el *ius delationis*, pasen o hagan tránsito a un patrimonio distinto del sujeto que tiene la vocación y, que no ha sido objeto de transmisión. Además, se esgrime como otros argumentos en defensa de la misma que, dado que la delación de la herencia del primer causante solo fue concedida al transmitente, el transmisario únicamente adquiere un derecho derivado de dicha delación originaria; asimismo, se considera que si el transmisario sucediera al primer causante, éste tendría como heredero a alguien en quien puede no haber pensado y ser un extraño; por otra parte, se llama la atención del hecho que la literalidad del artículo 1006 del Código Civil determina que, lo que el transmisario adquiere es "el mismo derecho" que tenía el transmitente, esto es, el de aceptar y repudiar la herencia con los mismos caracteres y efectos que tendría si la hubiera realizado el transmitente. Se trata del derecho del transmitente derivado de su propia vocación y delación y no de una nueva vocación y delación del transmisario. Por tanto, al ejercitar el transmisario el derecho del transmitente, se obtiene la misma consecuencia práctica que si el derecho lo hubiera ejercitado el transmitente, es decir que, los bienes de la herencia del primer causante se integran en la herencia del segundo causante, como si él mismo hubiera ejercitado el derecho, para desde esta herencia hacer tránsito los bienes al transmisario como heredero del propio transmitente; también se invoca a favor de esta tesis lo dispuesto en el artículo 989 del Código Civil que, regula el efecto retroactivo de la aceptación de la herencia, pues, sólo es posible interpretarlo, marcando los dos pasos de la retroacción que se dan en la

sucesión por derecho de transmisión. Así el transmisario no puede retrotraer su adquisición directamente hacia atrás, hasta el momento de la muerte del primer causante, pues en ese momento quizá ni siquiera existía, ni tenía vocación ni una delación que le permitan fundamentar esa retroacción a tal momento anterior. El transmisario no puede ser considerado heredero en un momento en que la vocación y la delación que subsisten corresponde al transmitente, sino que ha de serlo únicamente con referencia al momento en que él tenía el derecho que, es cuando falleció el transmitente. Para fundamentar la retroactividad desde la muerte del transmitente, que es quien tenía vocación y delación desde la muerte del primer causante. Igualmente, se hace referencia entre los argumentos de derecho positivo al artículo 20 apartado 6 de la Ley Hipotecaria que señala que: *"cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los bienes que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondan, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas"*.

Sobre lo dispuesto en este precepto, los defensores de esta teoría señalan que, el precepto, al margen de imponer que, la inscripción debe hacerse a favor del transmisario, manifiestan que en el asiento que se practique en su favor, deberán constar las "transmisiones realizadas"; por lo que, se está reconociendo que los bienes del primer causante hicieron tránsito al transmitente del *ius delationis* y, únicamente, a través de él pasaron al transmisario. Ciertamente, el citado precepto no exige un tracto sucesivo ordinario o propiamente dicho en estos supuestos al no establecer la inscripción previa y separada a favor del transmitente. No obstante, resulta bien claro respecto a la exigencia que se hagan constar en la inscripción las transmisiones realizadas. Desde la perspectiva de la regulación del tracto sucesivo que contempla este artículo 20 es que se haga constar en la inscripción la última transmisión a favor del transmisario, pero también la previa transmisión que, sólo puede ser la que deriva del primer causante hacia la herencia del segundo causante. En definitiva, al regular este supuesto del llamado tracto abreviado, demuestra que hay aquí dos transmisiones sucesivas de unos mismos bienes, y no una sola transmisión que vaya directamente al primer causante hacia el transmisario. Los bienes han de pasar por la herencia del transmitente; de ahí que, dicho artículo 20 exija que se haga constar la transmisión intermedia. Por lo que, no cabe entender que, se refiera a la transmisión del *ius delationis*, por un lado, y a la supuesta transmisión directa del primer causante al transmisario por otro, ya que la Ley Hipotecaria se refiere aquí al tracto sucesivo abreviado de los bienes, lo que implica contemplar transmisiones sucesivas en unos mismos bienes. Por último, se indica que hay razones de conveniencia práctica, pues, entienden que, encaja mejor con otras figuras sucesorias, o simplemente resulta más equitativo. Así con la colación, pues, justifica que no deban colacionarse las donaciones del primer causante al transmisario; y, también concede mejor explicación al conflicto entre el *ius transmissionis* y la sustitución vulgar que, el primer causante puede haber establecido en su testamento[111].

Y por otro la denominada teoría moderna o de adquisición directa o de doble capacidad, introducida en España, bajo la autoridad de ALBALADEJO, a la que, con posterioridad han tenido numerosos adeptos[112], entiende que el transmisario sucede al primer causante y no a través del transmitente, pues, éste es sólo un órga-

no que transmitió el derecho a aceptar. El adquirente del *ius delationis* no ejercita un derecho del transmitente que hubiese de producir sus efectos retroactivamente, sino que ejercita un derecho propio —que es propio porque se lo transmitió— y, por tanto, debe producir sus efectos respecto de su titular. El transmitente sólo ha sido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al transmisario. Suceder, pues, al causante convierte al adquirente del *ius delationis* en heredero de aquél[113]. De modo que, el transmisario deviene sucesor de dos personas: del transmitente, en relación con los bienes comprendidos en su herencia y del primer causante. En efecto, la sucesión del primer causante y la del transmitente son diversas e independientes, aunque interconectadas en el sentido que el derecho a participar en la primera se adquiere mediante la participación en la segunda[114]. Prueba de ello, es que el transmisario puede aceptar la segunda herencia y repudiar la primera, debido, precisamente, a que éste no recibe del transmitente la herencia del primer causante, sino el *ius delationis* a ella relativo. El transmitente, en consecuencia, no transmite al transmisario la herencia del primer causante, sino la delación en la misma: esto es, el derecho a adquirirla. Entonces, el transmisario es sucesor del transmitente en su herencia y en el *ius delationis* que la integra y forma parte de ella, pero es sucesor directo en la herencia del primer causante[115]. El transmisario sucede solo al transmitente en la delación y no en la herencia del causante. El transmitente solo es el canal —órgano transmisor— que transmite la delación de la primera herencia, como causante de la segunda en la que se contiene la delación, pero no es ni directa ni indirectamente causante de la primera herencia, la cual es objeto de una sucesión independiente y no puede tener más causante que el suyo propio[116]. Por otra parte, se argumenta, asimismo, el carácter retroactivo de la aceptación de la herencia dispuesta en el artículo 989 del Código Civil que, juega desde la aceptación del transmisario de la herencia del transmitente; y determina tal retroactividad que, los bienes, derechos y obligaciones del primer causante nunca quedaron sin titular en momento alguno[117]. El hecho de considerarse que el transmisario sucede únicamente al transmitente, podría llegar a adquirir bienes del primer causante alguien incurso en causa de indignidad relativa (artículos 752 a 755 del Código Civil), o incluso indignidad (artículo 756 del Código Civil)[118]. Finalmente, se señala que, fiscalmente es absurdo, por gravoso que, los bienes que se adquieren del primer causante, tributen, de acuerdo con la doctrina clásica, dos veces, pues, de acuerdo con ella hay dos transmisiones: del primer causante al transmitente y de dicho transmitente al transmisario[119].

Ahora bien, la delación al transmisario de la herencia del primer causante tiene lugar no cuando éste fallece —en este momento la delación la tendrá el transmitente— sino a partir del instante en que fallecido el transmitente, el transmisario acepta su herencia, y es en ese momento cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al primer causante, con lo que puede darse el caso que al primer causante le suceda una persona que, ni estaba concebida en el momento de su fallecimiento. En todo caso, se ha afirmado que, si el transmisario sucede directamente al causante de la primera herencia, sería suficiente con que aquél tuviera en relación con éste la capacidad necesaria para poder sucederle. Asimismo, se ha considerado que, pese a que el transmisario sucede al primer causante, le basta con tener la capacidad para suceder al transmitente, no porque sea su causante, sino porque recibe derivativamente una delación que habría sido adquirida ori-

ginariamente por éste[120]. De ahí que, al subentrar el transmisario en la posición del transmitente, se le transmiten con ello las mismas condiciones de idoneidad y capacidad que, éste último tuviera en relación con la delación ya válidamente adquirida. Por tanto, al transmisario para suceder *iure transmissionis* al primer causante, le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con relación a la primera herencia, sino porque la delación para la primera herencia, la recibe indirectamente (derivativamente) a través de la herencia del transmitente y no directamente en virtud de un llamamiento autónomo a la sucesión del primer causante[121].

Si bien, dentro de los partidarios de la teoría moderna hay quienes defienden la teoría de la doble capacidad, en el sentido de que el transmisario no sólo debe reunir la capacidad para suceder al transmitente, sino también la requerida para suceder al primer causante. El transmisario, por tanto, debe ser capaz de suceder al transmitente para adquirir derivativamente la titularidad de la delación que éste ha recibido originariamente. Igualmente, el transmisario debe ser capaz de suceder al primer causante para poder ejercitar válidamente el *ius delationis* recibido mediante la sucesión del transmitente. Además de necesitar la doble capacidad, también por partida doble, le afectarán al transmisario las causas de indignidad. Si el transmisario es indigno o incapaz de suceder al transmitente, no podrá adquirir el *ius delationis* que forma parte de su herencia, y, por tanto, no podrá válidamente aceptar o repudiar la herencia del primer causante, aunque fuese capaz respecto de éste y no resultare, asimismo, indigno. Si el transmisario, por el contrario, es capaz y digno de suceder al transmitente, podrá adquirir la delación que integra la herencia de éste, pero si es incapaz o indigno para suceder al primer causante, no podrá ejercitar válidamente la delación[122]. En todo caso, las causas de inhabilidad no se aplican al transmisario, lo que tiene su justificación en la aleatoriedad de la concurrencia de la causa de inhabilidad que, podría dar lugar a resultados indeseados; así, como señala BOSCH CAPDEVILLA, cuando el primer causante otorga testamento ante un determinado notario, no puede prever que, quizá, en virtud del *ius transmissionis*, este notario le acabará sucediendo *mortis causa*[123].

Ahora bien, que el transmisario debe ser digno de suceder al primer causante, se establece explícitamente en el artículo 412.8.3 del Código Civil Catalán[124].

Por tanto, en la línea de la doctrina moderna, el transmisario sucede al primer causante, y la delación al transmisario de la herencia al primer causante tiene lugar, cuando fallecido el transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia, aquél acepta la herencia recibida del transmitente, formando parte de la misma el *ius delationis* y desde ese momento es cuando se puede apreciar la capacidad del transmisario para suceder al primer causante. En consecuencia, como el transmisario sucede directamente al causante originario se habla de necesariamente de la retroactividad de la aceptación[125].

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala de lo Civil de 11 de septiembre de 2013 no se inclina expresamente por ninguna de las teorías expuestas, fija como doctrina jurisprudencial —más cercana a los argumentos de la teoría moderna— en su *Fundamento de Derecho Segundo* que: "El denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius dela-*

tionis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que, aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente".

En este contexto, "la inalterabilidad del *ius delationis*, junto con la debida diferenciación de los proceso sucesorios en liza, determina a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar; sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente".

Precisamente, sobre la base de esta inalterabilidad o subsistencia del *ius delationis* hace que, cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente, y, por tanto, la posibilidad de transmisión del *ius delationis*, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente.

Habiéndose cumplido los presupuestos y requisitos para la aplicación *ex lege* del derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil, considera el Alto Tribunal que, sin exclusión de dicha consecuencia en el testamento otorgado por Doña Blanca el día 28 de enero de 1999, y no habiendo constancia, a su vez, de la repudiación alguna por parte de los beneficiarios y conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, procede estimar en el presente caso la pretensión de la parte recurrente en orden a corregir el cuaderno particional, objeto de la *litis*, a los efectos de que se establezca la cuota hereditaria de los herederos de don Luís —transmisarios— en la herencia de su tía Blanca, y su correspondiente determinación o concreción en los bienes y derechos que singularmente les sean adjudicados[126].

De haberse optado por la teoría clásica o de doble transmisión, el cuaderno particional sería correcto, pues, no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos de Don Luís en la herencia de su hermana, pues, el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia y ese derecho está individualizado en el controvertido cuaderno particional del primer causante y, en consecuencia, no procedería concretar en él la parte que corresponde a los herederos del transmitente en la herencia del primer causante —la hermana de Don Luís— (sentencia de instancia).

De forma más acertada y correcta se manifiesta la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo en la citada resolución, pues, efectivamente dentro de la unidad funcional y orgánica que representa el fenómeno sucesorio del causante de la herencia y partiendo que no hay doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis* que, está integrado como derecho en la herencia del llamado-transmitente, y, además se transmite inalterado como si lo recibiría éste, si no hubiera fallecido antes de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, posibilita que, ejercitando el *ius delationis* sucede el transmisario directamente al causante de la herencia (primer causante), y en otra distinta sucesión al llamado-transmitente. Al ser heredero de la primera herencia puede solicitar la partición de tal herencia y, por tanto, la delimitación de la cuota que, le corresponde y concreción de los bienes y derechos que, singularmente le sean adjudicados. La primera herencia se particiona entre los transmisarios que hayan adquirido la herencia del primer causante y los demás herederos de éste; mientras que, la segunda herencia se parte entre todos los transmisarios —herederos del transmitente (segundo causante)—, hayan adquirido o no la primera herencia.

En esta línea, se expresa la sentencia de este mismo Alto Tribunal de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, de 5 de junio de 2018[127] así se indica en su *Fundamento de Derecho segundo punto 5* que "del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión prevista en el artículo 1006 del Código Civil constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que, subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

La inalterabilidad del *ius delationis*, junto con la debida diferenciación de los procesos sucesorios en liza, determina, a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar; sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente.

Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del *ius delationis* hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del *ius delationis*, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente.

En el presente caso, habiéndose cumplido los presupuestos y requisitos para la aplicación *ex lege* del derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil sin exclusión de dicha consecuencia en el testamento otorgado por doña M..., de fecha 28 de enero de 1999, no habiendo constancia, a su vez, de repudiación alguna por parte de los beneficiarios, y conforme a la doctrina jurisprudencial que ha resultado fijada, procede estimar "la pretensión de la parte recurrente en orden a corregir el cuaderno particional, objeto de la *litis*, a los efectos de que se establezca la cuota hereditaria de los herederos de don Ma... en la herencia de su tía doña P... y su correspondiente determinación o concreción en los bienes y derechos que singularmente les sean adjudicados [...]".

Lo cierto es que, nos encontramos ante dos sucesiones, por un lado, la sucesión del transmitente o segundo causante, cuya herencia contiene, como un componente más de la misma el *ius delationis*; y, por otro, la sucesión en cuanto a la herencia del primer causante, con respecto a la cual el transmitente nunca ha sido heredero, pues, fallece antes de ejercer el *ius delationis*. De forma que, para que opere la transmisión de la herencia del primer causante al transmisario se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La delación a favor del transmitente; 2. Fallecimiento del transmitente sin aceptar ni repudiar; 3. La aceptación por el transmisario de las herencias del primer causante y del transmitente. El *ius delationis* es objeto de transmisión como parte integrante de la herencia del transmisario por así disponerlo legalmente el artículo 1006 del Código Civil como aplicación *ex lege* de un efecto transmisivo en lo que constituye la adquisición de la herencia por parte del transmisario ante el fallecimiento sin aceptar o repudiar del transmitente. Por tanto, la transmisión del *ius delationis* a los herederos del transmitente se produce automáticamente, por ministerio de la ley al margen de la voluntad tanto del primer causante como del transmitente. De ahí que, no es el transmitente quien transmite al transmisario la herencia del primer causante, sino simplemente el derecho a aceptarla como vehículo para su adquisición. El transmisario lo que ejercer ese derecho como un derecho propio adquirido por la aceptación de la herencia del transmitente. Ejercitado el *ius delationis* y, en consecuencia, aceptada la herencia del transmitente y del primer causante por el transmisario, esa aceptación tiene efectos retroactivos al momento de la muerte del primer causante *ex* artículo 989 del Código Civil. En este contexto, el transmitente no es heredero del primer causante, pues, es el transmisario quien sucede al primer causante, pues, adquiere del transmitente el *ius delationis*, y no la herencia del primer causante, que, no obstante, es adquirida cuando el transmisario acepta la herencia de éste, esto es, directamente del primer causante. El transmisario es, pues, heredero directo del primer causante, aun cuando no haya sido directamente llamado por él, ya que lo es por haber adquirido del transmitente el *ius delationis*, esto es, el derecho a aceptar la herencia del primer causante. El cumplimiento de los requisitos de capacidad y de dignidad para suceder ha de tener lugar, tanto con respecto al transmitente como con respecto al primer causante, pues, en relación con éste último, constituye presupuesto para la adquisición del *ius delationis*.

Ahora bien, puesto que el transmisario sucede al primer causante debe colacionar en la sucesión de éste las donaciones que de él hubiera recibido[128]; y a su vez, debe colacionar en la sucesión del transmitente, las donaciones de él recibidas[129].

Si el transmitente tiene una pluralidad de sucesores (transmisarios) reciben todos ellos conjuntamente el *ius delationis*, siempre que cumplan los requisitos de capacidad para suceder en los términos ya expuestos en líneas precedentes. Cada uno puede aceptar o repudiar la herencia del transmitente, como, asimismo, aceptar o repudiar la herencia del primer causante, con plena independencia de los demás (artículo 1007 del Código Civil)[130]. Asimismo, unos pueden aceptar la herencia pura y simplemente, mientras que otros a beneficio de inventario. Cualquiera de esas modalidades de aceptación puede ser ejercitada por los transmisarios; de forma, igualmente, autónoma respecto de los demás. Si cualquiera de los transmisarios renuncia, su parte acrecerá a los demás, salvo que se hubiera nombrado sustituto para tal eventualidad[131]. Si alguno de los transmisarios —sucesores del transmitente— fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia, se produce una nueva transmisión del *ius delationis*, pasando a los herederos el mismo derecho que él tenía.

Sobre tales bases, antes de finalizar este apartado nos queda plantear dos cuestiones prácticas relacionadas con el cálculo de la legítima y los acreedores. Respecto a la primera, cabe plantearse si al *ius delationis* en cuanto derecho integrante de la herencia del transmitente, se debe asignar un valor patrimonial a los efectos de cálculo o computación de la legítima en la sucesión del transmitente. Para LACRUZ BERDEJO se impone la solución afirmativa, pues "la herencia transmitida recae en la del transmitente, que es quien realmente ha sido instituido heredero"[132]. Por su parte, ALBALADEJO, aun partiendo de la tesis contraria de que el transmisario hereda al primer causante, igualmente, entiende que "los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular la legítima"[133]. Y, ello no porque, al ejercer el transmisario el *ius delationis* aceptando la herencia del primer causante, ésta recaiga en el transmitente, sino porque el *ius delationis*, que forma parte del caudal relicto del transmitente, tiene un valor patrimonial: el valor de la herencia a la que le da derecho[134]. Sin embargo, JORDANO FRAGA, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS y BOSCH CAPDEVILLA[135], aun siendo partidarios de la teoría moderna de la adquisición directa como ALBALADEJO, niegan que para determinar la legítima de los herederos forzosos del transmitente haya de agregarse el valor de la herencia del primer causante, porque entienden que aunque el *ius delationis* es un elemento de la herencia del transmitente, no tiene carácter patrimonial y, por tanto, no es evaluable económicamente. Los bienes que adquieren los transmisarios no los adquirirán del transmitente, sino que dichos bienes integran la herencia del primer causante y se computarán para el cálculo de los derechos legitimarios en la sucesión del primer causante. En consecuencia, los derechos de los legitimarios solo recaerán sobre sus respectivas herencias, pues "siendo la legítima *pars bonorum*, cada grupo de legitimarios lo será con relación a su propio causante, y así los legitimarios del transmitente no tendrán derecho alguno a la herencia del primer causante y viceversa, pues, las normas del Código Civil sobre computación, imputación, colación, reducción de donaciones, etc., deben aplicarse a cada caudal con independencia del otro, por ser fundamentalmente operaciones contables que recaen sobre un quantum de bienes para formar las masas hereditarias correspondientes (*donatum*, *relictum*, masa de colación, etc.)"[136].

Lo cierto es que, lo que se valora para determinar la legítima respecto del transmitente no es el *ius delationis* para la primera herencia, sino los bienes relictos de esta concreta herencia, que, constituyen elementos patrimoniales y económicamente valuables, como bienes que son de la primera herencia.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, cabe plantearse que sucede, si el transmisario acepta la herencia del transmitente, pero repudiar la del primer causante: ¿podrán los acreedores pretender algún derecho sobre la herencia?. Hay que señalar que, si consideramos que, los legitimarios del transmitente han de contar con la herencia del primer causante, a efectos del cálculo de la legítima, con mayor razón los acreedores del mismo han de poder hacer efectivo sus derechos sobre la herencia del primer causante. LACRUZ BERDEJO señala que, si el transmisario repudia la herencia del primer causante, los acreedores del transmitente podrán aceptarla en virtud del artículo 1001 del Código Civil[137]. De manera similar ALBALADEJO estima que "el *ius delationis* de la herencia del primer causante formaba parte de la herencia del transmitente, luego con él —y en definitiva con la herencia (del primer causante) a la que da derecho— se debe satisfacer los acreedores y legatarios del transmitente"[138]. Sin embargo, JORDANO FRAGA y HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS entienden que, si el transmisario repudia la herencia del primer causante son los acreedores personales del repudiante los que pueden ejercer la facultad del artículo 1001 del Código Civil, es decir que, sobre la herencia del primer causante no podrán actuar los acreedores del transmitente. Y, por tanto, aunque el transmisario acepte la herencia del transmitente no podrán hacer efectivos los créditos sobre la misma[139]. No obstante, para MONSERRAT VALERO de forma aceptada, señala que, esta última opinión "no explica por qué los acreedores del transmitente van a quedar en peor posición cuando por morir éste sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa este derecho al transmisario que cuando el transmitente repudia la herencia en su perjuicio"[140].

En el supuesto de repudiación por parte del transmisario de la herencia del transmitente, desde luego los acreedores de aquél podrán hacer uso de la facultad del citado artículo 1001 respecto de tal herencia y, cabe preguntarse, si también se puede ampliar su actuación a la herencia del primer causante. HERNÁNDEZ VALDEOMILLOS estima que, es posible, si bien serán necesarias en este caso dos autorizaciones judiciales distintas y separadas: "una para poder aceptar la herencia del transmitente, y una vez aceptada ésta por los acreedores podrían éstos solicitar otra autorización al Juez para ejercitar el *ius delationis* que, les permitiera aceptar la herencia del primer causante, ya que la aceptación de la segunda herencia por sí sola no implica aceptación de la primera, aunque por economía procesal pueden solicitarse juntas ambas autorizaciones"[141].

En todo caso, por aplicación del mencionado artículo 1001 del Código Civil se da preferencia a los acreedores frente a los herederos que, por repudiación del transmisario, sean llamados por la ley, los cuales sólo recibirán el exceso, si lo hubiese.

Ahora bien, ambas teorías tienen también importantes repercusiones prácticas. Así lo notarios PÉREZ RAMOS y MARIÑO PARDO señalan respecto: 1. La capacidad de suceder exigible al transmisario en relación al primer causante. "Según la teoría clásica, la capacidad del transmisario debe apreciarse solo en relación con el transmitente y no respecto al primer causante. Según la teoría moderna,

el transmisario debe tener capacidad para suceder tanto al transmitente como al primer causante"; 2. Respecto al cálculo de la legítima del herradero forzoso del transmitente "si se sigue la teoría clásica, al formar parte de la herencia del primer causante, el valor de esta deberá tenerse en cuenta para calcular la legítima de los herederos forzosos del transmitente; pero si se sigue la tesis moderna, los bienes de la herencia del primer causante no deben valorarse para el cálculo de la legitima de la sucesión del transmitente"; 3. En cuanto al deber de colacionar: "según la tesis clásica, el transmisario no debe colacionar las donaciones recibidas del primer causante en la herencia de éste, pues, no lo hereda directamente. Según la posición moderna, si debe colacionar en la herencia del primer causante las donaciones que en vida haya recibido de él, lo cual además implicará entender que la condición de legitimario es también transmisible"; 4. Respecto de las reservas: para PÉREZ RAMOS "el supuesto de hecho de las reservas se cumple o no, dependiendo de a quién sucede el transmisario" (p 143); y para MARIÑO PARDO "en la reserva del artículo 811 del Código Civil, (…) si el descendiente causante de la reserva fallece sin aceptar ni repudiar y se entiende que el ascendiente que sería reservista al aceptar recibe los bienes directamente de la persona de quien procedían originariamente los bienes, no existirá doble transmisión que determina la reserva" (p. 3); 5. Situación de los acreedores del transmitente: "según la tesis moderna los acreedores del transmitente no podrán embargar los bienes procedentes del primer causante, ni podrán aceptar la herencia del primer causante, si el transmisario renuncia en fraude de sus derechos (artículo 1001 del Código Civil); y a la inversa con la clásica" (PÉREZ RAMOS, p. 143); 6. La actuación de los contadores partidores del primer causante y del transmitente: "si se sigue la tesis clásica o de la doble transmisión, el contador partidor nombrado por el primer causante entre los transmisarios, pues estaría partiendo de la herencia del transmitente. Sin embargo, desde la perspectiva moderna, parece que esto si sería posible". Y, además "solo interviene en bienes procedentes de la herencia del primer causante el contador-partidor nombrado por éste"; y, 7. En fin, por un lado, PÉREZ RAMOS se pregunta si "¿el usufructo del cónyuge viudo del transmitente también comprenderá los bienes de la herencia del primer causante?" a lo que responde "así será si se sigue la tesis clásica y no en cambio para la moderna, para la que el viudo transmitente no debe concurrir a la partición de la herencia del primer causante" (pp. 142-143); y por otro, en cuanto al juego del artículo 28 de la LH este mismo autor señala que "el plazo de dos años de suspensión de la fe pública para la tesis moderna se cuenta desde la muerte del primer causante; mientras que la teoría clásica desde el fallecimiento del transmitente" (p. 143)[142].

En este contexto, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1006 del Código Civil prevé un primer fallecimiento —el del llamado causante— seguido de la muerte de uno de sus herederos —el denominado transmitente— que no emite declaración de voluntad (ya sea expresa o tácita) aceptando o repudiando su cualidad de heredero, facultad la cual se transmite a los suyos propios —los conocidos como transmisarios—.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes el transmitente, debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo

la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a su aceptación en la condición de heredero o su repudiación.

En el año 2013, como hemos visto, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en su sentencia de 11 de septiembre, al señalar que "(...) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que, subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

Esta misma tesis ha seguido la doctrina de este Centro Directivo, en Resoluciones como las de 26 de marzo y de 11 de junio de 2014[143]; y también en las de 6 de mayo de 2015[144], 26 de julio de 2017[145]; y 22 de enero[146]; 12 de marzo[147]; 25 de abril[148]; 5 de julio y 28 de septiembre de 2018[149]; 15 de noviembre de 2019[150]; 3 de febrero y 26 de mayo de 2021[151]; 7 de marzo de 2022[152]; 8 de febrero[153]; 8 de marzo[154]; y, 19 de abril de 2023[155]; y 4 de diciembre de 2023[156]. En estas quince últimas se expresa que "los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de éste a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante".

No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería conveniente profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y sólo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Por otro lado, y como circunstancia especialmente reseñable, pueden confluir como interesados en los derechos sucesorios del transmitente, por un lado, un heredero universal y, por otro, un legitimario en la cuota legal usufructuaria.

La legítima, tal y como se ha configurado en el Código Civil (artículo 806: *"La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"*) se identifica como una auténtica *"pars bonorum"* que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que —salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el con-

sentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho.

Por ello, resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir —o no hacerlo— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia, en los términos y condiciones aplicables al caso planteado.

Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del "*ius delationis*" en su favor creado solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante...). Por ello, la aceptación como un acto propio, independiente, voluntario, único y responsable, debe y puede exigirse sólo al designado como tal heredero

En consecuencia, se han planteado cuestiones relativas a qué sucede con los legitimarios no herederos del transmitente, el cónyuge viudo de éste o la consideración de *ius delationis* como derecho patrimonial y su computación en el cálculo de las legítimas de los herederos forzosos del transmitente.

Ciertamente, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 2013, la Dirección General de Registros y del Notariado se inclinó por la doctrina clásica. Así en la Resolución de 22 de octubre de 1999[157] manifestó que, aceptada la herencia del segundo causante —transmitente— por quienes suceden ius transmissionis, la legítima del cónyuge viudo de aquél no es un simple derecho de crédito frente a su herencia y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que, con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial, se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. artículos 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes habrían de ser incluidos los que el transmisario hubiera adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que debería reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos.

Si bien, esta doctrina fue revisada en Resolución de 26 de marzo de 2014[158], a la vista de los pronunciamientos que se contienen en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, según la cual "...debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder

de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente".

En el mismo sentido, se manifestaron posteriormente las Resoluciones de 11 de junio y 6 de octubre de 2014[159], en las que señala que la consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial, es que en las operaciones divisorias de la herencia de un causante (primer causante) en la que concurre derecho de transmisión (la del segundo causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios. De ello, se concluye que en tales herencias no es necesaria la intervención del cónyuge viudo del transmitente y madre de los transmisarios, pues su condición de legitimaria del transmitente, únicamente afecta a la herencia de este.

Por su parte, en la resolución de 9 de junio de 2015[160] la consecuencia que se obtiene de esta doctrina jurisprudencial y del Centro Directivo es que en las operaciones divisorias de la herencia de la primera causante no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios, por lo que este extremo el defecto debería ser revocado.

Pero ocurre que en este caso, la aceptación, partición y adjudicación de herencia se había otorgado en escritura pública de fecha 20 de noviembre de 2003 —anterior a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo— por lo que en ésta, compareció como interesada y legitimaria de su difunto cónyuge, la viuda de heredero fallecido —sin aceptar ni repudiar— tras la apertura de la sucesión de su padre, mientras que en la escritura de adición de la misma herencia, autorizada por escritura de fecha 27 de febrero de 2015, no comparece la citada viuda del transmitente, debido a la aplicación de la nueva jurisprudencia.

Ciertamente, en la escritura de adición se afirma que "por error se omitió el inmueble" que ahora se adjudica, por lo que se trata de una escritura de carácter complementario de la anterior, en la que se procede a una liquidación de sociedad de gananciales, formación de inventario, liquidación, aceptación, partición y adjudicación de bienes sobre los que en ese momento se exhiben en el citado inventario, y una incorporación de fincas o de bienes nuevos, comportaría una posible modificación de consentimiento.

De ahí que, partiendo que en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 en su Fundamento de Derecho segundo se apoya por varias veces en "la unidad del fenómeno sucesorio": Así en el apartado 3, párrafo primero, donde afirma "la figura del fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio"; en el mismo apartado 3, párrafo segundo, establece la equivalencia entre "la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*; reitera esa equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y el *ius delationis*, y, asimismo, se destaca "todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia". En consecuencia, *s*e establece por el Alto Tribunal una base jurídica sobre el principio de "la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia", por el

que es preciso que si la viuda del transmitente había prestado su consentimiento en la escritura de disolución de la sociedad de gananciales y aceptación, partición y adjudicación de la herencia, también lo debe hacer en las que sean complementarias de la misma, como es en este supuesto, que tiene por objeto adicionar un bien inmueble omitido por error.

Así pues, con independencia del absoluto respeto a la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, que ha sido recogida reiteradamente por este Centro Directivo, la calificación no ha ignorado la citada doctrina, sino que en virtud de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, se considera que en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y aceptación y adjudicación de la herencia del causante, se aplicaron los parámetros de la teoría clásica y la que ahora se otorga debe someterse también a esas mismas pautas.

Por lo tanto, por exigencia de ese principio rector de unidad de la sucesión hereditaria no es posible que a una herencia en la que se aplicó inicialmente la llamada "teoría clásica del ius transmisionis", se le pueda ahora aplicar —exclusivamente para un bien integrante de la masa hereditaria y omitido en su día por error— la teoría moderna.

En todo caso, esta misma tesis revisionista de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública hasta ahora partidaria de la tesis moderna, ha sido seguida por la doctrina de este centro Directivo en resoluciones de 26 de julio de 2017[161]; 22 de enero[162]; 12 de marzo[163]; 25 de abril[164]; 5 de julio[165]; y, 28 de septiembre de 2018[166]; 5 y 11 de abril de 2019[167]; y, 6 de junio de 2019[168]; 3 de febrero[169] y 26 de mayo de 2021[170]; 7 de marzo de 2022[171]; de 19 de abril de 2023[172]; y, de 29 de enero de 2024[173]. Todas ellas se expresan indicando que "los transmisarios suceden al primer causante al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de éste a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante".

No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y sólo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos. Por ello, resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir su intervención —o no hacerlo— en las operaciones de aceptación y partición de herencia, en los términos y condiciones aplicables al caso planteado.

Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal, y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo, la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del "ius delationis" en su favor creado sólo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante...). Por ello, la aceptación como un acto propio, indepen-

diente, voluntario, único y responsable, debe y puede exigirse sólo al designado como tal heredero.

En este contexto, además, precisa la resolución de 22 de enero de 2018[174] que efectivamente el transmisario sucede directamente al causante, pero el derecho de transmisión deberá computarse para calcular las legítimas del transmitente. Esta premisa viene a ser completada por las afirmaciones con relación al derecho de transmisión contenidas en las resoluciones de 24 de abril y 28 de septiembre de 2018 y de 26 de mayo de 2021 que "con la herencia del primer causante debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente" y, además, el legitimario y el cónyuge viudo del transmitente deberán consentir la partición de la herencia del primer causante.

Parece que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública opta por una tercera vía o tercera postura, aunque aclara sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el "*ius delationis*" no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Añade que, cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dichas Resoluciones, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente —o por la ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en qué consisten las legítimas. Por todo ello, concluye este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención del legitimario del transmitente.

En las mismas Resoluciones se justifica el cambio de criterio respecto de otras anteriores (vid. Resoluciones de 26 de marzo, 11 de junio y 6 de octubre de 2014 y 9 de junio de 2015) por el diferente supuesto de hecho que contempla respecto del que originó la STS de 11 de septiembre de 2013, pues el Alto Tribunal distingue claramente dos sucesiones, la del causante de la herencia y la del transmitente y lo hace con todas sus consecuencias (y, como puso de relieve la Resolución de 26 de julio de 2017 "en el supuesto contemplado en la citada Sentencia del Tribunal Supremo se plantea la cuestión relativa a si el contador-partidor judicial de la herencia de la causante, al hacer las correspondientes adjudicaciones, debió individualizar las cuotas correspondientes a cada uno de los transmisarios, o si, por el contrario, era suficiente formar un único lote correspondiente al transmitente. Es en este punto en el que se centra el Tribunal Supremo, casando y anulando la Sentencia, manifestando que "(...) debiéndose modificar y completar el cuaderno particional realizado de la herencia de doña Lidia (la primera causante), en orden a individualizar la cuota que corresponda a cada uno de los herederos de don Rodolfo (el transmitente) y su respectiva concreción en los bienes y derechos que les resulten adjudicados particionalmente como fijación de la Doctrina jurispru-

dencial aplicable a la cuestión debatida". Es esta la única cuestión que trata de resolver la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo)".

Este Centro Directivo (resoluciones de 25 de abril y 28 de septiembre de 2018) estima que el transmisario sucede directamente al primer causante, pero el derecho de transmisión debe computarse para calcular las legítimas del transmitente; asimismo que, la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el "ius delationis" también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1.º del Código Civil). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el "ius delationis". Aunque el transmisario que ejercita positivamente el "ius delationis" adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente; y, en fin, el legitimario y el cónyuge viudo del trasnmitente deberán consentir la partición de la herencia.

Como claramente, se deduce de lo expuesto, entiende este Centro Directivo que con tales planteamientos no se aparta de la sentencia dictada del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y lo único que pone de manifiesto en las últimas resoluciones citadas es que la obligada protección de los legitimarios exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el "*ius delationis*" también se computa en la herencia del transmitente, en los términos antes expresados, esto es, que resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios —no herederos— como interesados en la herencia del denominado transmitente a los efectos de exigir —o no— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia.

Pues bien, atendiendo a lo expuesto, la DGSJFP entiende que el *ius delationis* debe computarse para calcular la legítima del transmitente porque es susceptible de valoración económica, por lo que es susceptible de venta; además que los transmisarios lo son en cuenta son nombrados herederos del transmitente y respetando el régimen de legítimas impuesto por la ley. En la resolución de 11 de abril de 2017[175] se precisa que desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el "ius delationis". Aunque el transmisario que ejercita positivamente el "ius delationis" adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente; y se precisa en la resolución de 22 de enero de 2018[176] tras recordar que, nuestro Alto Tribunal ha aclarado que se hereda directamente al causante primero en el tiempo, resolviendo numerosas dudas acerca de la capaci-

dad que ha de ostentarse para suceder, ello no se hace con la intención de vulnerar otras normas imperativas que rigen la sucesión testamentaria, por lo que si bien sí resulta evidente que es el heredero el que debe aceptar o repudiar la herencia del causante, una vez emite su voluntad de aceptar dicha condición de heredero, el conjunto patrimonial activo y pasivo del causante deberían recaer en la masa patrimonial del transmitente, y por ende, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión. Otra solución llevaría a una vulneración casi sistemática de las normas de la legítima, pero no sólo ya en lo que concierne al transmisario como acabamos de ver, sino del propio causante, ya que el reparto por mitad de la herencia entre un hijo y otra persona que sólo lo hace como heredero de su hijo postmuerto y que por ello puede ser absolutamente extraño a la sucesión forzosa del primer causante —en cuya masa hereditaria no entrarían, por tanto los bienes— supone que la parte que debería integrarse en la legítima del primer fallecido (dos tercios de la herencia) se ve reducida a la mitad pudiendo significar una vulneración de los derechos legitimarios del otro heredero forzoso.

A continuación aclaro que, ello no supone una ruptura de la doctrina fijada por el sentencia de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el "*ius delationis*" no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debemos señalar en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados.

Esto es, la decisión de adquirir dicha condición hereditaria y por ello del ingreso definitivo en la comunidad hereditaria corresponde sólo al titular del "*ius delationis*". Ahora bien, debe resolverse acerca del destino de la masa patrimonial del primer causante con relación al caudal del llamado transmitente, puesto que como antes hemos visto, el efecto transmisivo sólo se refiere al "*ius delationis*", es decir comprende el efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia, pero sin que ello suponga un pronunciamiento sobre el destino de los bienes: está claro que se acepta o repudia la herencia del causante directamente por parte del transmisario, pero eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión.

Posteriormente, aclara que, si se atiende de nuevo a los fundamentos de nuestro Derecho sucesorio, la aptitud para suceder arraiga, por un lado, en la supervivencia al finado y en la capacidad para suceder. La aceptación o la repudiación, son actos ya ajenos al propio causante, propios de la esfera personal del heredero o herederos, y cuya omisión a lo largo de su vida permite suplir nuestra legislación, permitiendo la transmisión del "*ius delationis*" a los suyos, tal y como señala el artículo 1006 del Código Civil. El derecho de representación, como tal, no se reconoce en la sucesión testada —ya que el testador, conocedor de la circunstancia de premoriencia del heredero pudo fijar una sustitución o incluso cambiar sus

disposiciones testamentarias— pero el efecto de supervivencia y capacidad para suceder no puede implicar un salto de carácter absoluto en la propia esfera patrimonial del considerado como transmitente.

Por ello, concluye que, cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos que antes hemos señalado, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente está sujeto a las limitaciones legales o cargas en qué consisten las legítimas.

Asimismo, la resolución de la DGSJFP de 12 de marzo de 2018[177] señala, en esta línea, como circunstancia especialmente reseñable ahora planteada debe recordarse que confluyen como interesados en los derechos sucesorios del transmitente, por un lado, un heredero universal, y por otro, un legatario de cuota en el que concurre la condición de legitimario. La legítima, tal y como se ha configurado en el Código Civil —a tenor de lo preceptuado en el artículo 806: *"La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"*— se identifica como una auténtica *pars bonorum* que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que —salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho. Por ello, se aclara "resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir —o no hacerlo— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia, en los términos y condiciones aplicables al caso planteado". A esto se añade que, tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo, "la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del *"ius delationis"* en su favor creado sólo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante,...). Por ello, la aceptación como un acto propio, independiente, voluntario, único y responsable, debe y puede exigirse sólo al designado como tal heredero. En un caso como el ahora planteado, y teniendo en consideración la existencia de una única sucesión (a los abuelos primeros causantes) sólo deben intervenir —a los efectos de aceptar o repudiar su herencia— los designados por ellos como herederos (es decir, el hijo superviviente) así como los igualmente nombrados herederos de un hijo que habiendo sobrevivido a aquéllos no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la adquisición de la condición de heredero (es decir, la nieta aquí compareciente),

al ser ambos los únicos titulares del "*ius delationis*". Por todo ello, la intervención de ambos herederos a los efectos de aceptar la herencia de los dos causantes es perfectamente válida y plenamente eficaz".

A continuación, y una vez aclarada esta cuestión, en la resolución se analiza la eficacia de dicha declaración de voluntad, máxime cuando ésta deviene en sentido positivo, aceptando la condición de heredero, y por ello, se estudia el *iter* que recorre el derecho en la masa indivisa de la herencia del causante, aclarando las consecuencias de la aceptación hereditaria en cuanto a la masa patrimonial del causante y del propio transmitente. Para ello se recuerda la doctrina de la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, en la que se parte de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia; de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el "*ius delationis*" integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente, y de manera añadida ha considerado el fallo que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del "*ius delationis*", la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente. Todo ello para el Centro Directiva apunta a que los bienes del primer fallecido transitan directamente desde su patrimonio relicto hacia el de los transmisarios. Si bien, esta solución pudiera parecer la más sencilla, al eliminar intermediarios y sucesivas aceptaciones y particiones; sin embargo, entiende la resolución parece chocar con varios fundamentos del sistema sucesorio instaurado en el Código Civil. Además, recuerda que el supuesto de hecho considerado en la Sentencia de referencia —en el cual, a modo de ejemplo, el causante primigenio carecía de herederos forzosos— no coincide con el ahora planteado, por lo que podría ser perfectamente aceptable una solución propia y diferente a la allí establecida. En este sentido, el Derecho común fija como presupuestos básicos para la sucesión *mortis causa* la supervivencia al causante y la capacidad de suceder, sin perjuicio de la existencia de ciertas cuotas de la masa hereditaria que han de ser respetadas y reservadas de manera inexcusable a los llamados herederos forzosos o legitimarios —amén de un eficaz y válido llamamiento a la sucesión—. Es evidente que la voluntad del testador determina el camino que han de seguir sus bienes, deudas y derechos una vez fallecido y que ésta es la ley que ha de regir la sucesión y que, para evitar el juego de las transmisiones inesperadas, consecuencia de las muertes prematuras de los nombrados herederos (ya sea por la ley o por voluntad del finado) se establecen soluciones que intentan reconducir el camino inicialmente querido en la sucesión. De esta manera, la ley prevé que el propio testador podrá establecer sustituciones vulgares para el caso de premoriencias, incapacidades o imposibilidades para suceder, e incluso para los casos de renuncia por parte del designado; y en el ámbito de la preterición el propio artículo 814 del Código Civil que posteriormente se examinará prevé un especial derecho de representación para salvaguardar la línea descendente en la transmisión de los bienes, de manera igualitaria y proporcional entre descendientes. Por ello, debe recordarse que la voluntad del testador válidamente emitida y dentro de los límites previstos en la norma debe ser cumplida por los interesados en su herencia.

Pues bien, manifiesta que, en el presente caso, al primer causante le suceden sus herederos abintestato. Fallecido posteriormente uno de esos hijos herederos, y habiéndose cumplido los presupuestos de supervivencia y capacidad, no se produce declaración sobre su adquisición o rechazo de la condición de heredero. Dicho segundo causante designa en testamento a su esposa y a uno de sus hijos como herederos y lega a la otra hija lo que por legítima estricta pudiera corresponderle, sustituyendo a los herederos por sus respectivos descendientes para los casos de premoriencia e incapacidad. Resulta evidente que este segundo causante deseó que uno de sus vástagos no adquiriese un título de carácter universal —sin perjuicio del título de cotitular que la legítima le confiere, aunque sea en condición de legatario— y que se beneficiaran de dicha participación tanto los herederos como, por sustitución, su línea descendente (sustitución que no tiene lugar, por haber renunciado estos a la herencia del primer causante, con aceptación tácita la del transmitente).

Es, por ello que, estas circunstancias implican que el *"ius delationis"*, como derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante, corresponde al hijo que le sobrevive, y por designación de éste, a la viuda y al nieto que ahora comparecen. Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo y establece el artículo 1006 del Código Civil, el *"ius delationis"* respecto del primer causante se atribuye a sus herederos directos y a los nombrados como tales por el otro hijo postmuerto. Pero lo que se transmite y lo que se adquiere en virtud de citado precepto no puede ser más que dicho *"ius delationis"*, que si bien se ejercita de manera directa —sin pasar por la herencia del transmitente— sólo puede referirse al acto de aceptar o repudiar —como ha ocurrido en este supuesto por parte de los herederos— la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias más allá de ello; máxime cuando ello podría derivar en la vulneración de una ley reguladora de nuestro derecho sucesorio.

Otra solución para el Centro Directivo devendría en un resultado no deseado por nuestra norma, la cual permite conservar la esfera y el interés patrimonial de los descendientes de otro descendiente premuerto a los efectos de proteger a los legitimarios de grado sucesivo (tal y como establece el artículo 814 del Código Civil —los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos—).

A todo esto añade que, como ha puesto de relieve antes este Centro Directivo en la Resolución de 22 de enero de 2018, que esta forma de proceder no supone una ruptura de la doctrina fijada por el Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, sino que se limita a explicar que el *"ius delationis"* no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dicha Resolución, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus

legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente está sujeto a las limitaciones legales o cargas en qué consisten las legítimas.

Así, de nuevo, en el presente caso, a diferencia del supuesto al que se refiere la citada Resolución de 22 de enero de 2018, los transmisarios han ejercitado el "*ius delationis*" repudiando la herencia del primer causante, con aceptación de la del transmitente. Y, debe decidirse, si el valor de tal derecho debe computarse para la satisfacción de la legítima de la heredera forzosa del transmitente cuando ésta no ha renunciado al legado. De forma que, se trata de una cuestión que debe relacionarse con la naturaleza misma del "*ius delationis*". Si es considerado como un auténtico derecho subjetivo, en la modalidad de derecho potestativo o de configuración jurídica (posición seguida por el Tribunal Supremo), con valor patrimonial, debe computarse para el cálculo de las legítimas de los herederos forzosos del transmitente. Así, si se considera el "*ius delationis*" como un derecho sin valor patrimonial, no deberá computarse para el cálculo de tales legítimas.

Por otra parte, la Resolución de esta Dirección General de 23 de junio de 1986[178] ya se refirió a la posición de los legitimarios en casos de renuncia del transmisario a la herencia del primer causante, equiparándola a la de un acreedor, de suerte que tales legitimarios podrían acudir al mecanismo del artículo 1001 del Código Civil si la repudiación perjudicaba sus derechos, lo que conduce a la computación del valor del "*ius delationis*" en la herencia del transmitente. A tal fin, como expresó la citada Resolución, en relación con esta cuestión caben dos posiciones: a) bien entender que la masa patrimonial de la primera herencia queda totalmente fuera de la del transmitente en el supuesto de que la transmisaria, al ejercitar el "*ius transmissionis*", opte por la repudiación, como ha sucedido en este caso; b) bien entender, por el contrario, que a efectos de determinar el importe de la legítima, el "*ius delationis*" también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1.º del Código Civil). Y no cabe oponer contra esta posición que, si el transmitente hubiera repudiado en vida, ningún cómputo se hubiera hecho de la herencia repudiada para la determinación de las legítimas; porque, mientras el transmitente vivía, la legítima no estaba deferida, y, en cambio, sí lo está —y es ya carga de la herencia— desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—. La legítima, ya deferida, no puede, después quedar menoscabada por las vicisitudes de la herencia del transmitente o por los actos unilaterales del que en ella llegue a ser heredero.

A todo esto, añade que, esta Resolución, en la línea seguida por las recientes Resoluciones de 26 de julio de 2017[179] y 22 de enero de 2018[180], apunta igualmente en favor de esta tesis el argumento de la mejor protección que con ella se consigue de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el "*ius delationis*". Ciertamente, afirma que el "*ius delationis*" debe ser incluido como valor computable para fijar el importe de la legítima no significa que, además, el "*ius delationis*" haya de ser considerado en sí como un bien de la herencia que está afecto directamente, como los demás bienes hereditarios, al pago de la legítima, pues, si es personalísimo y no transmisible, menos podría ser susceptible de embargo o afección real.

De ahí que, aceptada la herencia pura y simplemente, la legítima, que ya es desde que se defiere carga de la herencia, pasa a ser también deuda de la que el heredero ha de responder incluso con sus propios bienes. Los legitimarios tienen entonces para conseguir el pago total de la legítima, acción personal frente al heredero y, a la vez, acción real sobre los distintos bienes que integran la herencia. No tienen ciertamente acción real sobre cada uno de los bienes concretos de la herencia repudiada por el transmisario en el libre ejercicio de una facultad que es personalísima suya, ni, tampoco, sobre todos ellos en su conjunto en cuanto objeto del derecho hereditario que por sí sea enajenable y embargable. Pero los legitimarios podrían como titulares de un crédito —su propio derecho legitimario— que lo es frente a la herencia aceptada por el transmisario y frente al transmisario mismo, ejercitar el derecho que, a los acreedores, en general, confiere el artículo 1001 del Código Civil cuando el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus propios acreedores.

Por lo que, concluye que, en todo caso, si consta la repudiación de la primera herencia, nada podrá oponer la registradora al funcionamiento respecto de aquélla del derecho de acrecer en favor de los restantes herederos abintestato del primer causante que aceptaron la herencia, pues aun aceptando la tesis enunciada —en segundo lugar— en relación con la cuestión de la legítima habría de llegarse a la misma solución y tampoco habría obstáculo para la inscripción solicitada, al igual que ocurría cuando el que repudia la herencia tenga acreedores en tanto no conste que, en efecto, usaron de la facultad prevista en el artículo 1001 del Código Civil en términos que inutilicen o mengüen el derecho de acrecer.

Para PÉREZ RAMOS con esta posición la DGSJFP entiende que "el transmisario sucede directamente al primer causante pero el derecho de transmisión se debe valorar para calcular las legítimas del transmitente, siendo su valor el que tenga la porción hereditaria que corresponda a los transmisarios en la herencia del primer causante y los legitimarios del transmitente que no sean transmisarios —incluido el viudo del transmitente—, tienen derecho a que su legítima se satisfaga con los bienes que se adjudiquen a los transmisarios en la herencia del primer causante, porque su legítima en cuanto *pars bonorum* se extiende también a esta herencia y, consecuencia de todo lo anterior, deben intervenir para consentir la herencia del primer causante". Si bien aclara que esta es la opinión que tiene la DG, pero que no es la que tendría que tener. Entiende el autor que "la teoría intermedia de la DG debería llevarnos a sostener que no es necesario, en la escritura de partición de la herencia del primer causante, el consentimiento de los legitimarios del transmitente no transmisario. Y cree que ésta es la solución adecuada, porque es la más coherente con las premisas de la teoría intermedia y con el diseño legal del fenómeno sucesorio". A ello añade que (…) "la solución que menos trastorno genera es la de considerar que, siempre que el transmitente tenga legitimarios, los bienes que reciben los transmisarios en la herencia del primer causante se integran ideal o contablemente en la herencia del transmitente y se imputan en la misma a los propios transmisarios, produciendo de hecho el mismo efecto que se produciría por la aplicación de la teoría de la doble transmisión o del escenario que se presentaría si el transmitente hubiera fallecido aceptando tácitamente la herencia del primer causante".

Para concluir su estudio con una reflexión "a pesar de sus defectos, cree que es elogiable la posición de la DGSJFP porque pretende superar los efectos perniciosos de la aplicación rigurosa de la artificial teoría de la adquisición directa. Sin embargo, nada en esta materia es sencillo porque, aunque la DGSJFP ha sido valiente, también ha introducido distorsiones en el complejo y delicado mecanismo sucesorio". Sin embargo, reconoce que "el problema no lo ha creado la DG, lo ha creado el TS asumiendo alegremente una teoría tan artificial y perniciosa en sus efectos como la de la adquisición directa. Y es que la solución no está en aplicar la novedosa y bienintencionada doctrina de la DG, la solución debería proceder de una rectificación del TS que acogiera la teoría de la doble transmisión que es la más asentada conceptualmente y, sobre todo, la que produce efectos más sensatos y menos perturbadores del fenómeno sucesorio"[181].

Asimismo, puntualiza en otro estudio que "la brillantez de los argumentos a favor de la adquisición directa, palidecen cuando se traslada a la práctica, volviendo a demostrar que en *Derecho todo lo que no sea hablar de efectos es pura literatura*. Y es que de nuevo como tantas otras veces, en el campo de los efectos es donde se la juega cualquier teoría jurídica". En definitiva para el citado autor "si el Derecho es el arte de lo justo, creo que las consecuencias de aplicar la doctrina moderna distan mucho de ser justas ya que "produce la casi segura defunción de la reserva lineal, puesto que, en la mayoría de los casos en que concurre al reserva lineal ésta va acompañada del derecho de transmisión y la finalidad a la que responde la reserva lineal —evitar que los bienes se desvíen por la línea familiar de procedencia— se da también cuando concurre el derecho de transmisión" y "(…) exige exageradamente la doble capacidad, lo cual solo implica que el transmisario no sea indigno para suceder a uno u otro, sino sobre todo que haya nacido o estuviera concebido cuando fallecieron transmitente y primer causante ¿y si el primer causante fuera un ascendiente lejano?"[182].

Con relación la intervención del cónyuge viudo, señala la resolución de la DGSJFP de 26 de julio de 2017[183] que "como ya dijera esta Dirección General en resolución de 22 de octubre de 1999[184]: "En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el "*ius delationis*" respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo "*ex lege*" no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con el consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación —cfr. artículos 806 y 839 párrafo segundo del Código Civil—. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos".

Asimismo, la resolución de la DGSJFP de 25 de abril de 2018[185] señala, al respecto que "en el presente caso, el transmisario ha ejercitado el "*ius delationis*" aceptando la herencia del transmitente y la del primer causante (a diferencia del supuesto de la resolución de 12 de marzo de 2018, en la que se repudió la del primer causante). Y debe decidirse si el valor de tal derecho debe computarse para la satisfacción de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo del transmitente. Se trata de una cuestión que debe relacionarse con la naturaleza misma del "*ius delationis*". Si es considerado como autentico derecho subjetivo, en la modalidad de derecho potestativo o de configuración jurídica (posición segunda por el Tribunal Supremo), con valor patrimonial, debe computarse para el cálculo de las legítimas de los herederos forzosos del transmitente. Si se considera el "*ius delationis*" como un derecho son valor patrimonial, no deberá computarse para el cálculo de tales legítimas".

A lo que añade que "para este Centro Directivo la obligada protección de los herederos forzoso exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el "*ius delationis*" también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1 del Código Civil). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aun no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el "*ius delationis*". Aunque el transmisario que ejercita positivamente el "*ius delationis*" adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente".

A ello añade la citada resolución que "no puede compartirse la tesis del recurrente según la cual, respecto de la cuestión planteada el cónyuge viudo tendría como legitimario una posición diferente a la de los restantes herederos forzosos. Ciertamente, en la doctrina y la jurisprudencia al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos a la hora de realizar la partición y adjudicación de la herencia, aun cuando la legítima le haya sido deferida a título de legado y no de heredero; y lo mismo debe entenderse en el presente caso en que la legitima es deferida "*ex lege*" por haber fallecido intestada la transmitente". En consecuencia, concluye que "en aras de esa protección del legitimario, debe requerirse su intervención en la partición de la herencia del primer causante".

En esta línea, la Resolución de 19 de abril de 2023[186], pues, según la interpretación que ha realizado esta Dirección General del artículo 1006 del Código Civil, cualquier operación tendente a partir la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en la sucesión de éste, entre los cuales se encuentran incluidos sus legitimarios, ya hayan sido designados por el transmitente como herederos o como legatarios. Por ello, resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios como interesados en la herencia del denominado transmitente a los efectos de exigir —o no— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia. Entre tales interesados está incluida, sin ningún género de dudas, la

viuda del finado como legitimaria (en cuyo favor el testador ha ordenado, en el presente caso, el legado de usufructo universal de su herencia)[187].

En este contexto, el notario SERRANO DE NICOLÁS entiende que "el cónyuge del primer causante, como sus legitimarios, o sus acreedores en nada les afecta —salvo en que la decisión de los transmisarios pueda ser la contraria de la que esperasen del transmitente— en lo que es su posición jurídica. Por ello, si debían concurrir a la liquidación de la sociedad de gananciales o a la partición vivienda y aceptando el transmitente, idéntica situación tienen con los transmisarios, pues, no deja de ser "el mismo derecho". Y añade que "legitimados desde luego son únicamente los herederos, es decir, los transmisarios), por ello, en la liquidación de gananciales, partición y demás actos de la primera herencia, ninguna legitimación tiene, ni intervención, los legitimarios o el cónyuge viudo del transmitente, dado que no son herederos del mismo, sino que su situación queda a expensas de lo que actúen los transmisarios"[188].

Por su parte, el también notario CABANAS TREJO con respecto a la revisión hecha por la DGSJFP respecto de la teoría moderna consagrada en la sentencia del Tribunal Supremo de 2013 dispone que "desde esta perspectiva, la situación del notario no puede ser más incómoda, pues, la Administración Tributaria aprovechará cualquier excusa que ofrezca la escritura de herencia para volverla en contra de los interesados por eso, cuando fiscalmente intereses por razón de la cuantía o de parentesco convendrá de entrada que ambas herencias se separará en dos escrituras diferentes, formalizando antes la del transmitente y sin hacer mención en la misma a la herencia del primer causante, salvo que se acepte a beneficio de inventario". Dicho esto, considera que "(…) la intervención en la escritura de los legitimarios del transmitente, a pesar de no ser herederos del mismo, responde a la necesidad de actuar la doctrina de la DGRN (…) por su condición de herederos forzosos, sin que ello implique una doble transmisión". Por lo que entiende que "esta legítima deberá cuantificarse y entregarse, pero no siempre será fácil"[189].

Si bien, no falta quien pare resolver la problemática de la naturaleza del derecho de transmisión, sin atender a la posición del Tribunal Supremo, o a la posición revisionista de la DGSJFP opta por una interpretación que califica de novedosa. Así el notario CARRAU CARBONELL entiende que la postmoriencia del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia se encuentra regulada en nuestro derecho de diferente forma según estemos ante una sucesión testamentario o una sucesión intestada. Entiende que "siendo testamentaria la sucesión entre el causante y el llamado postmuerto, se aplica el derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil con la construcción clásica, sucediendo el transmitente al causante por medio del ejercicio del *ius delationis* por el transmisario. (…) En cambio, siendo intestada la sucesión entre el causante y el llamado postmuerto, se aplica el derecho de representación del artículo 924 del Código Civil, sucediendo directamente al causante el descendiente del llamado postmuerto, que sería su representante". En todo caso, aclara que resulta "esencial en la aplicación de esta tesis que se propone partir de la premisa que, en la sucesión intestada, la condición de representante vendrá dada por el parentesco con el representado, mientras en la sucesión testamentaria, la condición de transmisario vendrá dada por su designación como heredero por el transmitente, con independencia de su parentesco"[190].

Lo que el citado autor propone es plantear un mecanismo diferente del derecho de transmisión para la sucesión testada que para la intestada; lo que, efectivamente no deja de ser novedoso; no obstante, no creemos que ese sea el proceder del legislador cuando reguló este instrumento jurídico; pero plenamente admisible dicha interpretación.

En este contexto, la delación atribuye con carácter inmediato la posibilidad de aceptar —pura o simplemente o a beneficio de inventario— o repudiar la herencia. En el supuesto que, el instituido heredero acepte, adquiere la herencia. Si la repudia, la situación sucesoria se resuelve por la vía del llamado sustituto vulgar, o por el derecho de acrecer respecto de los demás coherederos o por la vía intestada (herederos legales).

Como hemos analizado en líneas precedentes, el artículo 1006 del Código Civil permite que la delación se transmita *mortis causa*; de forma que, intervienen tres sujetos: a) El primer causante; b) El herederos de este primer causante que fallece antes de aceptar o repudiar la herencia (transmitente); y c) Los herederos del transmitente, que son los llamados transmisarios que, por la vía del citado precepto adquieren el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Ahora bien, resulta necesario para ello que el transmisario/os acepten la herencia del transmitente; pues, la delación que tiene el transmitente del primer causante forma parte de la herencia de aquél y en el momento de la aceptación tiene la transmisión *ex lege* de aquella. Ciertamente, la delación del transmitente respecto de la herencia del primer causante, forma parte del caudal hereditario de aquél. Es, por ello, que el transmisario aceptando la herencia del transmitente adquiere esta y la del primer causante. Esta situación posibilita que la herencia del causante recaiga sobre una persona desconocida para él y que no es su heredero. En todo caso, no opera la transmisión del *ius delationis* del primer causante, si el transmisario repudia la herencia del transmitente. No obstante, puede aceptar la herencia del éste y repudiar la del primer causante, pero no al contrario. Sobre tales bases, es también posible excluir la transmisión del *ius delationis* disponiendo el primer causante en su testamento la instransmisibilidad del mismo, o una sustitución vulgar para el caso concreto que el transmitente fallezca antes de acepta ro repudiar la herencia.

En todo caso, el transmisario, tras aceptar la herencia del transmitente, viene a aceptar la del primer causante, sucediéndole directamente. Respecto a si el transmisario debe reunir los requisitos de capacidad también respecto al primer causante. Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE que mientras para ALBALADEJO debe reunirlos el transmisario los requisitos de capacidad también respecto de la herencia del primer causante; por el contrario, JORDANO FRAGA entiende que no resulta necesario, pues, "el transmisario recibe una delación ya adquirida válidamente por el transmitente, sin que sea preciso hacer un nuevo juicio de su capacidad a tal fin"[191].

Por su parte, BOSCH CAPDEVILA, tal como establece el artículo 412.8.3 del Código Civil catalán, entiende que al transmisario se le deben aplicar también las causas de indignidad respecto al primer causante[192].

En este contexto, doctrina y jurisprudencia, como hemos analizado en líneas precdentes, han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes el transmitente, debiendo ser en

definitiva los transmisarios los que lleven a cabo la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a su aceptación en la condición de heredero o su repudiación.

En parte esta discusión quedó zanjado, en la tantas veces mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2013, al señalar que "(...) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del CC no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que, subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente"

Esta misma tesis ha seguido por la doctrina de este Centro Directivo, en Resoluciones como las de 26 de marzo y 11 de junio de junio de 2014; las de 26 de julio de 2017; 22 de enero y 12 de marzo de 2018; 7 de marzo de 2022; 8 de febrero de 2023; y, 4 de diciembre de 2023, entre otras disponiendo que "los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de éste a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante".

Por su parte, la legítima, tal y como se ha configurado en el Código Civil (artículo 806: *"La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"*) se identifica como una auténtica *"pars bonorum"* que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que —salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho.

En todo caso, resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir —o no hacerlo— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia, en los términos y condiciones aplicables al caso planteado.

Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal, y ha seguido en la doctrina de la DGSJFP, la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del "*ius delationis*" en su favor creado solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal here-

dero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante...). Por ello, la aceptación como un acto propio, independiente, voluntario, único y responsable, debe y puede exigirse sólo al designado como tal heredero.

A tal fin, la mencionada sentencia de 11 de septiembre de 2013, dentro de la unidad orgánica y funcional que representa el fenómeno sucesorio del causante de la herencia y aceptada la herencia del heredero transmitente; una vez, ejercitado el "*ius delationis*" integrado en la misma, los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente, y de manera añadida procede indicar que, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente.

Todo apuntaría a que los bienes del primer fallecido transitan directamente desde su patrimonio relicto hacia el de los transmisarios.

En esta línea, el Derecho común fija como presupuestos básicos para la sucesión mortis causa la supervivencia al causante y la capacidad de suceder, sin perjuicio de la existencia de ciertas cuotas de la masa hereditaria que han de ser respetadas y reservadas de manera inexcusable a los llamados herederos forzosos o legitimarios —amén de un eficaz y válido llamamiento a la sucesión—.

Resulta evidente que la voluntad del testador determina el camino que han de seguir sus bienes, deudas y derechos una vez fallecido y que ésta es la ley que ha de regir la sucesión y, que para evitar el juego de las transmisiones inesperadas, consecuencia de las muertes prematuras de los nombrados herederos (ya sea por la ley o por voluntad del finado) se establecen soluciones que intentan reconducir el camino inicialmente querido en la sucesión.

De esta forma, la ley prevé que el propio testador podrá establecer sustituciones vulgares para el caso de premoriencias, incapacidades o imposibilidades para suceder, e incluso para los casos de renuncia por parte del designado; y en el ámbito de la preterición el propio artículo 814 del Código Civil prevé un especial derecho de representación para salvaguardar la línea descendente en la transmisión de los bienes, de manera igualitaria y proporcional entre descendientes. Por ello, debe recordarse que la voluntad del testador válidamente emitida y dentro de los límites previstos en la norma debe ser cumplida por los interesados en su herencia.

Sobre tales bases, desde la posición del Tribunal Supremo en sentencia de 2013 y en línea con la misma las primeras resoluciones de la DGSJFP tras la citada resolución, se operaba desde la afirmación que el transmisario que acepta la herencia del primer causante sucede directamente a éste y tenía como consecuencia que los bienes procedentes de esa primera herencia se computen a efectos del cálculo de la legítima en la primera herencia y en la segunda (herencia del transmitente), pues, de no proceder así se tomarían en consideración dos sucesiones distintas a efectos del cálculo de la legítima.

Frente a esta argumentación la misma DGSJFP ha revisado su posición (resoluciones de 22 de enero de 2018[193]; de 11 de abril de 2019[194]; de 3 de febrero de 2021[195]; de 26 de mayo de 2021[196]; y, de 29 de enero de 2024[197], entre otras) y ha considerado que, para determinar el importe de la legítima en la herencia del transmitente, el *ius delationis* debe ser también computado, ya que en sí mismo es

susceptible de valoración económica, apoyándose en el artículo 1000.1 del Código Civil[198]. Esto es, cuando el transmisario acepta la herencia del transmitente y la de primer causante sucede directamente al primer causante, por lo que el derecho de transmisión tiene un contenido económico que sirve para calcular la legítima de los legitimarios del transmitente; y, en la partición podrán adjudicarse bienes del primer causante. Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el "*ius delationis*". Aunque el transmisario que ejercita positivamente el "*ius delationis*" adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.

Desde tal planteamiento, habrá que sumar el valor de la cuota de la herencia del primer causante correspondiente al transmisario más el valor de la herencia del transmitente; lo que, da lugar a un aumento de valor; por lo que el legitimario no transmisario recibirá más respecto de lo que le hubiera correspondido por ese aumento de valor de la herencia del transmitente; y, en todo caso, se pagará con bienes de la herencia del transmitente, si son suficientes. En el supuesto, de ser éstos insuficientes deberá satisfacerse con bienes del primer causante o de los herederos.

En refuerzo de esta posición se indica en la citada resolución de 2018 que "otra solución llevaría a una vulneración casi sistemática de las normas de la legítima, pero no solo en lo que concierne al transmisario, sino del propio causante". A esto, añade cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en la sucesión.

A tal fin, PÉREZ RAMOS señala al respecto que "para calcular las legítimas de la herencia del transmitente habrá que sumar el valor de la cuota que en la herencia del primer causante corresponde a los transmisarios más el valor de la herencia del transmitente y hecha esta suma, para el autor pueden suceder dos cosas: la primera que haya bienes en la herencia del transmitente suficientes para poder cubrir ese aumento de valor; por lo que, el legitimario no transmisario tomará de más en la herencia del transmitentes respecto a lo que le hubiera correspondido de no haber agregado a la herencia del transmitente el valor del *ius delationis*; y, la segunda, que se aumente la legítima individual pero no haya bienes en la herencia del transmitente para cubrir ese aumento de valor". De forma que, como acertadamente señala el citado autor "el que le legítima de un heredero forzoso finalmente se acabe pagando con bienes que no sean de su causante sino de algunos de los herederos, no es la regla general, pero es una posibilidad que se contempla en el Código Civil". Y, en fin, defiende que "desde el momento en que la DGRN obliga a computar, para calcular las legítimas, el *ius delationis* se debe *imputar* el mismo, porque lo que es computable es imputable, con la particularidad que el *ius delationis* imperativamente debe imputarse a la parte de los transmisarios"[199].

Por otra parte, en la doctrina y en la jurisprudencia al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos a la hora de

realizar la partición y adjudicación de la herencia, aun cuando la legítima le haya sido deferida a título de legado y no de heredero (*vid*., la resolución de 22 de febrero de 2018). Resulta por ello imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios como interesados en la herencia del denominado transmitente a los efectos de exigir —o no— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia: entre tales interesados está incluida la viuda del finado como legitimaria (*vid.*, resolución de 19 de abril de 2023)[200]. En esencia, la obligada protección de los legitimarios exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el *ius delationis* también se computa en la herencia del transmitente, esto es, que resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios como interesados en la herencia del transmitente a los efectos de exigir —o no— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia y entre tales interesados está incluida, sin ningún género de dudas, la viuda del finado como legitimaria (*vid.*, la resolución de 29 de enero de 2024)[201].

VII. EL TRATAMIENTO FISCAL DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD) establece que este Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tiene una naturaleza directa y subjetiva y grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Efectivamente, se configura como un gravamen cuyo sujeto pasivo es la persona física; de ahí que, los incrementos gratuitos obtenidos por sociedades y entidades jurídicas se sometan al Impuesto sobre Sociedades, quedando de esta forma coordinado el tributo con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de modo que determinadas adquisiciones, en lugar de tributar por este Impuesto, lo hacen por el de Sucesiones y Donaciones, cuyo carácter especial con respecto al general queda así resaltado.

Al respecto, el artículo 5 indica *"...estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) (…) En las adquisiciones «mortis causa», los causahabientes"*. El Diccionario del Español Jurídico define la voz *causahabiente* como *"heredero o persona que recibe bienes o derechos como consecuencia del fallecimiento del causante"*, definición que, en lo sustancial y con algún matiz diferenciador, contiene también el Diccionario de la Real Academia Española, conforme al cual *causahabiente* es *"la persona que ha sucedido o se ha subrogado por cualquier título en el derecho de otra u otras"*.

En ambas definiciones queda explícito que no se es causahabiente por el solo hecho de la delación o llamamiento a la herencia, sino que se precisa la recepción de los bienes o derechos *mortis causa*; lo que requiere, en caso de herencia, su aceptación (en la definición del Diccionario del Español Jurídico); o. en un sentido algo diferente y no constreñido a la sucesión hereditaria, el Diccionario de la RAE pone el acento en la sucesión o subrogación de una persona en el derecho de otra; lo que nos conduce al mismo punto de llegada, pues tal sucesión o subrogación tampoco es operativa sin la aceptación de la herencia.

Por otra parte, constituye el hecho imponible del impuesto: la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio (artículo 3.1 a)).

En cuanto a su devengo, en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo (artículo 24.1).

Ahora bien, el artículo 66.1 a) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) establece que prescriben a los cuatro años: a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. Asimismo, respecto del cómputo de los plazos de prescripción el artículo 67.1 de la LGT dispone que: el plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo 66 de esta Ley conforme a las siguientes reglas: En el caso a), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación. En los tributos de cobro periódico por recibo, cuando para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación no sea necesaria la presentación de declaración o autoliquidación, el plazo de prescripción comenzará el día de devengo del tributo.

Y, el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante RISD) en su artículo 67 manifiesta que: 1. Los documentos o declaraciones se presentarán en los siguientes plazos: a) Cuando se trate de adquisiciones por causa de muerte, incluidas las de los beneficiarios de contratos de seguro de vida, en el de seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante o desde aquel en que adquiera firmeza la declaración de fallecimiento. El mismo plazo será aplicable a las adquisiciones del usufructo pendientes del fallecimiento del usufructuario, aunque la desmembración del dominio se hubiese realizado por acto "*inter vivos*". b) En los demás supuestos, en el de treinta días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que se cause el acto o contrato. Finalmente, el artículo 69 del RISD contempla diversos supuestos de suspensión de los plazos de presentación.

En este contexto legal, con respecto a la sucesión del derecho de transmisión, recordemos que la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2013 establece la siguiente doctrina en relación con la naturaleza y efectos del derecho de transmisión reconocido en el artículo 1006 del Código Civil y, en particular, declara al máximo nivel jurisprudencial, esto es, como *ratio decidendi*, que hay una sola, no dos transmisiones y, por ende, adquisiciones. Sin embargo, el TEAC en su resoluciones, aún la citada sentencia afirma que "*comparte la tesis de la teoría clásica, sostenida en las sentencias y resoluciones que se mencionarán, de acuerdo con las cuales cuando fallece un heredero que no ha aceptado ni repudiado la herencia (como sucede en el presente caso), el "ius delationis" —que es uno los derechos que integran su patrimonio— se transmite a sus herederos, produciéndose una doble transmisión...*".

Pues bien, atendiendo a lo expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, de 5 de junio 2018[202] señala que, lo declarado por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo nos vincula para la decisión del presente asunto, no sólo porque ha decidido, concluyentemente, que en el caso de ejercicio del *ius transmissionis* por los herederos del transmitente se produce una sola transmisión —no dos—, sino, lo que es más importante, porque tal decisión es prejudicial y determinante de la que nos corresponde adoptar ahora al interpretar la ley fiscal. Por lo tanto, en presencia de tal jurisprudencia, hemos de rectificar la doctrina establecida en nuestras sentencias de la misma Sala y sección de 25 de mayo y 14 de diciembre de 2011[203], debiendo especificarse que en ésta última se contiene un voto particular, cuyo criterio coincide con el posteriormente establecido en interpretación del artículo 1006 del Código Civil; y que, por lo tanto, consideramos el criterio acertado[204]. En consecuencia, se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil según la cual *"los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente"*.

Tal afirmación para la Sala de lo Contencioso-administrativo es válida para las sucesiones *mortis causa* regidas, en el Derecho común, por el Código Civil, así como aquellas otras que menciona la sentencia, en comunidades que reconozcan en su derecho civil común o especial el *ius transmissionis*, de forma semejante, las que no hacen al caso en este recurso de casación.

Y, concluye la citada Sala que, con tal criterio, que trae directa causa de la doctrina civil a que hemos hecho referencia, la cual entraña una cuestión prejudicial no devolutiva que hemos de despejar para resolver este recurso (artículo 4 de la LJCA y 10 de la LOPJ), corregimos la doctrina establecida en nuestras sentencias de 14 de diciembre de 2011 y 25 de mayo de 2011 (recursos de casación n.º 2610/2008 y 3362/2007).

Esta posición coincidente de la Sala de lo Civil y Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo relación con lo previsto en el artículo 1006 del Código Civil respecto a que solo hay una delación, una adquisición y una transmisión *mortis causa*. Se produce una sola adquisición hereditaria y, por tanto, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles, ni dos devengos del impuesto. Hay, en consecuencia, una sola liquidación por el impuesto de sucesiones, no dos, resulta ser la mayoritaria[205]; si bien, no faltan sentencias que siguen operando en la línea de la sentencia de 14 de diciembre de 2011 y consideran que desde un punto de vista económico hay una dualidad de liquidaciones[206]; como. asimismo, las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos[207].

Por su parte, de acuerdo con el artículo 1006 del Código Civil: primero: en el caso que alguno de los llamados a suceder fallezca antes de aceptar o repudiar la herencia, el fallecido todavía no era heredero del causante (tal condición se adquiere con la aceptación de la herencia), pero como tampoco la había repudiado permanecía vigente el derecho del fallecido a aceptar la herencia ("*ius delationis*"); segunda: por la adquisición hereditaria del "*ius delationis*", el nuevo heredero adquiere el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante; de forma que, si la acepta se convertirá en heredero directo de dicho primer causante y de-

berá liquidar el impuesto de sucesiones por esa herencia, de forma separada de la herencia del segundo causante, por lo que también deberá liquidar el impuesto de sucesiones, pues solo aceptando la segunda se le transmitirá el derecho a aceptar o repudiar la primera; tercera: los bienes y derechos adquiridos del primer causante se devengarán, de acuerdo con la previsto en el artículo 24.3 de la LISD, el día del fallecimiento del segundo causante o heredero transmitente, ya que no es hasta ese momento en el que los causahabientes pueden aceptar la herencia y, por lo tanto, adquirir los bienes y derechos que integran el caudal relicto del primer causante, entendiéndose este situación como una limitación para que la adquisición gravada por el impuesto sea efectiva; y, cuarta. Sobre el tratamiento fiscal de los derechos del cónyuge viudo del transmitente en los supuestos en los que existe derecho de transmisión, el cónyuge viudo deberá liquidar el ISD por la adquisición individual de os bienes y derechos que le correspondan como causahabiente del transmitente, ya se trate de derechos legitimarios o de usufructo universal, sin que estos puedan recaer sobre el patrimonio hereditario del primer causante, integrado por bienes que el transmitente no llegó a adquirir.

Las anteriores conclusiones son recogidas en la, la Consulta vinculante V0537-17, de 2 de marzo de 2017 de la Dirección General Tributaria[208], en consonancia con lo manifestado en las tantas veces mencionada, sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2013.

Ahora bien, precisan ARTAMENDI GUTIÉRREZ, PÉREZ CAMPOS Y RIBA LOZANO que "el hecho que, desde un punto de vista fiscal, deba liquidarse como una única transmisión y no como dos transmisiones, no asegura una menor tributación para el heredero transmisario. La propia mecánica de liquidación del ISD sujeta a coeficientes multiplicadores en función del grado de parentesco y del patrimonio preexistente, reducciones en la base imponible y bonificaciones tanto automáticas como estatales, hacen difícil prever apriorísticamente y de forma general, cuál es la solución más ventajosa para el contribuyente". Y respecto a la tesis acogida en le sentencia del Tribunal Supremo 936/2018 consideran que no está exentas de dudas interpretativas y suscita cuestiones no resueltas como: a) la inclusión o no del *ius transmissionis* en la base imponible del ISD correspondiente a la herencia del transmitente; b) la determinación del devengo del hecho imponible del ISD en la transmisión del primer causante al heredero transmisario; y c) los bienes o derechos que han de entenderse transmitidos directamente cuando el caudal relicto genera frutos o hay bienes que desaparecen"[209].

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *Anuario de Derecho Civil, T. V, Fasc. III, Julio-Septiembre*, pp. 912-971.

— (2013). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de Sucesiones, décima edición revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer.

AMEZCUA, M.A. (2023). "La sucesión *iure transmissionis* a propósito de la resolución de la DGSJFP de 19 de abril de 2023", *www.notariosyregistradores.com, 18 de junio*, pp. 1-21 (versión digital).

ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A., PÉREZ CAMPOS, M. y RIBA LOZANO, A. (2019).

"Implicaciones fiscales de la nueva configuración del derecho de transmisión tras la sentencia del Tribunal Supremo 936/2018, de 5 de junio: ¿Qué ocurre cuando alguien muere sin hacer aceptado la herencia?", *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, 440, septiembre,* pp. 5-31.

BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: P. De Pablo Contreras (coord.), Código Civil comentado, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

CABANAS TREJO, R. (2019). "¿Qué le pasa a la Administración Tributaria con el derecho de transmisión? O mejor ¿qué le podrá pasar cuando descubra lo qué dice ahora la DGRN sobre el derecho de transmisión?, *El Notario del Siglo XXI, número 84, marzo-abril*, pp. 1-9 (versión digital).

CAPEROCHIPI ÁLVAREZ, J.A. (1990). *Curso de Derecho Hereditario*, Madrid: Civitas,

CARRAU CARBONELL, J.M.ª (2023). "Propuesta de solución al conflicto entre la tesis clásica y la tesis moderna sobre el derecho de transmisión", *El Notario del Siglo XXI, julio-agosto,* pp. 34-38.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo sexto Derecho de Sucesiones, volumen primero La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte) revisada y puesta al día por José Manuel González Porras, Madrid: Reus.

COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, director*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

COSTA RODAL, L., (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. V*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, 10.ª edición, Madrid: Tecnos.

ESPIN CANOVAS, D. (1978). *Manual de Derecho Civil español*, vol. V Sucesiones, 5.ª edición revisada y ampliada, Madrid: Edersa.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L., y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del "ius delationis" (*ex* artículo 1066 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *Anuario de Derecho Civil, T. XLIX, Fasc. IV, Octubre-Diciembre,* pp. 1541-1598.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I. (2009). *Ser heredero. Una defensa del criterio subjetivo*, Madrid: Dykinson.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid: Civitas.

GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza.

GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XIV, vol. 1.º*, Madrid: Edersa,

GOMÁ SALCEDO, J.E. (2007). *Instituciones de Derecho Civil, común y foral*, T. III Familia y sucesiones, vol. II Sucesiones hereditarias, Barcelona: Bosch.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del *ius delationis*",

Homenaje a Juan Berchamns Vallet de Goytisolo, vol. IV, Madrid: Consejo General del Notariado.

JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, Madrid: Civitas.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (1971). *Derecho de sucesiones*, T.I, Barcelona: Bosch.

— (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª (1953). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil español, T. VII*, 4.ª ed., Madrid: Imprenta de la Revista Legislación.

MARIÑO PARDO, FCO. (2014). "La naturaleza del derecho de transmisión. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013. ¿Debe el viudo del transmitente consentir la partición del primer causante?, *Iuris Prudente, 14 de abril*, pp. 1-17 (versión digital).

— (2018). "De nuevo sobre el derecho de transmisión. La Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018", *Iuris Prudente, febrero*, pp. 1-13 (versión digital).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2022). "La delación". En: S. Cámara Lapuente (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de Sucesiones*, 2.ª ed., Madrid: Edisofer.

MONSERRAT VALERO, A. (1994). "La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXX, núm. 622, mayo-junio*, pp. 1037-1070.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia.

PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (2018). "La transmisión del *ius delationis ex* artículo 1006 del Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 768, julio-septiembre*, pp. 1845-1889.

PÉREZ RAMOS, C. (2018). "¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?", *El Notario del Siglo XXI, marzo-abril*, pp. 142-146.

— (2019). "El legitimario del transmitente, que no sea transmisario, no tiene que consentir la partición de la herencia del primer causante", *El Notario del Siglo XXI, número 83, enero-febrero*, pp. 188-194.

PLANAS BALLVÉ, M. (2019). "La doctrina civilista del *ius transmissionis* llega, al fin, a la Sala de lo Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil, vol. VI, número 1, enero-marzo*, pp. 283-295.

PUIG PEÑA, F. (1963). *Tratado de Derecho Civil español*, T. V Sucesiones, vol. II Relaciones sucesorias en particular, Madrid: Edersa.

ROCA SASTRE, R.M. (1948). "El derecho de transmisión", *Estudios de Derecho Privado,* II Sucesiones, Madrid: Edersa.

— (2009). *Estudios de Derecho Privado*, T. II Sucesiones, Navarra: Aranzadi.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2009). "Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero", *Diario La Ley, año XXXIV, núm. 7242, de 18 de noviembre*, pp. 1-10.

SOLIS VILLA, C. (2013). "La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia por los transmisarios y otras cuestiones conexas". En: Pérez Bustamante, A.; Valero Fernández-Reyes, A.; Pérez Coca Crespo, A.; Pérez Gallardo, L.B. (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan Rivas Martínez*, T. I. Madrid: Dykinson.

SÁNCHEZ ROMÁN. F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. 6, vol. III, 2.ª ed., Madrid.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2014). "Artículo 1006 del Código Civil español: el "mismo derecho" no es el meramente instrumental *ius delationis*", *Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre,* pp. 189-203.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones*, II, Madrid: Civitas.

VALVERDE y VALVERDE, C. (1939). *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Valladolid: Casa Editorial Cuesta.

VATTIER FUENZALIZA, C. (1986). *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid: Montecorvo.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1951.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de diciembre de 1952.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1962.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 1965.
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1966.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1979.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1983.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2011.
- STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 25 de mayo de 2011.
- STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 14 de diciembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2012.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 11 de septiembre de 2013.
- ATS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 31 de mayo de 2017.
- ATS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 21 de julio de 2017.

- STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 5 de junio de 2018.
- STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª de 29 de marzo de 2018
- ATS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 31 de mayo de 2023.
- STS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 23 de abril de 2024.
- STSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 4 de marzo de 2002.
- STSJ Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 27 de abril de 2015.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 7 de noviembre de 2016.
- STSJ Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 29 de diciembre de 2016.
- STSJ Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 14 de marzo de 2017.
- STSJ Andalucía (Granada), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 2 de mayo de 2017.
- STSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de junio de 2018.
- STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 8 de julio de 2019.
- STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 9.ª, de 22 de febrero de 2022.
- STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 9 de febrero de 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.ª, de 14 de marzo de 2023.
- RDGRN de 20 de septiembre de 1967.
- RDGRN de 23 de junio de 1986.
- RDGRN de 25 de septiembre de 1987.
- RDGRN de 22 de octubre de 1999.
- RDGRN de 11 de octubre de 2002.
- RDGRN de 27 de mayo de 2009.
- RDGRN de 18 de enero de 2010.
- RDGSJFP de 27 de febrero de 2013.
- RDGSJFP de 26 de marzo de 2014.
- RDGSJFP de 11 de junio de 2014.
- RDGSJFP de 6 de mayo de 2015.
- RDGSJFP de 9 de junio de 2015.
- RDGSJFP de 13 de noviembre de 2015.
- RDGSJFP de 26 de mayo de 2016.
- RDGSJFP de 26 de julio de 2017.
- RDGSJFP de 5 de septiembre de 2017.
- RDGSJFP de 22 de enero de 2018.

- RDGSJFP de 12 de marzo de 2018.
- RDGSJFP de 25 de abril de 2018.
- RDGSJFP de 5 de julio de 2018.
- RDGSJFP de 28 de septiembre de 2018.
- RDGSJFP de 11 de abril de 2019.
- RDGSJFP de 15 de noviembre de 2019.
- RDGSJFP de 15 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 3 de febrero de 2021.
- RDGSJFP de 26 de mayo de 2021.
- RDGSJFP de 18 de enero de 2022.
- RDGSJFP de 22 de marzo de 2022.
- RDGSJFP 8 de febrero de 2023.
- RDGSJFP de 19 de abril de 2023.
- RDGSJFP de 4 de diciembre de 2023.
- RDGSJFP de 4 de diciembre de 2023.
- RDGSJFP de 29 de enero de 2024.
- AAP Zaragoza, secc. 4.ª, de 17 de enero de 1991.
- SAP Ourense, de 13 de septiembre de 1994.
- AAP Granada, secc. 3.ª, de 22 de septiembre de 1997.
- AAP Navarra, secc. 3.ª, de 11 de mayo de 1999.
- AAP Sevilla, secc. 6.ª, de 24 de mayo de 1999.
- SAP Asturias, secc. 4.ª, de 30 de octubre de 1999.
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, de 15 de diciembre de 2000.
- AAP Girona, secc. 2.ª, de 4 de julio de 2001.
- AAP León, secc. 2.ª, de 30 de mayo de 2002.
- AAP Burgos, secc. 2.ª, 28 de enero de 2002.
- SAP Segovia, secc. Única, de 31 de diciembre de 2002.
- AAP Las Palmas, secc. 5.ª, de 22 de diciembre de 2003.
- SAP Guadalajara, de 25 de enero de 2006.
- AAP Zaragoza, secc. 2.ª, de 7 de marzo de 2007.
- AAP Murcia, secc. 5.ª, de 4 de febrero de 2007.
- AAP Soria, secc. 1.ª, de 10 de junio de 2009.
- AAP Madrid, secc. 20.ª, de 26 de noviembre de 2010.
- SAP Madrid, secc. 8.ª, de 28 de marzo de 2011.
- AAP Cantabria, secc. 4.ª, de 13 de abril de 2011.
- SAP Islas Baleares, secc. 5.ª, de 30 de septiembre de 2011.
- AAP Cádiz, secc. 2.ª, de 6 de julio de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, de 2 de junio de 2017.
- SAP Valencia, secc. 6.ª, de 4 de junio de 2020.
- SAP Valencia, secc. 11.ª, de 22 de marzo de 2021.

NOTAS

[1] CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo sexto Derecho de Sucesiones, volumen primero La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte) revisada y puesta al día por José Manuel González Porras, Madrid: Reus, pp.137-139.

[2] Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2013 (RJ 2013,2139).

[3] FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L., y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del "ius delationis" (*ex* artículo 1066 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *Anuario de Derecho Civil, T. XLIX, Fasc. IV, Octubre-Diciembre,* p. 1546.

[4] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *Anuario de Derecho Civil, T. V, Fasc. III, Julio-Septiembre*, p. 915.

[5] FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L., y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del "ius delationis" (*ex* artículo 1066 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *op. cit.,* p. 1546.

[6] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 30.

[7] VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones*, II, Madrid: Civitas, pp. 295-296 identifica siempre vocación y delación como dos aspectos de un mismo fenómeno.

[8] HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del *ius delationis*", *Homenaje a Juan Berchamns Vallet de Goytisolo, vol. IV*, Madrid: Consejo General del Notariado, p. 466.

Para PUIG PEÑA, F. (1963). *Tratado de Derecho Civil español*, T. V Sucesiones, vol. II Relaciones sucesorias en particular, Madrid: Edersa, p. 83 el *ius delationis* puede ser definido: "la facultad que tiene el destinatario de la delación, de manifestar su voluntad concorde con el ofrecimiento o rechazar el mismo, expresando así su decisión de querer o no asumir la cualidad de heredero". Y añade "este poder o *ius delationis* es una patente expresión de la seriación lógica de los acontecimientos, pues si hay una "oferta real" que decide el curso sucesorio, la misma tiene que ser vinculante para el propio ordenamiento jurídico, encargado de dar consistencia y seguridad a las relaciones de derecho". Asimismo, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 2378 la delación "como ofrecimiento o llamamiento concreto de la misma a una persona con facultad actual e inmediata de adquirirla mediante la aceptación: es el *ius delationis*; si el titular del mismo muere sin haberlo ejercitado transmite a sus propios herederos *ius delationis*".

[9] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* pp. 922-923, quien, asimismo, precisa que el *ius delationis* como derecho subjetivo representa: "a) Una situación de poder concreto, poder concedido por la norma jurídica en base a un singular ofrecimiento que por la ley (delación abintestato), por testamento (delación testamentaria) o por contrato (dónde y cómo de admita) se dirige a alguien en especial (…); b) Poder conferido a un sujeto (o a varios si el llamamiento legal o la institución testamentaria o contractual se hace a favor de varias personas) exclusivamente*, erga omnes* (…); c) Poder que recae sobre un algo determinado: la herencia deferida; d) Poder que permite verificar fundamentalmente la modificación jurídica que es la sucesión *mortis causa*; e) Se dice que el *ius delationis* consiste en el poder de adquirir o en el optar por adquirir o no". Asimismo, vid., COSTA RODAL, L., (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. V*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 7259. Por su parte, GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid: Civitas, p. 261 señala que, pertenece a la categoría de los derechos potestativos.

[10] BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: P. De Pablo Contreras (coord.), Código Civil comentado, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 1454.

[11] CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral, op. cit.,* pp. 141-142.

[12] PUIG PEÑA, F. (1963), *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.*, pp. 83-84.

[13] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* p. 926.

[14] GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, *op. cit.*, p. 162.

[15] FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del "ius delationis" (*ex* artículo 1066 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *op. cit.,* p. 1546; CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral, op. cit.,* p. 142; ROCA SASTRE, R.M. (2009). *Estudios de Derecho Privado*, T. II Sucesiones, Navarra: Aranzadi, p. 347.

[16] GOMÁ SALCEDO, J.E. (2007). *Instituciones de Derecho Civil, común y foral*, T. III Familia y sucesiones, vol. II Sucesiones hereditarias, Barcelona: Bosch, p. 1202.

[17] GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, p. 425 indica que, este artículo es más claro y conciso que el artículo 781 del Code francés, pues, fija la idea fundamental de que los herederos pueden todo, pero no más de lo que podrían hacer el difunto. Y rompe con la tradición romanista y con la Ley 2, Título 6, Partida 6 que es fiel al derecho romano.

[18] El artículo 1018 del Código Civil dispone que: *"Por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia"*.

[19] Al respecto indica SOLIS VILLA, C. (2013). "La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia por los transmisarios y otras cuestiones conexas". En: Pérez Bustamante, A.; Valero Fernández-Reyes, A.; Pérez Coca Crespo, A.; Pérez Gallardo, L.B. (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan Rivas Martínez*, T. I. Madrid: Dykinson, p. 330 que "dada la amplitud con que el Código Civil regula la aceptación tácita, se muestra el derecho de transmisión como un mecanismo algo excepcional, para casos que, no serán muy frecuentes, de llamados que han fallecido sin posibilidad material de aceptar la herencia, o en el extremo opuesto, llamados que, aunque conozcan su llamamiento, no han poseído nunca ni gestionado la herencia, ni tampoco interpusieron la acción de petición de herencia antes de fallecer, situación, como puede imaginarse, poco corriente".

[20] LA LEY 163605/2013. Los hechos sobre los que se sustenta la citada resolución son brevemente los siguientes: Don Alberto, Doña Elsa, Don Sergio, Don Castor, Doña Justa, Doña Anáis, Don Calisto interpusieron demanda de juicio de división de herencia, contra la parroquia El Salvador de Elche representada por Don Eustaquio y contra la Casa Asilo San José, representada por su madre superiora, solicitaron al Juzgado que se dictara sentencia por la que: "…disponga que, conforme al artículo 783 de la LEC, se forme el inventario de los bienes hereditarios (sin necesidad de acordar intervención del caudal que los mismo componen), se convoque a heredero y legatarios, citándolos en los domicilios indicados, donde residen, para la celebración de la junta para formar dicho inventario y en su caso designar contador y perito y designados según lo prevenido en el artículo 784 de la LEC, se proceda según lo dispuesto en los artículos 785, 786, y 787 para la práctica de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división del caudal hereditario que integran los bienes y derechos relictos, dictando en definitiva sentencia aprobando dichas operaciones, con los efectos que en las disposiciones citadas se previenen". Mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2007 se solicitó la inclusión como demandante de Don Baltasar.

Previstos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche (Alicante), dictó sentencia con fecha de 15 de octubre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: "… Que desestimando la oposición formulada por Benicio representado por el Procurador Sr.

Picó Meléndez, aprueba definitivamente las operaciones divisorias practicadas por el contador-partidor en el presente procedimiento judicial de división de la herencia de Doña Blanca. Con expresa imposición de costas a Benicio. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Armando, la sección 9.ª, de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha de 9 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva señala que: "(….) Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Benicio, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche, de fecha de 15 de octubre de 2009, que confirmamos en su integridad. Se impone al apelante las costas del recurso". Contra la expresada sentencia se interpuso el recurso de casación por la representación procesal de don Benicio con apoyo en los siguientes motivos: primero. Infracción del artículo 1068 del Código Civil. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha de 10 de enero de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. No habiendo solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de mayo de 2013, en cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 17 de julio de 2013, en que tuvo lugar

[21] GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, *op. cit.,* p. 150. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 señala que "el derecho de transmisión consiste en aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura, y en virtud de la cual, aquellos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el *"ius delationis"* atribuido a éste".

[22] PUIG PEÑA, F. (1963), *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 91.

[23] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, Madrid: Civitas, p. 88.

[24] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, *op. cit.,* p. 90; COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, director*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 1179.

[25] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, *op. cit.,* p. 175.

[26] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7258; COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1179.

[27] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, 10.ª edición, Madrid: Tecnos, p. 302.

[28] PUIG PEÑA, F. (1963), *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 97; GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, *op. cit.,* pp. 315-316.

[29] PUIG PEÑA, F. (1963), *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* pp. 106-107 precisa al respecto que "el derecho a aceptar o repudiar es sólo "un dispositivo funcional" encaminado a resolver de una vez y para siempre la entrada o definitiva exclusión del sucesor en la herencia, función que el Estado debe, en todo caso, controlar en aras de la seguridad jurídica. Este control, aparte del tratamiento jurídico del contenido de la relación, se manifiesta principalmente por el *señalamiento de un plazo* dentro del cual tiene el llamado que manifestar su oposición frente al ofrecimiento que se le hace. La trayectoria histórica de la postura del legislador frente a este control del plazo máximo, ha seguido una línea de marcada restricción, pues ha desaparecido en el Derecho moderno las amplias e ilimitadas posibilidades temporales de que gozaban en un principio los sucesores en Derecho romano y en las legislaciones inmediatamente posteriores al mismo".

[30] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 173-174.

[31] En el mismo sentido el artículo 354.1 del Código de Derecho Foral de Aragón *"en la misma proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía de aceptarla o repudiarla"*.

[32] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, p. 95.

[33] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7259.

[34] COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1180.

[35] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 41.

[36] JORDANO FRAGA, FCO. (1990) *La sucesión en el "ius delationis"", op. cit.*, p. 91.

[37] La Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1967 (JUR 1967,7).

[38] RJ 2013,7045.

[39] RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2013). "Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero", *La Ley, año XXXIV, núm. 7242, de 18 de noviembre*, p. 3.

[40] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, p. 92.

[41] En esta línea, BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1456.

[42] RJ 2012,9001.

[43] RJ 2012,9001.

[44] RJ 2013,2274.

[45] RJ 2013,2274.

[46] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 7259-7260; ESPIN CANOVAS, D. (1978). *Manual de Derecho Civil español*, vol. V Sucesiones, 5.ª edición revisada y ampliada, Madrid: Edersa, p. 45.

[47] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, pp. 175, 274 y 276.

[48] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis", *op. cit.*, pp. 935-936.

[49] COSTAS RODAL, L., (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7261.

[50] BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1458. Asimismo, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del *ius delationis*", *op. cit.*, pp. 475-476; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de Sucesiones, décima edición revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer, p. 48, en su criterio el transmitente puede disponer *mortis causa* del *ius delationis* siempre que la disposición se realice de modo que no implique la aceptación de la herencia.

[51] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 41; COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7261; COLINA GAREA, R., "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1180.

[52] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, p. 102; HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del *ius delationis*", *op. cit.*, p. 479.

[53] COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1180

[54] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, p. 103.

[55] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7261.

[56] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, p. 101.

[57] BOE, número 192, de 12 de agosto de 2015, pp. 73326 a7336.

[58] RJ 1985,3631.

[59] BOE, número 190, 10 de agosto de 2015, pp. 71845 a 71850.

[60] BOE, número 140, de 10 de junio de 2016, pp. 39085 a 39091.

[61] RJ 1987,6574.
[62] RJ 2010,1649.
[63] RJ 2010,650.
[64] RJ 1983,1610.
[65] RJ 1951,1670.
[66] RJ 1965,1965.
[67] RJ 1966,3671.
[68] RJ 1962,2619.
[69] RJ 1979,1762,
[70] RJ 9186,521.
[71] RJ 1992,5007.
[72] JUR 1992,2370.
[73] RJ 1997,250 y JUR 1997,5211.
[74] RJ 2006,9243.
[75] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis", op. cit.,* pp. 285-286.
[76] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 22 de diciembre de 2003 (JUR 2004,60167); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 6 de julio de 2012 (JUR 2012,350262).
[77] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión iure transmissionis"", *op. cit.,* pp. 959-960.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.ª, de 30 de septiembre de 2011 (AC 2011,2214) refiriéndose a las diferencias entre el derecho de representación y el *ius transmisionis* alude a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de diciembre de 2003 cuando afirma que "el primero de ellos, establecido para los casos de premoriencia, indignidad o desheredación, implica en lo que a la premoriencia se refiere, que el heredero fallece antes que su causante, transmitiendo entonces a sus propios herederos los derecho que tendría en la herencia de aquél. El segundo de los sujetos no ha llegado nunca a ser heredero del primero, no ha tenido jamás vocación ni delación hereditaria, con posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, pues, su causante todavía vivía al tiempo de su fallecimiento. Por ello, en el derecho de representación existe una única sucesión *mortis causa* del primer causante, pues, los herederos del segundo causante suceden directamente al primero. En el supuesto del "*ius transmissionis*" del artículo 1006 del Código Civil, que es el que se da en el caso presente, se produce no una premoriencia del heredero respecto del causante, sino una postmoriencia al mismo; fallece el heredero después que el causante; ya que se ha abierto la sucesión y, por tanto, el heredero antes de fallecer ya tiene vocación y delación hereditaria, posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, falleciendo, sin embargo, antes de hacerlo, transmitiendo entonces a sus herederos el "*ius adeundi vel repudiendi*" que no ejercitó en vida, derecho que como uno más integra la masa hereditaria de la persona a quien se sucede. El mecanismo consiste en un primer causante fallece y su posible heredero testamentario o intestado, titular del "*ius delationis*", antes de aceptar o repudiar la herencia del anterior, muere, formando parte de su patrimonio aquel "*ius delationis*", que se transmite con todo lo demás a sus herederos testamentarios o intestado. Si estos, a su vez, aceptan la herencia de su causante, adquieren formando parte del patrimonio del mismo, el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primero". En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 4 de abril de 2000".

Y añade que según la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 25 de enero de 2006 (JUR 2006,78891) el mecanismo del *ius transmissionis* previsto en el artículo 1006 del Código Civil consiste en que un primer causante fallece y su posible heredero testamentario o intestado titular del *ius delationis*, antes de aceptar o repudiar la herencia del anterior, muere, formando parte de su patrimonio aquel *ius delationis* que, se transmite con todo los demás a sus herederos testamentarios o intestados. Por lo que, en el caso, ahora enjuiciado,

tal como expone la parte apelante en su recurso, se dan todos los presupuestos para la aplicación del artículo 1006 del Código Civil por lo que hay que estimar el recurso de apelación.

[78] El Tribunal Supremo, en sentencia, de la Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2004 (RJ 2004,6582) señala que "es la sustitución vulgar la disposición testamentaria donde el testador nombra a un segundo o ulterior heredero (o legatario) en previsión de que el anterior heredero instituido (o legatario llamado) no llegue efectivamente a serlo, por no poder o no querer". Y añade: "mediante esta figura jurídica se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrece y al heredero determinado por la ley en el orden de la sucesión intestada".

[79] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 279-282.

Por su parte, la resolución de la DGSJFP de 18 de enero de 2022 (RJ 2022,1211) dispone que, aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a ésta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya —con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición— a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho propio al coheredero que ha aceptado la herencia (artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil).

Y, asimismo, la resolución de la DGRN de 5 de septiembre de 2017 (RJ 2017,4349) señala al objeto de acreditar la ineficacia de la sustitución vulgar ordenada por el causante a favor de los descendientes del heredero premuerto, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 1 de marzo de 2014 y 29 de enero y 6 de junio de 2016) "(…) resulta de especial trascendencia lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que establecen: "En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrá determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella". "El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella". De estos dos párrafos del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias "de cualquier clase" se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el Reglamento Hipotecario, no es suficiente la mera manifestación "para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio", por cuanto ambos párrafos se refieren a la "acreditación" del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un "hecho", es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de "ineficacia del llamamiento sustitutorio" es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º) Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que "podrá determinarse" por ella (párrafo tercero) y que "también será título suficiente" (párrafo cuarto); por lo que, también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este

Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido, (...) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara". En definitiva, en esta Resolución se admiten diversos medios para acreditar la inexistencia de sustitutos distintos del acta de notoriedad, entendiendo actualmente este Centro Directivo que pudiera admitirse incluso la realizada por los albaceas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr. Resolución de 30 de septiembre de 2013).

Precisamente, en el presente expediente no se ha acreditado la ineficacia del llamamiento sustitutorio a favor de los descendientes del hijo primeramente instituido.

Ciertamente, consta el fallecimiento del heredero premuerto en estado de soltero y la formalización de la escritura de la herencia de la madre que se inscribió en el año 2008. Pero al no presentarse dicha escritura, ni resultar de la inscripción registral acreditada la ineficacia del llamamiento sustitutorio, deberá acreditarse esta circunstancia, ya que la independencia del registrador al calificar no queda vinculada por la inscripción anterior.

[80] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7262.

[81] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 280.

[82] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7262.

[83] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis*", *op. cit.,* pp. 281-282.

[84] GARCÍA GARCIA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, *op. cit.,* pp. 315-316.

[85] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2022). "La delación". En: S. Cámara Lapuente (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de Sucesiones*, 2.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 78.

[86] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis*", *op. cit.,* p. 286 y 288.

[87] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1979). "Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad", *Revista de Derecho Privado, junio 1979*, pp. 537-538.

[88] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis*", *op. cit.,* p. 285.

[89] El artículo 462.1.1 dispone que: "*1. Si hay dos o más herederos instituidos en una misma herencia y por cualquier causa alguno de ellos no llega a serlo efectivamente, su cuota o parte acrece la de los coherederos, aunque el testador lo haya prohibido, salvo que sean procedentes el derecho de transmisión, la sustitución vulgar o el derecho de representación. El mismo efecto se produce respecto a la cuota hereditaria de la que el testador no ha dispuesto*".

[90] BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1458.

Por su parte, procede señalar la DGSJFP que, ha declarado en numerosas ocasiones la preferencia de la sustitución vulgar al derecho de acrecer. Así, en Resolución de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002,9942) nos dice "el artículo 774 del Código civil es categórico: la sustitución vulgar simple y sin expresión de casos (como sucede en el que nos ocupa), comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que la renuncia del hijo a su llamamiento hereditario, determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, los cuales por imperativo del artículo 1058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia y solamente en el caso de que no existan sustitutos vulgares, podrá entrar en juego el derecho de acrecer (cfr. artículos 981 y siguientes del Código Civil) y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada (cfr. artículo 912 del Código Civil)".

Así pues, el Centro Directivo ha declarado de forma cristalina y reiterada que el artículo 774 del Código Civil (conforme al cual la sustitución vulgar simple y sin designación de casos comprende tanto la premoriencia como la incapacidad y la renuncia) no deja lugar a dudas: la renuncia de uno de los herederos determina la entrada en juego de la sustitución en favor

de sus descendientes, quienes por tanto habrán de intervenir en la partición de la herencia, y sólo para el caso de que no existiesen sustitutos podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente, se procederá a la apertura de la sucesión intestada (vid., asimismo, la resolución de la DGRN de 13 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5286); y la resolución de la DGSJFP de 15 de junio de 2020 (RJ 2020,3397)).

[91] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7262; BOSCH CAPDEVILLA E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1458.

[92] Vid., la resolución de la DGRN de 5 de julio de 2018 (RJ 2018,4761) en el presente supuesto, resulta indubitado que el testador ha previsto un segundo llamamiento para el caso de que el primero resulte ineficaz. El recurrente alega que el testador ha querido recurrir al derecho de representación propio de la sucesión intestada con el deseo de excluir la repudiación de la herencia —o del legado— de los supuestos que provocan que pase a los descendientes del designado en primer lugar, algo que ha preferido frente a la sustitución vulgar, pues ésta puede dar lugar a dudas en la interpretación de la voluntad testamentaria y exigiría una prevención expresa del testador que excluyera el supuesto de repudiación.

Ciertamente cuando el testador instituye herederos u ordena el legado "con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes", está determinando en primer lugar que tales descendientes serán herederos o legatarios exclusivamente por las causas por las que procede el derecho de representación en la sucesión intestada, esto es para los casos de premoriencia y los de desheredación o incapacidad para suceder excluyéndose la renuncia (ex artículo 929 del Código Civil); y en segundo lugar, a quiénes ha de favorecer el segundo llamamiento, es decir a los que son llamados por representación en la sucesión intestada; en definitiva, que al haber instituido herederos a sus hijos o designarlos legatarios, sólo podrá tener lugar en la línea recta descendente (artículo 925), como así se manifiesta en la cláusula de llamamiento.

Así pues, en la interpretación del testamento debe atenderse especialmente al significado que las palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate (Resolución de 22 de junio de 2015). Y, avanzando en la interpretación de la disposición *"mortis causa"* objeto de debate, es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje (cfr., por todas, la Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de septiembre de 1987, 27 de mayo de 2009 y 18 de enero de 2010). Debe entenderse, por consiguiente, en el presente caso que cuando en las disposiciones testamentarias se emplea la palabra "representación" en expresiones como "con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes", "en su defecto por sus descendientes conforme al derecho de representación", o simplemente "en su defecto por sus descendientes en representación"; lo que, significa es que, para el supuesto de que el heredero o el legatario no lleguen a adquirir la herencia o el legado se previene por el testador para la sucesión testamentaria otro heredero o legatario que adquiera pero sólo en los mismos casos en que se establece por la ley respecto del derecho de representación de la sucesión intestada; y así lo demuestra cierta práctica notarial por la que se acude al derecho de representación ordenado por el testador en la sucesión testada para excluir que el representante herede o adquiera el legado en caso de repudiación de primer llamado o favorecido.

De forma que, no constituyen obstáculo a estas consideraciones la doctrina de las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de julio de 2015 y 5 de septiembre de 2017. En la primera se analiza un testamento en el que, en defecto de un heredero fideicomisario, se nombra "heredero sustituto a su hermano de doble vínculo don J. C. G. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación". En la segunda, un testamento en el que se instituye heredera a la esposa y se establece una sustitución vulgar en favor de los hijos del testador, y en defecto de cualquiera de ellos (los hijos) por sus descendientes conforme el

derecho de representación. Pero en ninguna de estas Resoluciones se abordó por este Centro Directivo la cuestión interpretativa ahora planteada.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, concluye el Centro Directivo que, en el presente supuesto, fue voluntad del testador establecer una sustitución vulgar para los casos de representación de la sucesión intestada, lo que implica, dada la renuncia del legatario, la refundición del legado en la masa de la herencia correspondiendo a los herederos.

[93] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 342-343.

[94] BOSCH CAPDEVILLA E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1460.

[95] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis""*, *op. cit.,* p. 311.

[96] MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1953). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil español, T. VII*, 4.ª ed., Madrid: Imprenta de la Revista Legislación, p. 448.

[97] GITRAMA GONZÁLEZ, M. 1989). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XIV, vol. 1.º*, Madrid: Edersa, p. 285.

Por su parte, CARRAU CARBONELL, J.M.ª (2023). "Propuesta de solución al conflicto entre la tesis clásica y la tesis moderna sobre el derecho de transmisión", *El Notario del Siglo XXI, julio-agosto*, p. 36 afirma que "el legislador incluye en el ámbito del artículo 924 del Código Civil el supuesto en el que el causante fallece intestado y el llamado heredero fallece sin aceptar ni repudiar".

[98] FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I. (2009). *Ser heredero. Una defensa del criterio subjetivo*, Madrid: Dykinson, p. 157.

[99] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7265.

[100] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 293.

[101] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 293-294.

[102] COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1181; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* p. 954.

[103] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 7265-7266.

[104] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 70; JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 73-74 manifiesta que del artículo 1016 del Código Civil resulta que "el plazo (de caducidad) para el ejercicio del *ius delationis* entendido aquí nuevamente, como *opción* entre aceptar (aceptación con sustantividad propia) o repudiar, *coincide* con el plazo (de prescripción) de la acción de petición de la herencia (o sea, según la interpretación doctrinal y jurisprudencial más seguida, de treinta años)". En esta línea, DÍAZ MARTINEZ, A. (2010). *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Reclamaciones patrimoniales de terceros,* Navarra: Aranzadi, p. 226 sostiene que "cada uno de los delados dispondrá de treinta años para aceptar o repudiar, contados desde que se dieran los requisitos del artículo 991 del Código Civil, es decir, desde que puedan manifestar con eficacia su voluntad de querer ser herederos".

[105] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). *"La sucesión "iure transmissionis"*, *op. cit.,* p. 932.

[106] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* pp. 298-299.

[107] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 7266-7267.

[108] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7260.

Por su parte, matiza SOLIS VILLA, C. (2013). "La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia por los transmisarios y otras cuestiones conexas", *op. cit.,* p. 350 "la prescripción del *ius delationis*, por falta de aceptación en tiempo hábil, no impide la transmisión conforme al artículo 1006 del Código Civil, pero es evidente que se transmite un derecho débil o claudicante, cuya subsistencia o eficacia depende de la voluntad de un tercero afectado por el ejercicio que, puede enervarlo o permitir su eficacia".

[109] Vid., la Resolución de DGSJFP de 6 de mayo de 2015 (RJ 2015,3721).

[110] Para LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 42, el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante, pues, éste no lo designa como tal en el testamento. La aceptación por parte del transmisario de la primera herencia, determina que herede el segundo causante (o sea el primer instituido) y sólo a través de la herencia de éste, produciéndose sus efectos en la herencia de éste, como parte de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante. Vid., asimismo, VALVERDE y VALVERDE, C. (1939). *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Valadolid: Casa Editorial Cuesta, p, 529; SÁNCHEZ ROMÁN. F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. 6, vol. III, 2.ª ed., Madrid, p. 1784; ROCA SASTRE. R.M.ª (1948). "El derecho de transmisión", *Estudios de Derecho Privado,* II Sucesiones, Madrid: Edersa, p. 298; CAPEROCHIPI ÁLVAREZ, J.A. (1990). *Curso de Derecho Hereditario*, Madrid: Civitas, p. 84.

[111] Esta teoría es claramente mayoritaria en la jurisprudencia menor. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 22 de septiembre de 1997 (AC 1997,1850); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 30 de octubre de 1999 (AC 1999,7848); el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 31 de julio de 2002 (AC 2002,2132) se destaca en su *Fundamento de Derecho Segundo*: "(…) Pues bien, toda la sistemática del Código Civil sobre la vocación y delación hereditaria conduce a la solución apuntada por el solicitante en su recurso, en la media en que, fallecida una persona, se abre su sucesión (artículo 657) y se produce la vocación o llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos en ese momento, seguida de la delación u ofrecimiento concreto de la herencia a los mismos, que adquieren así el "*ius delationis*" o derecho de aceptar o repudiar la herencia, de modo que la declaración de herederos abintestato comprenderá a quienes estuviesen afectados por la vocación y delación en el tiempo de la muerte del causante, que es el momento de apertura de la sucesión, al margen de que éstos puedan haber fallecido cuando se promueve el expediente. Así lo entiende la jurisprudencia, pudiendo citar el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, de 24 de mayo de 1999 (AC 1999,5175) "considera la Sala que es la situación que exista al momento del fallecimiento del "*de cuius*" la que hay que tener en cuenta a la hora de efectuar la declaración de herederos, teniendo por tales a quienes lo sean en ese momento, aunque fallezcan con anterioridad a la solicitud" y en el mismo sentido, los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc, 4.ª, de 17 de enero de 1991 (AC 1992,143); de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de marzo de 1997; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 11 de mayo de 1999 (AC 1999,1074). En consecuencia, en dicho momento adquirían la condición de llamados a la herencia de doña Monserrat, y por ende, titulares del "*ius delationis*" respecto de dicha herencia, sus hermanos doña Margarita y don Manuel, que le sobrevivieron (aunque fallecieron con posterioridad, antes de incoar el presente procedimiento), y sus sobrinas doña María Dolores, doña María Pilar y doña María, hijas de la hermana premuerta doña Magdalena, quienes ocupaban el lugar de ésta por derecho de representación (artículo 924 y siguientes del Código Civil). No pudiendo aceptarse el argumento del Juez "a quo" consistente en que el "*ius delationis*" que doña Margarita y don Manuel habían adquirido se extinguió cuando éstos fallecieron, toda vez que, al no haber aceptado ni repudiado la herencia, el artículo 1006 del Código Civil determina que ese derecho se transmite incólume a sus propios herederos —el denominado "*ius transmissionis*"—, produciéndose así una doble transmisión, la primera, del causante inicial al llamado a su herencia o transmitente, y la segunda, de éste a su propio heredero o transmisario, que no adquiere del causante inicial directamente, sino a través de la herencia

de su propio causante, tal como exponen con todo detalle los autos de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 22 de septiembre de 1997 (JUR 1997,10446); y de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 4 de abril de 2000 (AC 2000,4856)". Asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 4 de abril de 2000 (AC 2000,4856); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 15 de mayo de 2005 (JUR 2005,100453); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 25 de enero de 2006 (JUR 2006,78891); el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 7 de marzo de 2007 (AC 2007,1374); el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 12 de noviembre de 2007 (JUR 2008,267807); el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2008 (JUR 2008,217450); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, de 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009,88985); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 12 de noviembre de 2010 (AC 2011,672) señala en su *Fundamento de Derecho Segundo* que, ofrece soluciones la teoría clásica en relación con los problemas de incapacidades relativas derivadas de ser notario, confesor o tutor del primer causante; lo mismo puede decirse respecto de la indignidad sucesoria del transmisario, pues, sería una desigualdad para el transmisario que hubiera incurrido en causa de indignidad respecto del primer causante, que éste no hubiera podido remitir en documento público la indignidad del transmisario, al no contar para nada con él como heredero suyo; los problemas de la colación y de la obligación de colacionar tienen también mejor explicación, sobre la base de que han de colacionarse las donaciones recibidas del primer causante por el transmitente y de que no han de colacionarse las recibidas por el transmisario de dicho primer causante. El supuesto de pluralidad de transmisarios, y la naturaleza de la atribución conjunta e indivisible, a favor de los mismos, tiene cumplida explicación, partiendo de que se trata de ejercitar el mismo derecho unitario que tenía el transmitente respecto del primer causante y no unos llamamientos directos de los transmisarios en relación con la primera herencia. Las relaciones de la sucesión por derecho de transmisión con el problema de los acreedores tanto del primer causante como de los del transmitente y los del transmisario, ofrecen mejor explicación, acudiendo a la argumentación de la teoría clásica del doble paso de los bienes, que impide que se defrauden los derechos de los acreedores respectivos, y permite ordenar adecuadamente la regulación de los distintos supuestos. Finalmente, el posible conflicto entre el derecho de transmisión y sustitución vulgar establecida por el primer causante, tiene mejor solución partiendo de la teoría clásica, pues la preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar puede fundamentarse en que, al ejercitar positivamente el transmisario el *ius delationis*, determina que los bienes queden integrado en la herencia del transmitente, como si éste mismo hubiese aceptado, excluyendo así la sustitución vulgar establecida por el primer causante para el supuesto de que dicho transmitente no hubiese podido aceptar; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.ª, de 22 de marzo de 2021 (JUR 2021,189169) manifiesta al respecto que "esta Sala no analiza la corrección jurídica de la doctrina del Tribunal Supremo, sino únicamente la aplicación al caso concreto. Y como se ha expuesto tanto la resolución de la DGRN (11 de abril de 2019) como la sentencia recurrida se apartan de ella. Siendo aplicable al supuesto enjuiciado, conforme a los antecedentes de hecho antes resumidos, la doctrina moderna (criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo). Pues la transmisión directa de la herencia de la causante al transmisario implica la innecesaria llamada a la partición de la herencia a de la madre (causante), a ña esposa de Don Nicanor, dada su condición de legitimaria como usufructuaria de la cuota viudal, al concurrir con el padre del esposo (artículo 837 del Código Civil), ya que los bienes de la primera herencia no han entrado en la herencia del transmitente, o lo que es igual que los trasmisarios heredan directamente, en virtud de derecho propio (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso de 5 de junio de 2018), ya que el artículo 1006 del Código Civil lo que regula es el derecho de transmisión del "*ius delationis*", por lo que el heredero solo hereda el "*ius delationis*" de la herencia de la primera causante, si acepta la herencia de su causante.

[112] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil". En: C. Paz Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y P. Salvador Co-

derch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pp. 2378-2379; GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 286; VATTIER FUENZALIZA, C. (1986). *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid: Montecorvo, p. 232; COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 7267-7268; RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2009). "Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero", *op. cit.*, p. 7; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión "ius delationis" (*ex* artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *op. cit.*, pp. 1574-1575; HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del ius delationis", *op. cit.*, pp. 484-485; MONSERRAT VALERO, A. (1994). "La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXX, núm. 622, mayo-junio*, p. 1048. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1967 (JUR 1967,7) en la que consideró que: "Los herederos universales del primer llamado entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido del transmitente y en la misma proporción en que éste los ha instituido, una vez aceptada su herencia, ya que el propio *ius delationis* es uno de los derechos que integran la masa hereditaria de la persona a la que suceden y, por eso, se transmiten junto con los demás bienes que forman parte de la herencia"; y, los Autos de la Audiencia Provincial de Soria de 18 de mayo de 2001 (JUR 2001,213905); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 30 de mayo de 2002 (JUR 2002,200543) en cuyo *Fundamento de Derecho Segundo* dispone que: "(…) Puesto que, en base al artículo 657 del Código Civil, la sucesión de una persona se abre siempre y forzosamente en el momento de su muerte, ello implica, desde el punto de vista del heredero, que hereda desde el momento mismo de la muerte del causante. Y si bien, a tenor del "*ius transmissionis*" regulado en el artículo 1006 de dicho cuerpo legal, su adquirente, es decir, el heredero del segundo causante que recibe el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, puede aceptar o repudiar la herencia de éste, y si la acepta será heredero del mismo directamente y no a través del segundo causante, ello exige que, con carácter previo, haya aceptado la herencia de éste último, es decir, de su causante directo, necesario para adquirir el "*ius delationis*" de la herencia del primero de ellos (primer causante)".

[113] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.*, pp. 953-955.

[114] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.*, pp. 316-320 quien, asimismo, añade que "es inexacto el planteamiento de quienes sostienen que, recibiendo el transmisario la delación para la primera herencia con la herencia del transmitente, una vez adquirida por aquél dicha primera herencia, sucedería en ésta también al transmitente, el cual sería, así, el único causante del transmisario adquirente de la primera herencia. En cambio, es evidente que la mecánica de la *transmissio e*x artículo 1006 del Código Civil, presupone necesariamente que el transmitente no adquirió ni legal ni voluntariamente la herencia del primer causante a que resultaba llamado y que, por ello, el transmisario, su heredero, no encuentra en la herencia del transmitente más que el *ius delarionis* relativo a la primera herencia: la posibilidad de adquirirla si quiere, y no los bienes relictos que la componen". Por consiguiente, añade que "adquirida la herencia del transmitente y convertido en titular sucesivo de la delación, para la primera herencia, que era titular originario el transmitente en el momento de su muerte, el transmisario que la ejercita positivamente o que incurre en un supuesto de hecho de adquisición *ex lege* de dicha herencia, recibe la herencia del primer causante directamente de éste: le sucede en la primera herencia *recta vía*. El llamado-transmitente que, por definición, nunca llega a ser heredero del primer causante, se limita a ser, como dice Barassi, un mero órgano transmisor de la delación de la primera herencia, como causante de la segunda herencia en que tal delación se contiene, pero no es nunca, ni directa ni indirectamente, causante de la primera herencia, que, se repite, es objeto de una sucesión independiente, que no puede tener más causante que el suyo propio".

[115] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 49-50.

[116] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 320; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 49.

[117] Sin embargo, para RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2009). "Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero", *op. cit.,* p. 7, esta interpretación de la retroactividad choca con un obstáculo de importancia que, constituye uno de los principales argumentos de la doctrina clásica, como que el sucesor del primer causante podría ser alguien no nacido ni concebido a la muerte de aquél.

[118] Incluso, para GARCÍA GARCÍA, J.M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*, *op. cit.,* pp. 208-211, defensor de la teoría clásica "no cabe duda que las causas de indignidad repugnan, pues, son situaciones extremas, y esto podría dar pie a ver algún fundamento a la tesis de la adquisición directa, exigiendo que el transmisario sea también digno de suceder respecto del primer causante", para a continuación invocar la cuestión de la indignidad a favor de la teoría clásica, pues, como precisa, "el transmitente ha de ser digno de suceder al primer causante y el transmisario ha de serlo respecto del transmitente. En cambio, no parece que haya razones suficientes, ni técnicas, ni morales ni prácticas, para que el transmisario haya de ser también digno de suceder al primer causante". Para llegar a esta conclusión argumenta: 1. Atendida la literalidad del artículo 1006 del Código Civil no puede requerirse que el transmisario deba ser digno respecto del primer causante; 2. Consideraciones meramente morales no pueden llevar a extender el contenido del artículo 756 del Código Civil, 3. Nunca podía plantearse el problema del perdón o rehabilitación del transmisario indigno, pues no le era posible al primer causante saber que iba a ser heredero.

[119] La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, de 4 de marzo de 2008 (JT 2008,891) mientras concluye que hay dos transmisiones y por tanto una doble liquidación del impuesto de sucesiones, pues, conforme a las normas reguladoras de este impuesto y al artículo 1006 del Código Civil, el primer llamado adquiere el *ius delationis* que, pasará a integrar su patrimonio hereditario, y los transmisarios lo reciben a través del mismo, la herencia del causante, cuyos bienes y derechos han pasado a integrar el caudal de sus heredero, para así posibilitar que éste pase a los transmisarios. Sin embargo, en el *voto particular* dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Santos Gómez considera más sólida la tesis de que el transmisario sucede en la herencia del primer causante directamente a éste, pues, el transmisario no puede adquirir del transmitente incremento patrimonial alguno, debido a que el transmitente no aceptó la herencia. No puede entenderse, por tanto, que ha habido una previa transmisión de la herencia del primer causante al transmitente, en la medida en que éste no ha tenido incremento patrimonial alguno, ni aumento de riqueza pues no aceptó la herencia, por lo que no se le puede practicar después de fallecido una liquidación tributaria por una herencia que ni aceptó ni repudió. Lo anterior supone que, si se puede considerar que hubo sucesión en cuanto a las fases de apertura y vocación del causante al transmitente, lo que no hubo fue transmisión al no haberse aceptado, en tanto que la aceptación del transmisario supone que, si hubo transmisión y hereda directamente del causante por lo que la herencia debe estar sujeta a una sola liquidación.

[120] COLINA GAREA, R. (2009). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1181.

[121] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 328.

[122] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* pp. 956-959. En contra, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (1996). "Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión "ius delationis" (*ex* artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario", *op. cit.,* pp. 1581-1584.

[123] BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1458.

[124] El artículo 412-8.3 dispone que: *"La indignidad es personalísima y no afecta a los hijos o descendientes del indigno que, sean llamados a la sucesión. La indignidad del transmisario respecto del causante determina la ineficacia del derecho de transmisión"*.

[125] GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 285-286 tras indicar en defensa de la doctrina moderna que "los sucesores de la persona que murió sin haber ejercitado aquél su *ius delationis* en herencia a que era llamada, sucesores que así llegan a adquirir esta herencia por transmisión y ejercicio del derecho de opción de tal persona fallecida, suceden *iure trasmissionis*. Por supuesto, el mecanismo se aplica en todo caso y a toda clase de herederos, legitimarios, voluntarios o abintestato; y lo mismo si son personas físicas que si personas jurídicas, cuya extinción (equivalente a la muerte de las primeras) puede a veces motivar que las sucedan a otras con los mismos derechos y obligaciones (v.gr., caso de absorción de una sociedad por otra)"; precisa que "en principio no deja de parecer extraño que los herederos del instituido prematuramente muerto puedan ser personas del todo ajenas al testador, incluso de éste desconocidas. Como se ha dicho, parece que haya algo anormal en la transmisión de este derecho que viene a convertir en herederos directos y de primer término a personas no conocida ni siquiera adivinadas por el testador, con daño de los derechos eventuales de los propios parientes del difunto, a los que quizá se debería llamar abintestato. Claro que, se añade que, no puede negarse que el precepto del Código es una consecuencia precisa del principio informante de esta parte de la legislación, según la cual la herencia se entiende transmitida al heredero desde el momento mismo del fallecimiento del causante. Hay, pues, se agrega un derecho adquirido en el heredero para cuya efectividad solo se requiere la voluntad de aceptar la herencia. El derecho que pasa a los herederos del heredero, *ex* artículo 1006, es el que este último tenía; a saber, el de convertir en firme y definitiva la transmisión de la herencia mediante su aceptación expresa o tácita, o el de repudiarla". En esencia, concluye "el propio *ius delationis* es uno de los derechos que integran la masa hereditaria de la persona intermedia a la que sucede".

[126] El ponente de la sentencia Ilmo. Sr. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO con anterioridad en su obra Responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), Bosch, Barcelona 1990, pp. 211-213, ya se orientaba en este sentido. Así ante la merecida crítica de la concepción traslativa de la partición, conocida y desarrollada bajo los dictados de la tesis de la permutatio, atendiendo al alcance retroactivo derivado de la concepción declarativa, señala que, "se puede afirmar que, el derecho hereditario no es sustituido por otro, sino que la transformación se produce, principalmente, en el ámbito del objeto del derecho hereditario, que pasa, de estar configurado durante el período de indivisión en función de una cuota hereditaria, a constituirse sobre bienes determinados de la herencia". A falta de mejores explicaciones de la dinámica que sostiene este proceso, añade el autor que, "una posible argumentación cabe obtenerla de la tesis de la subrogación real que, al parecer inspiró el alcance de la cuestión en el Código Civil italiano de 1942".

[127] RJ 2018,2864.

[128] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.*, p. 956.

[129] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7268. En contra, MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª (1953). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 452.

[130] COSTAS RODAL, L. (2013). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.*, p. 7269; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 50. Recordemos que, el artículo 836 del Proyecto de García Goyena disponía en su párrafo segundo y tercero que: "*Si son varios los herederos y hay discordancias, aceptarán los que quieran y los que no quieran no; pero lo que acepten lo harán por la totalidad.*

Si la discordancia fuese sobre aceptar a beneficio de inventario o sin él, se aceptará a beneficio de inventario y aprovechará a todos los coherederos". Vid., GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *op. cit.*, p. 425.

En este sentido, asimismo, vid., la Ley 317 del Fuero Nuevo de Navarra; el artículo 461.13 del Código Civil Catalán; y, el artículo 354 del Código Foral Aragonés.

[131] Vid., el artículo 461.13 del Código Civil Catalán; y, el artículo 354 del Código Foral Aragonés.

[132] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (1971). *Derecho de sucesiones*, T.I, Barcelona: Bosch, p. 74.

[133] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* p. 966. En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 400.

[134] MONSERRAT VALERO, A. (1994). "La sucesión iure transmissionis, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones", *op. cit.,* p. 1056.

[135] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 341; HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del ius delationis", *op. cit.*, p. 489; BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1459.

La Resolución de la DGRN (Propiedad), de 23 de junio de 1986 (JUR 1986,4331) se planteó la cuestión, ofreciendo argumentos a favor de una u otra posición, pero sin inclinarse por ninguna de ellas. Así en su *Fundamento de Derecho número 6* argumenta: "A favor de la primera tesis puede invocarse el principio de Derecho Común *"ius adeundi hereditatem non est in bonis nostris"*; el carácter personalísimo del *"ius delationis"* y de la misma condición de heredero —respecto de los cuales no caben otras transmisiones que las expresamente previstas en la Ley (artículo 258 de la Compilación)— y el carácter "enteramente voluntario y libre" (artículo 988 del Código Civil) de la aceptación y repudiación de la herencia. Y a favor de la segunda tesis, el que con ella se protege mejor las legítimas, sin que hay necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el *"ius delationis"*. Afirmar que el *"ius delationis"* debe ser incluido como valor computable para fijar el importe de la legítima no significa que, además del *"ius delationis"* haya de ser considerado en sí como un bien de la herencia que está afecto directamente, como los demás bienes hereditarios, al pago de la legítima, pues, si como queda dicho, no es por principio, transmisible, menos podría ser susceptible de embargo o afección real. Cabe, según queda dicho, vender la herencia aún no aceptada, pero esta decisión es absolutamente personalísima por lo mismo que por sí implica aceptar la cualidad de intransferible de heredero".

[136] HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS G. (1988). "La transmisión del ius delationis", *op. cit.*, p. 489.

[137] LACRUZ BERDEJO J.L., *et al*. (1971). *Derecho de sucesiones*, *op. cit.,* p. 75.

[138] ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). "La sucesión "iure transmissionis"", *op. cit.,* p. 964.

[139] JORDANO FRAGA, FCO. (1990). *La sucesión en el "ius delationis"*, *op. cit.,* p. 319 *nota* 407; HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del ius delationis", *op. cit.*, pp. 490-491.

[140] MONSERRAT VALERO, A. (1994). "La sucesión iure transmissionis, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones", *op. cit.,* p. 1057.

[141] HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). "La transmisión del ius delationis", *op. cit.*, p. 491.

[142] PÉREZ RAMOS, C. (2018). "¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?", *El Notario del Siglo XXI, marzo-abril*, pp. 142-143; MARIÑO PARDO, FCO. (2014). "La naturaleza del derecho de transmisión. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013. ¿Debe el viudo del transmitente consentir la partición del primer causante?, *Iuris Prudente, 14 de abril*, pp. 3-4 (versión digital).

[143] RJ 2014,2376; RJ 2014,4615.

[144] RJ 2015,3721.

[145] RJ 2017,5861.

[146] RJ 2018,222.

147 EJ 2018,1208.
148 RJ 2018,5753.
149 RJ 2018,4761 y RJ 2018,4126.
150 RJ 2019,4900.
151 RJ 2021,516; BOE, número 138, 10 de junio de 2021, pp. 70993 a 71007.
152 BOE, número 72, de 25 de marzo de 2022, pp. 38778 a 38784.
153 RJ 2023.1397.
154 BOE, número 73, de 27 de marzo de 2023, pp. 44808 a 44815.
155 EJ 2023,4933.
156 BOE, número 309, de 27 de diciembre de 2023, pp. 172288 a 172296.
157 BOE, número 287, de 1 de diciembre de 1999, pp. 41557 a 41558.
158 RJ 2014,2376.
159 BOE, número 183, de 29 de julio de 2014, pp. 60157 a 60163; RJ 2014,4615.
160 RJ 2015,3619.
161 RJ 2017,5861.
162 RJ 2018,222.
163 RJ 2018,1208.
164 RJ 2018,5752.
165 RJ 2018,3488.
166 RJ 2018,4315.
167 RJ 2019,1466 y RJ 2019,1594.
168 JUR 2019,350678
169 RJ 2021,516.
170 RJ 2011,3473.
171 BOE, número 72, de 25 de marzo de 2022, pp. 38778 a 38784. Tras manifestar que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo en las citadas Resoluciones de 22 de enero, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018, 5 y 11 de abril y 6 de junio de 2019 y 3 de febrero y 26 de mayo de 2021, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por el Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el *"ius delationis"* no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dichas Resoluciones, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Sin duda, el llamado como heredero por el transmitente —o por la Ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en qué consisten las legítimas. Por todo ello, concluyó este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención del legitimario del transmitente.

Entiende que, atendiendo a las consideraciones precedentes resulta para esta resolución que, en un caso como el del presente recurso, debe reputarse compatible la transmisión del *"ius delationis"* —ex artículo 1006 del Código Civil— con la necesidad de respetar la voluntad de quien ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia, de modo que aquélla no produzca el efecto de que los bienes que formen parte de la herencia del primer causante acaben siendo adquiridos por personas distintas de las designadas por el transmitente en su testamento. Así ocurriría si se aceptase la tesis del recurrente obviando las disposiciones (en este caso por vía de legado genérico) ordenados por la transmitente en su testamento, por las que, precisamente, defiere los bienes de la herencia del causante en favor de los legatarios indicados.

En definitiva, estima que, en este caso, una vez que las transmisarias emiten su voluntad de aceptar la condición de herederas del primer causante, el conjunto patrimonial activo y pasivo de dicho causante deberían recaer en la masa patrimonial del transmitente, y, por ende, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión manifestada en su testamento, entre ellas las relativas a los legados ordenados (cfr. artículo 858 del Código Civil), de modo que, por el objeto de tales legados, es imprescindible la intervención de los legatarios en la partición y adjudicación de la herencia. Otra solución sería claramente contraria a la voluntad de la testadora.

[172] RJ 2023,4933.

[173] JUR 2024,73165.

[174] RJ 2018,222.

[175] BOE, número 103, de 30 de abril de 2019, pp. 46699 a 46712.

[176] RJ 2018,222. Para PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (2018). "La transmisión del *ius delationis ex* artículo 1006 de Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 768, julio-septiembre,* p. 1880 esta resolución "debe ser bienvenida y servir de referencia a futuros problemas en esta materia" y añade que "todo se puede perfeccionar". No obstante, reafirma que "es una resolución importante y su doctrina es segura".

[177] RJ 2018,1208.

[178] BOE, número 169, de 16 de julio de 1986, pp. 25790 a 25792.

[179] RJ 2017,5861.

[180] RJ 2018,222.

[181] PÉREZ RAMOS, C. (2019). "El legitimario del transmitente, que no sea transmisario, no tiene que consentir la partición de la herencia del primer causante", *El Notario del Siglo XXI, número 83, enero-febrero*, pp. 190, 193-194.

[182] PÉREZ RAMOS, C. (2018). "¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?, *op. cit.*, pp. 145-146.

[183] RJ 2017,5861.

[184] BOE, número 287, de 1 de diciembre de 1999, pp. 41557 a 41558.

[185] RJ 2018,5752.

[186] RJ 2023,4933.

[187] Vid., asimismo, la resolución de la DGSJFP de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018,4315); y, de 26 de mayo de 2021 (RJ 2021,3473).

[188] SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2014). "Artículo 1006 del Código Civil español: el "mismo derecho" no es el meramente instrumental *ius delationis*", *Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre,* p. 203.

[189] CABANAS TREJO, R. (2019). "¿Qué le pasa a la Administración Tributaria con el derecho de transmisión? O mejor ¿qué le podrá pasar cuando descubra lo qué dice ahora la DGRN sobre el derecho de transmisión?, *El Notario del Siglo XXI, número 84, marzo-abril*, p. 6 (versión digital).

En esta línea, AMEZCUA, M.A. (2023). "La sucesión *iure transmissionis* a propósito de la resolución de la DGSJFP de 19 de abril de 2023", *www.notariosyregistradores.com, 18 de junio*, p. 12 precisa al respecto que "no es la cualidad de heredero lo que se transmite, sino que más propiamente, lo que se transmite *ex lege* es la delación hereditaria, esto es, la "cualidad de llamado", o sea el llamado tiene a su favor, por la delación, el "ofrecimiento de la cualidad de heredero", pero no tal cualidad en sí, por cuanto al no haber recaído aún aceptación, no hay cualidad de heredero, que solo se tiene y se adquiere si se acepta la herencia. Por tanto, transmisión *ex lege* de "la cualidad de llamado", que no de herederos, lo que es cuestión distinta". A esto añade que "Y esa "cualidad de llamado" y, por tanto, aspecto puramente personal, como cualidad de la persona, y no aspecto patrimonial, esto es, no derecho subjetivo patrimonial, es lo que vendría a poner en valor la sentencia del TS (2013) aludir a que el derecho de transmisión "ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del *ius delationis*", y ello porque tal *ius delationis*, que se mantiene pese a que ahora se traslada por

ley a otra persona, no puede concebirse como derecho patrimonial, como un titular concreto, sino que es un "ofrecimiento de la cualidad de heredero"".

Asimismo, MARIÑO PARDO, FCO. (2018). "De nuevo sobre el derecho de transmisión. La Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018", *Iuris Prudente, febrero*, pp. 12-13 destaca que "esta resolución (12 de marzo de 2018) pone de relieve la contradicción de la posición adoptada por la DGRN en cuanto a la intervención del legitimario del transmitente en la partición del primer causante si el transmisario-heredero acepta la herencia del transmitente, pues si se reconoce que no existe acción real del legitimario del transmitente sobre el *ius delationis*, como bien personalísimo, aunque con valor patrimonial computable, no existe razón para que la haya sobre los bienes en los que el *ius delationis* se concrete de aceptar la herencia del primer causante los transmisarios, sin perjuicio de las acciones que sobre los bienes directamente procedentes del transmitente pueden ejercitar aquellos y de la responsabilidad personal de los herederos del pago de las cargas de la herencia, si aceptan sin beneficio de inventario". Y, apunta brevemente a la posible aplicación de esta nueva doctrina de la DGRN a la entrega de los legados efectuados por el primer causante". Así entiende que "se aplique la doctrina de estas resoluciones de la DGRN citadas al consentimiento de los herederos forzosos del transmitente a la entrega de un legado de cosa cierta del primer causante, pues, dicho legado se habrá transmitido directamente del causante al legatario y no parece que pueda en ningún caso ser computable para el cálculo de las legítimas del transmitente, que es lo que la DGRN basa su doctrina". A lo que concluye que "quizás la cuestión fuera más discutible si el transmitente es a su vez legitimario del primer causante".

[190] CARRAU CARBONELL, J.M.ª (2023). "Propuesta de solución al conflicto entre la tesis clásica y la tesis moderna sobre el derecho de transmisión", *op. cit.,* pp. 37-38.

[191] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2022). "La delación", *op. cit.,* p. 77.

[192] BOSCH CAPDEVILLA, E. (2016). "Comentario al artículo 1006 del Código Civil", *op. cit*., p. 1456.

[193] RJ 2018,222.

[194] RJ 2019,1594.

[195] RJ 2021,516.

[196] RJ 2021,3473.

[197] JUR 2024,73165.

[198] Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2022). "La delación", *op. cit.,* p. 77 para el autor este argumento no le acaba de convencer "porque de acuerdo con el artículo 1000.1.º del Código Civil la consecuencia de esa venta del *ius delationis* no es la adquisición de dicho derecho (aceptar o repudiar la herencia) por el comprador, sino la aceptación (tácita) de la herencia por el vendedor, y su ulterior adquisición por el comprador".

[199] PÉREZ RAMOS, C. (2019). "El legitimario del transmitente, que no sea transmisario, no tiene que consentir la partición de la herencia del primer causante", *op. cit.,* pp. 192.193.

Por su parte, PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (2018). "La transmisión del *ius delationis ex* artículo 1006 de Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013", *op. cit.*, p. 1869 manifiesta que "respecto a si ha de computarse o solo imputarse su valor económico, esto es, si solo se imputa el valor económico de los bienes que integran el *ius delationis* o son los mismos bienes los que deben ser objeto de computación en la herencia del transmitente, carece de verdadera importancia a os efecto de determinar la necesaria intervención en la partición de tales legitimarios "por cualquier título" que lo sean".

[200] PASCUAL DE LA PARTE, C.C. (2018). "La transmisión del *ius delationis ex* artículo 1006 de Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013", *op. cit.,* p. 1869 con respecto al cónyuge viudo del transmitente y de su necesaria intervención o no de la partición de la herencia del primer causante señala que es imprescindible".

[201] JUR 2024,73165.

[202] RJ 2018,2864. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 29 de marzo de 2019 (RJ 2019,1307); el Auto del Tribunal Supremo, Sala Tercero, de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023,256661); y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 23 de abril de 2024 (JUR 2024,143445).

[203] RJ 2011,4698 y RJ 2012,2758.

[204] Voto particular del Magistrado Rafael Fernández Montalvo: que, si bien, está de acuerdo con la desestimación del recurso; sin embargo, discrepa, con todo respeto, de los razonamientos que han llevado a la Sala a dicho resultado.

Señala al respecto que "el artículo 3.1 a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece que "Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio". La adquisición, es, por tanto, requisito imprescindible para que se produzca el hecho imponible.

En el caso enjuiciado, la hermana del causante murió sin aceptar la herencia de éste, por lo que la adquisición no se ha producido. Esto determina que el hecho imponible no tuviera lugar, no pudiendo practicarse liquidación por el mismo".

A esto añade que "es cierto que el artículo 24 de la Ley 29/1987 establece que el impuesto se devenga el día del fallecimiento del causante, pero esto lo único que supone es retrotraer los efectos tributarios del Impuesto a ese momento, y así hay que entenderlo en concordancia con el artículo 989 del Código Civil que establece que "Los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda"; lo que, significa que es el hecho de la aceptación el determinante de la adquisición.

Ahora bien, concluye "lo anterior implica que los hijos de Doña Bárbara no heredan de ésta los bienes de su hijo Don Benjamín, sino solo su *"ius delationis"*, por tanto los bienes los heredaría, con su aceptación, directamente de éste, por lo que lo procedente hubiera sido desde el punto de vista del Impuesto sobre Sucesiones, que se girase una sola liquidación por el gravamen correspondiente a esta sucesión, pero como esta pretensión ha sido expresamente excluida por los recurrentes, es por lo que entiendo que debe desestimarse la casación".

[205] Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017,13135); del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de junio de 2018 (JUR 2018,943); del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 8 de julio de 2019 (JUR 2019,280570); del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 9.ª, de 22 de febrero de 2022 (JUR 2022,129673); del Tribunal Superior de Justicia, de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 9 de febrero de 2023 (JUR 2023,262632); y, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.ª, de 14 de marzo de 2023 (JUR 2023,174853).

Destaca también PLANAS BALLVÉ, M. (2019). "La doctrina civilista del *ius transmissionis* llega, al fin, a la Sala de lo Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil, vol. VI, número 1, enero-marzo*, p. 294 esta suma de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a la Sala de lo Civil (sentencia de 2013) a la teoría de la adquisición directa y entiende que "ésta resulta la interpretación más acorde con el principio de capacidad económica: "una interpretación propiamente tributaria (..) basada en la esencial regla exegética del principio de capacidad económica".

[206] Vid., las sentencias del tribunal de Justicia de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2.ª, de 27 de abril de 2015 (JUR 2015,139063); del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2.ª, de 7 de noviembre de 2016 (JUR 2017,50337); y, del Tribual de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2.ª, de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017,173890).

[207] Vid., la consulta vinculante V0537-17, de 2 de marzo de 2017 (PROV/2017/102051).

[208] JUR 2023,431370. Asimismo, vid., las consultas vinculantes V3000-23, de 16 de noviembre de 2023; y V3222-23 de 13 de diciembre de 2023.

[209] ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A., PÉREZ CAMPOS, M. y RIBA LOZANO, A. (2019). "Implicaciones fiscales de la nueva configuración del derecho de transmisión tras la sentencia del Tribunal Supremo 936/2018, de 5 de junio: ¿Qué ocurre cuando alguien muere sin hacer aceptado la herencia?", *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, 440, septiembre,* pp. 30-31.

1.5. Obligaciones y contratos

El TJUE y el IRPH: ¿Asunto finalmente resuelto?

EUCJ and IRPH: Is the matter finally resolved?

por

ROBERT REINHART SCHULLER

Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022

Universidad de La Rioja

RESUMEN: Las distintas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE han tenido ciertos denominadores comunes, con sus variantes a lo largo del tiempo. Se pretende aunar en el presente comentario la jurisprudencia más reciente, con el fin de relacionarla con las demás resoluciones del TJUE, la normativa bancaria y así intentar extraer una serie de conclusiones. Conclusiones estas que podrían manifestar razones de peso para modificar la doctrina del TS.

ABSTRACT: The various preliminary questions referred to the CJEU have shared certain common denominators, with their variations over time. This commentary seeks to consolidate the most recent case law to relate it to other CJEU decisions, banking regulations, and thereby attempt to draw a series of conclusions. These conclusions could potentially present compelling reasons to modify the doctrine of the Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: IRPH, diferencial negativo, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nulidad, préstamo hipotecario, transparencia, carga económica.

KEYWORDS: IRPH, negative differential, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nullity, mortgage loans, transparency, economic burden.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. STJUE DE 12 DE DICIEMBRE DE 2024: 1. Antecedentes de hecho. 2. Cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, quinta cuestión prejudicial, relativas al cumplimiento del requisito de transparencia. 3. Primera y segunda cuestión prejudicial. 4. Tercera cuestión prejudicial. 5. Cuestión prejudicial decimoquinta y decimosexta. 6. Cuestión prejudicial decimosép-

tima y decimoctava. 7. Cuestión decimonovena y vigésima. 8. Vigesimoprimera cuestión prejudicial.—III. CONCLUSIONES.—IV RESOLUCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE se ha encargado de analizar, en seis ocasiones, el IRPH. Tres sentencias y tres autos, los cuales tuvieron por objeto ofrecer indicaciones a diversas incógnitas planteadas por los jueces españoles.

El objetivo perseguido a través del presente comentario consistirá en analizar la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23, para extraer las principales conclusiones en relación con la cláusula que incorpora el IRPH, así como su posible falta de transparencia y abusividad, según haya sido comercializado e insertado dicho índice en el contrato concreto que se analiza.

Sin embargo, para encajar las diferentes piezas del puzle será necesario recordar ciertos pasajes de las anteriores resoluciones del TJUE, siempre en relación con el IRPH. Ahora bien, estas resoluciones han de ponerse en coordinación con la normativa bancaria, con el fin de analizar las obligaciones de las entidades bancarias y, en su caso, si el incumplimiento de tales obligaciones supuso que el consumidor no llegase a conocer la carga económica del contrato y, por ende, una imposibilidad de comparar, si así lo hubiere considerado necesario.

II. STJUE DE 12 DE DICIEMBRE DE 2024

1. Antecedentes de hecho

El Juzgado de Primera Instancia N.º8 de San Sebastián, ante las dudas que planteaba el caso concreto, decidió proceder a la suspensión del proceso y elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

Cabe señalar que el contrato se firmó en el año 2006 y estaba indexado a IRPH cajas. En el auto que se remite al TJUE, el Juzgado de Primera Instancia puso de manifiesto que la definición, en la cláusula tercera bis, era incompleta por cuanto se omitió la parte final en la cual se especifica que dicho índice consiste en TAEs declaradas al Banco de España. Factor este para tener en cuenta, pues dicha parte específica claramente que su composición no se genera por remisión de TINs sino TAEs[1]; hecho este que podría ser relevante a efectos de entender el funcionamiento y composición del IRPH como tipo de referencia a elegir en un préstamo.

En el año 2022 el prestatario decide demandar con el fin de obtener la declaración de abusividad de la cláusula que incorpora dicho índice. Entiende el órgano remitente que el consumidor, en el caso concreto, no pudo comprender la carga económica de lo contratado, todo ello debido a la omisión de ciertos datos esenciales para la comprensión de la cláusula por la cual se establece el tipo de referencia contratado.

Otra de las claves que se ha observado en el planteamiento de la cuestión prejudicial radica en el diferencial aplicado. Sostiene el Juzgado que al ocultar información la entidad bancaria, con relación al diferencial negativo mencionado en la Circular 5/1994[2], al haberse ofrecido un diferencial menor, en comparación con otros tipos[3], lo anterior ha inducido claramente a la contratación del índice en cuestión.

Por último, cabe subrayar que el Juzgado de Primera Instancia realizó veintidós preguntas al TJUE en orden a disipar las dudas planteadas con relación al contrato y cláusula que incorpora al IRPH.

2. Cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, quinta cuestión prejudicial, relativas al cumplimiento del requisito de transparencia

No se pronuncia sobre las cuestiones prejudiciales sexta a octava, pues tienen por objeto la interpretación de las observaciones del Abogado General. Desde el punto de vista de la transparencia, la pregunta se formula en relación con la publicación del índice en una norma administrativa, así como la divulgación periódica de los valores de dicho índice. En consecuencia, la pregunta fundamental consiste en descifrar si dicho carácter elimina el deber, de la entidad, de comunicar e informar acerca de la definición del índice, así como su evolución anterior.

Se observa también que el objetivo primario de la cuestión prejudicial que se comenta consiste en la comprensión de aquello que se contrata. Es decir, si la entidad actuó de forma transparente, aportando los elementos necesarios para que el consumidor, si lo considerase necesario, pudiera comparar con otras ofertas. Ante el déficit de información del consumidor, correspondería al profesional resolver dicha laguna, actuando de manera leal y equitativa.

El TJUE, en su considerando setenta y cinco, recuerda la importancia de que el consumidor tenga acceso a la información, antes de la celebración del contrato, sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de este. Este hecho se relaciona, nuevamente, con la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor, así como la necesidad de que las entidades actúen y comercialicen sus diversos productos y servicios de forma transparente.

Es importante reseñar que el TJUE hace énfasis en la necesidad de que las entidades proporcionen a los consumidores información suficiente, de modo que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Por lo tanto, se afirma en el considerando setenta y siete: "*A este respecto, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se comunicaron al consumidor interesado todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso y que le permitían evaluarlo4*".

Desde el punto de vista de la ponderación, este considerando deja una reflexión sugestiva: ¿existe algún argumento para que la omisión de información del diferencial negativo no constituya una falta de transparencia? Si se acude al llamado consumidor medio, atento y perspicaz, la mención del diferencial negativo o, al menos, su remisión a través de un apercibimiento respecto del contenido de la Circular permitiría una posible comparación, precisa, en el mercado. Esta comparación sería más realista al partir de un hecho relevante que afectaría a la posible contratación.

Sin embargo, del considerando número ochenta, se deduce que la falta de mención o remisión por parte de la entidad bancaria, en algunos casos, podría suplirse en virtud de que los datos resulten fácilmente asequibles[5]. No obstante, aquí nuevamente se debe rememorar que para ello el consumidor medio no deberá llevar a cabo una labor que pertenecería al ámbito de la investigación jurídica.

Desde el punto de vista de la configuración del Boletín Oficial del Estado, es importante recordar que hasta el año 2009, en su modalidad online, no tenía un carácter oficial y auténtico[6]. Con lo cual, hasta dicho año solo la edición impresa gozaba de un carácter oficial y auténtico.

Ahora bien, el juzgador deberá plantearse y responder ante la omisión de información, por parte de la entidad bancaria: ¿en qué situaciones se llevaría a cabo, por parte de un consumidor medio, una investigación jurídica?

Para ello resultaría pertinente analizar si el contrato se remite únicamente a la Circular 8/1990, o también alude y reenvía a la Circular 5/1994. Si solo se mencionara la primera de ellas, la respuesta debería ser clara: se obligaría al consumidor medio, atento y perspicaz, a llevar a cabo una investigación de carácter jurídico. Pues debe recordarse que es la Circular 5/1994 la que introduce y define al IRPH. No obstante, si hubiera una doble remisión, solo se cumpliría con la transparencia necesaria en el caso de darse los presupuestos marcados por el considerando número ochenta y dos: "*Ahora bien, si bien tal publicación puede dispensar a un prestamista profesional de proporcionar a un potencial prestatario determinadas informaciones acerca de la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés del préstamo propuesto, solo será así siempre y cuando, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo del tipo de interés variable, en particular en la medida en que este método implique un índice de referencia, y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras7*".

Lo relevante, después de la reproducción de dicho considerando, es la posibilidad de que el consumidor medio fuera capaz, a raíz de la remisión e información recibida, a proceder, si lo considerase necesario, a una comparación con otras modalidades ofrecidas en el mercado. Sin considerar factores como el *marketing*, un consumidor medio, atento y perspicaz, siempre buscará la oferta más económica y adecuada a sus características personales. Por lo tanto, resulta indispensable que la entidad le haya remitido, y en caso de imposibilidad de comprensión, le hubiera explicado, a través del suministro de información, los elementos fundamentales del índice que se pretendía contratar. Esto permitiría al consumidor medio comparar con el resto de las ofertas del mercado.

Un consumidor medio carece de conocimientos de matemáticas financieras, por lo que lo relevante es que pueda comparar, atendiendo a determinados elementos, qué índice le conviene más. Para ello, resulta útil verificar el comportamiento que diversos índices han tenido en el pasado, así como los diferenciales que suelen aplicarse a estos una vez conocida la TAE en la que se ha movido durante los últimos tiempos[8].

El objetivo perseguido a través de la normativa consumerista no consiste en que el consumidor compare, sino que efectivamente cuente con los elementos pertinentes, para si lo considerase necesario, proceder a comparar con otras ofertas del mercado. Es por ello por lo que la incorporación del IRPH, en el caso concreto, se debe analizar no desde el punto de vista subjetivo del consumidor concreto, sino objetivamente, partiendo del canon del consumidor medio, atento y perspicaz.

Retomando la mención de las Circulares, según como se interprete, podría llegar a diferenciarse entre contratos celebrados antes del 2009 y con posterioridad a dicho año. En el segundo caso, se diría que la mera remisión a la Circular 8/1990 debería ser suficiente, ya que en el BOE se recogerá que esta ha sido modificada por la 5/1994. Sin embargo, esta distinción sufre de una tacha, pues son sendas las modificaciones y derogaciones llevadas a cabo. Por lo tanto, en esta situación, el consumidor medio debería llevar a cabo una investigación jurídica, buscando en qué modificación aparecería la mención al índice que contrata. Esto implica que la entidad, en todos los casos, debería haber mencionado que dicho índice se encuentra definido por la Circular 5/1994, que modifica la Circular 8/1990[9]. Este debería ser el punto de partida.

El órgano judicial debería plantearse: ¿es suficiente dicha remisión para que el consumidor medio, atento y perspicaz, pueda comprender aquello que contrata? Si la respuesta es negativa, la siguiente incógnita, sin menospreciar el contenido de las Circulares y Órdenes, con relación a la información a proporcionar, sería: ¿cuál es el contenido mínimo, a proporcionar, para que un consumidor medio pueda comparar? En otras palabras, la información y explicación para que la entidad hubiera cumplido con el principio de transparencia, el cual busca que un consumidor sea capaz de discernir, de modo que pueda comprender la carga económica y jurídica de lo que contrata.

Desde esta perspectiva, se entiende que, al menos desde una óptica económica, la entidad debió poner de manifiesto la necesidad de aplicar un diferencial negativo[10], así como indicar dónde podría encontrarse información que permitiera comparar valores históricos entre diversos índices. Sin embargo, la mera remisión no podría considerarse suficiente. Como se verá a continuación, la normativa bancaria establece una serie de requisitos para asegurar que el contratante pueda comprender lo que contrata y optar por el índice que más le convenga. Esta perspectiva permite entender el punto de vista del TJUE de manera diferente. En otras palabras, no basta una mera remisión, aunque podría considerarse suficiente si los datos fueran fácilmente accesibles. Lo anterior debe ponerse en relación con la normativa bancaria, de modo que una mera remisión podría haber sido suficiente, pero en ese casollegaría a contravenir la normativa bancaria en materia de información. ¿Cuáles serían las consecuencias de tal hecho? ¿Tendría el incumplimiento de una norma administrativa algún efecto en materia civil?

Entiéndase que la reglamentación bancaria busca que el contratante pueda hacerse una mejor idea de lo que contrata, así como disponer de la información necesaria para comparar y decidir. Por lo tanto, una mera remisión normativa, siguiendo el estándar del consumidor medio en lugar de uno concreto, podría ser insuficiente si se tiene en cuenta el índice a contratar, así como también la reglamentación bancaria[11].

Atendiendo a la normativa bancaria, ya en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, en su preámbulo, se puso de manifiesto la importancia de que la proporción de una mejor información a la clientela coadyuve a una mayor competencia entre las entidades. Por otro lado, en lo que aquí interesa, en la Orden citada *ut supra*, en su Capítulo I, norma séptima, se establece: "*Adicionalmente, en los casos en que sea obligatoria la entrega del documento contractual, o cuando así lo solicite el diente, las Entidades de crédito harán constar en el mismo, separadamente y a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de interés efectivo anual postpagable. La fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al «Boletín Oficial del Estado» en que se hubiera publicado la circular del Banco de España en que se contenga*". Claro está, en el presente caso mención explícita a ambas Circulares, pues de lo contrario se obligaría al consumidor medio a llevar a cabo una investigación de carácter jurídico.

Desde el punto de vista informativo, es pertinente lo establecido en la norma quinta de la Circular 8/1990, que establece lo siguiente: "*Las Entidades dispondrán, en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, de un tablón de anuncios permanente, que se situará en lugar destacado de forma que atraiga la atención del público, y su contenido, resulte fácilmente legible*". Lo cual permite preguntarse, existió dicho tablón y, en su caso, si este podría suplir la remisión expresa a la Circular 5//1994. En otras palabras, que en dicho tablón existiera mención expresa a las modificaciones efectuadas a la Circular 8/1990; algo poco probable.[12]

En la norma novena de la Circular 8/1990 existe un elemento de interés, en esta norma se regula la publicidad y se expresa: "*La publicidad de las Entidades de Crédito, para ser autorizada, deberá, presentar al público, con claridad, precisión y respeto de la competencia, las características de la oferta financiera, debiendo contener una descripción suficiente del producto ofertado, que muestre los aspectos más significativos del mismo*". Otra duda que surge a raíz de este precepto es: ¿debió denegar, el Banco de España, la autorización de publicidad referida a IRPH? Es decir, si se partiera del diferencial negativo como una recomendación, que la omisión de dicho diferencial negativo fuera motivo de denegar la publicidad. Sin embargo, no parece adecuada tal postura, pues más que en la publicidad, el subrayado y alusión a dicho diferencial negativo debería producirse con anterioridad a que el consumidor quede obligado contractualmente. Desde el punto de vista de la comercialización constituiría un efectivo fracaso el decir, aplico un diferencial positivo pero el Banco de España recomienda la utilización de un diferencial negativo[13]. Es obvio que en ese caso cualquier consumidor atento y perspicaz se alertaría, preguntaría el porqué de dicho desvío, y buscaría los elementos necesarios para poder comparar con otras ofertas del mercado. Pues en caso contrario, de no advertir tal hecho, incluso un consumidor medio, atento y perspicaz, no se percataría, pues psicológicamente la aplicación de un diferencial menor ya le habría convencido de que dicho índice es más atractivo.

Siguiendo con los parámetros informativos, así como el objetivo perseguido a través de la remisión de dichos datos, en el preámbulo de la Circular 5/1994 se

dice: "*Dentro de las normas de la Orden destaca la obligación de facilitar a la clientela un folleto informativo14 donde se incluyen detalladamente las condiciones comunes a las operaciones de préstamo hipotecario practicadas por la entidad. El fomento de la capacidad de elección de la clientela a que responde esa medida no debe hacer olvidar que las referencias del folleto a los tipos de interés aplicables o a la cuantía máxima del préstamo, entre otras condiciones, tienen simple carácter orientativo; su entrega no merma la libertad de las entidades para denegar el préstamo o fijar, en su oferta al cliente que sí tiene carácter vinculante, las condiciones de precio y cuantía que aconseje la consideración individualizada del riesgo en que ha de incurrir*".

Desde el punto de vista de la definición, se entiende, según el Anexo tercero, norma tercera bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que la mera reproducción de la definición del IRPH, según el tipo que se contrate, sería suficiente. Quiere decirse con esto, el legislador ha dispuesto, en relación con los intereses variables, una forma determinada de expresión, que sin embargo contiene una norma/cláusula del estilo, en la norma 3.ªbis del Anexo II, en el que se estipula: *"d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho"*. Claro está que una reproducción parcial de la definición contenida en la Circular 5/1994 no cumpliría con el propósito citado anteriormente.

Por otro lado, podría decirse que el fundamento[15] de la aplicación del diferencial negativo tiene su lugar en el apartado segundo, letra b, del apartado segundo, de la norma tercera bis del Anexo II, Orden de 5 de mayo de 1994, donde se refleja que: *"b) Cuando el tipo de interés: de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.ª bis16*".

Efectivamente, la posibilidad de comparar[17] vuelve a ser el centro de la transparencia; sin embargo, tal hecho ya aparecía en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994, donde nítidamente se manifiesta: "*La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación18 de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas*".

Tampoco cabe olvidar que en dicha Orden se menciona: "*Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De*

ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pacto, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario19".

La normativa bancaria traída a colación permite aseverar que la entidad comercializadora estaba obligada, de informar, dada su especial trascendencia, de la necesidad de aplicar un diferencial negativo[20]. Pero también cumplir, de la forma que lo establece la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Circular 5/1994 con la confección del folleto informativo, el cual debería incluir una evolución pasada del índice para así poder comparar con otras ofertas en el mercado. Estos dos elementos son claves para entender que un consumidor medio pudo conocer la carga económica y jurídica de lo que se propuso contratar.

3. Primera y segunda cuestión prejudicial

Respecto de la primera y segunda cuestión prejudicial, el TJUE sostiene que el Tribunal remitente pregunta en relación con el diferencial negativo, su no aplicación y su relación con el carácter eventualmente abusivo debido a su falta de aplicación. Entiende el TJUE, según los datos que se remiten mediante la cuestión prejudicial, que dicho diferencial negativo sí que se venía aplicando en el supuesto de contratos en el que el objeto lo constituye una VPO[21].

El TJUE recuerda que, para proceder a dicho análisis, es necesario en primer lugar que la cláusula en cuestión no cumpliese con los requisitos de transparencia. Ahora bien, es interesante remarcar, que la falta de mención o inclusión de un elemento, del cual el legislador llamó la atención mediante preámbulo y desarrollo en el Anexo, constituye per se una falta de transparencia, pues se ocultó un elemento que afectaría a la carga económica del contrato.

En este sentido, a pesar de la dificultad que entrañan los elementos esenciales del contrato y su juicio de abusividad, el TJUE reitera que, ante una falta de transparencia, al tratarse de un elemento esencial del contrato, procede verificar si: "*contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*".

Asimismo, el TJUE recalca que se cumplirá con las exigencias de la buena fe cuando: "*el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual22*".

En relación con el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deberá tenerse en cuenta el Derecho nacional supletorio para comparar si la cláusula en cuestión deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la contemplada por el Derecho nacional[23].

El TJUE, al otorgar su respuesta en el considerando ciento dieciséis, parece relacionar y atribuir potencialmente una abusividad directa a la falta de información, siempre que esta no sea suficientemente accesible, respecto a la necesidad de aplicar un diferencial negativo. Puede apreciarse, si se sigue este cauce, una senda similar al de las cláusulas suelo. En otras palabras, la cláusula que incorpora el

IRPH no es transparente al ocultar, de forma subrepticia, información respecto al diferencial negativo, lo que supone que al consumidor se le privara de la oportunidad de realizar una comparación realista, dando lugar a una abusividad directa. Podría incluso llegar a sostenerse que, desde el punto de vista de la buena fe, hubiera sido necesario explicar que debió aplicarse un diferencial negativo, ya que de no hacerlo este siempre sería más caro que otras alternativas como el Euribor. Ahora bien, las diferencias son notorias: en el caso de las cláusulas suelo, el consumidor se representó un préstamo con un tipo variable; sin embargo, en el IRPH ni siquiera puede tratarse de una representación cuando el diferencial negativo se trata de una información desconocida para el consumidor.

Esta pauta es sugestiva, ya que evita realizar una comparación de precios, lo cual no parece del todo correcto, pues estos deberían configurarse según las reglas de la competencia en el mercado, todo ello en línea con las normas que pudieran haber dictado las autoridades al respecto. El criterio defendido en este comentario es que la falta de transparencia en relación con los elementos esenciales del contrato, como sería el precio, no debería lugar a un posterior juicio de abusividad sino a su falta de incorporación[24]. Lo cual traería siempre un debate relevante, el de la necesidad, si así fuera en el caso concreto, de acudir al Derecho supletorio[25].

4. Tercera cuestión prejudicial

La tercera cuestión prejudicial plantea, fundamentalmente, los efectos de las cláusulas de gastos declaradas nulas judicialmente. Su importancia radica en el método de composición del IRPH, el cual se fórmula a raíz de diversas TAEs comunicadas al Banco de España. Claro está que, si determinados componentes de estas TAEs han sido declarados nulos, por abusivos, y consecuentemente se ha restituido la cantidad abonada indebidamente, supone que existan ciertos componentes erróneos en la composición del índice incorporado a un contrato de préstamo[26].

Para el TJUE la nulidad de tales cláusulas de gastos no puede suponer la radical consecuencia de la nulidad total del contrato, con lo cual afirma en su considerando número ciento veintitrés, que: "*Por lo demás, la circunstancia de que, en las TAE de los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de un índice, algunos elementos puedan resultar de cláusulas contractuales que se revelan, a posteriori, abusivas no puede ni poner en tela de juicio el carácter de referencia oficial de este índice ni afectar retroactivamente a la validez de una cláusula de otro contrato que se remita a ese índice. En efecto, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de su artículo 3, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, se desprende que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe hacerse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión*".

Sin embargo, tampoco parece cerrar la oportunidad, en el marco del Derecho nacional, de una corrección económica del contrato. Es decir, que se pueda adaptar el contrato y, por lo tanto, restituir las cantidades abonadas indebidamente, de acuerdo con la composición del índice en cuestión. Esto implicaría que el prestatario podría reclamar no solo los gastos hipotecarios abonados indebidamente al

formalizar el contrato de préstamo, sino también aquellas cantidades que elevaron sus cuotas, ya que su índice estaba compuesto por elementos que no siguieron la senda correcta para ser atribuidas al consumidor.

Ahora bien, se desconoce qué incidencia económica y repercusión podría tener esta posible corrección. Otra cuestión que surge a raíz de esta cuestión prejudicial es si, en caso de haberse aplicado el diferencial negativo, este posible desequilibrio se hubiera visto evitado, evitándose así una duplicidad de pagos.

5. Cuestión prejudicial decimoquinta y decimosexta

Esta cuestión vuelve a tener conexión con el art.1.2 de la Directiva 93/13, y se recuerda que dicho índice (IRPH) no entra dentro de tales excepciones. Por otro lado, tiene relación con la buena fe del predisponente, con lo cual se procede a una remisión a los anteriores considerandos y apartados.

Nuevamente se recuerda la importancia de la transparencia, y que la omisión de esta puede ser un factor importante de cara al juicio de abusividad. Conviene decir que en el considerando ciento veintinueve se expresa: *"en el supuesto de una cláusula relativa al cálculo de los intereses correspondientes a un contrato de préstamo, estando el consumidor bien informado acerca de todos los elementos presentes en el método de cálculo del tipo de interés y pudiendo este evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras"*.

Puede manifestarse que esta cuestión prejudicial supone una reproducción respecto del contenido de la primera y segunda cuestión prejudicial. Pues tras el análisis de la buena fe, el TJUE vuelve a invitar a la comparación económica con distintos índices, para así poder valorar la abusividad de la cláusula que incorpora el IRPH. De modo que se dice: *"es también pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés27 aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró ese contrato a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato"*. Sin embargo, a dicha comparación deberá añadirse también el diferencial que suele aplicarse en cada tipo de índice.

Con lo cual, responde a esta cuestión prejudicial con que no cabe una presunción de la buena fe por el mero hecho de que se trate de un índice oficial.

6. Cuestión prejudicial decimoséptima y decimoctava

Nuevamente se trata de una cuestión similar, pues se centra en la abusividad y en lo que debe hacerse para determinar si hay un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El TJUE recuerda, que anteriormente ya respondió, en el considerando ciento catorce sobre la necesidad de comparar los métodos de cálculo y el tipo efectivo resultante de los índices, así como otros utilizados de forma más mayoritaria. Al final se trata de una comparación del precio resultante, lo cual resulta erróneo[28], pues, directamente debería hablarse de abu-

sividad, pues se imposibilitó comparar[29]. Con lo cual, de haberlo sabido el consumidor, quizás hubiera elegido una opción que le hubiera parecido más atractiva y económica; teniendo en cuenta la TAE de diferentes propuestas[30]. Al final tampoco es idóneo comparar el método de cálculo, pues se trata de fórmulas matemáticas, las cuales han de aplicarse racionalmente. El problema también reside en la dificultad de entender, desde un punto de vista abstracto, con una compresión plena, para un consumidor medio, la composición de cada uno de los elementos de estos índices[31]. Claro está, la buena fe reside en demostrar un cuadro comparativo entre diversos índices. Lo cual resulta útil y certero, y por ello el legislador estableció la obligación de aportar un folleto junto con la inclusión[32], comparativa, de otros índices y su evolución en los dos años anteriores.

Y dice en el considerando 138: "*Resulta, además, del apartado 132 de la presente sentencia que, por lo general, la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula que tiene por objeto el cálculo de los intereses relativos a un contrato de préstamo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula*".

7. Cuestión prejudicial decimonovena y vigésima

Las cuestiones tienen por objeto las consecuencias, en caso de declaración de abusividad de la cláusula que incorpora el IRPH, y las posibles actuaciones a llevar a cabo por el juez nacional. Para el juez que plantea la cuestión prejudicial, al analizar la posible sustitución del IRPH se encuentra con que la Ley 14/2013 establece, como índice supletorio, una de las modalidades del IRPH[33]. Aquí intervienen varios factores que deberían tomarse en consideración, en primer lugar, si las partes hubiesen pactado, expresamente, un índice supletorio. En segundo lugar, de no haber mediado pacto, correspondería indagar lo que se establece en el Derecho supletorio[34]. Pero no puede dejarse en el olvido la propia facultad del consumidor, quien podría elegir la restitución de lo recibido y por ende la finalización anticipada, por nulidad del contrato, del contrato de préstamo. De forma que tal aclaración es fundamental, puesto que será el consumidor quien elija si procede la integración del contrato o la nulidad de este.

Desde un punto de vista jurídico, debe tenerse en cuenta que el TJUE recuerda su doctrina sobre la no integración del contrato, así como tampoco la reducción conservadora de las cláusulas abusivas. Ahora bien, no olvida la regla por la cual el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la supresión de la cláusula abusiva, salvo que, en virtud del Derecho nacional, tal persistencia sea imposible. Surge una pregunta sugestiva, al contemplar el CC español, en su art.1740, que el préstamo pueda ser gratuito u oneroso. Con lo cual, podría surgir la idea de que realmente no exista una laguna en el contrato, por cuanto el propio ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que se celebren préstamos gratuitos.

Es más, en cuanto sea compatible con el Derecho español, dicha consecuencia reforzaría el efecto disuasorio tan perseguido a través de la Directiva 93/13.

Claro está, el debate aquí planteado difiere de otras situaciones ya analizas y con recorrido consolidado, como, por ejemplo, la abusividad del interés de demora. Nadie duda, sin perjuicio de ciertos debates doctrinales, que dicho contrato puede persistir sin la cláusula que regula los intereses de demora. Sin embargo, la situación toma otro cariz cuando de elementos esenciales del contrato se trata.

Lo cual complica que pueda imaginarse, por parte de un comerciante, su disposición a prestar de forma gratuita[35]. Tampoco la normativa de usura prevé que el contrato siga siendo válido, sino que, una vez apreciada la usura, obliga a la inmediata restitución del capital recibido. Ahora bien, ¿podría interpretarse de forma más flexible tal cuestión en materia de consumo? Es decir, que no deba restituirse el capital, sino que el préstamo siga su cauce hasta su finalización, pero devengando cero intereses retributivos[36].

El TJUE sostiene que corresponderá al órgano nacional comprobar, si efectivamente, dicha disposición tiene una naturaleza supletoria[37]. De no apreciar tal naturaleza, el Tribunal nacional podrá recurrir al art.1258 del CC con el objeto de proceder a la integración contractual[38], de modo que conforme a la buena fe y los usos del mercado podría ser viable que el contrato siga siendo válido y eficaz, aplicándose en ese caso el Euribor como índice sustitutivo.

Sin embargo, podría ser más viable, si el consumidor pudiera, que se declarase la nulidad total del contrato, pues difícilmente se aceptara, por los Tribunales, que este pueda subsistir sin la percepción, a favor del prestamista, de un interés retributivo. Al final de lo que se trata es de la inaplicación de un diferencial negativo (entre otras cosas), con lo cual, en principio, de aplicarse el diferencial negativo, se cumplirían las expectativas del consumidor. Se dice que lo más racional consiste en que el consumidor optara por la finalización anticipada del contrato debido a la propia disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013. Es decir, según la fórmula de sustitución el diferencial resultante no sería uno parecido a los recogidos en la Circular 5/1994, sino de los comunicados, durante todos estos períodos, por las entidades financieras. Quiere esto decir que el consumidor lograría la aplicación del IRPH entidades con un diferencial parecido al que ha tenido inicialmente. Esto no corregiría que dicha TAE se situara por encima del mercado, con lo cual, desde un punto de vista racional no sería una decisión coherente.

8. Vigesimoprimera cuestión prejudicial

Se pregunta esencialmente sobre la compatibilidad de la Directiva 93/1 con la aplicación de intereses legales desde el momento en que el consumidor dispuso de dicha cantidad. En otras palabras, si el prestamista tuviera derecho al interés legal del dinero como consecuencia de la restitución de las cantidades y la pérdida del interés retributivo.

Responde el TJUE en su considerando ciento sesenta y uno, de forma que dice: *"la compatibilidad con el Derecho de la Unión de normas nacionales que regulen esas consecuencias depende de si tales normas, por un lado, permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no ponen en peligro el efecto disuaso-*

rio perseguido por la Directiva 93/13". Lo cual no se cumpliría en el presente caso puesto que la percepción de un interés legal, sería presumiblemente superior al IRPH, al menos en algunos períodos. De modo que finaliza afirmando: "*Pues bien, conceder a una entidad de crédito el derecho a solicitar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora podría menoscabar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13*".

No obstante, no cierra la posibilidad de: "*La posibilidad de que el profesional perciba tales intereses de demora debe entenderse referida a los intereses debidos a partir de un requerimiento de devolución de las cantidades recibidas en cumplimiento del contrato anulado*".

III. CONCLUSIONES

La doctrina del TJUE sobre elementos esenciales, falta de transparencia y posterior juicio de abusividad puede no ser la más adecuada. En supuestos de hecho en los cuales la falta de transparencia se refleja en el precio, el debido control de abusividad conduciría a una comparación de precios, lo cual supondría la utilización de aquel método que pretendía evitarse a través de la redacción del art.4.2 de la Directiva 93/13.

Es necesario separar el control de transparencia y abusividad, de modo que, ante una falta de transparencia la cláusula en cuestión deba entenderse nula.

El TJUE ha subrayado, una vez más, la importancia de la transparencia para garantizar la comprensión de la carga económica y jurídica, permitiendo así que el consumidor, si lo desea, pueda comparar opciones en el mercado.

Sin embargo, pese a la claridad de algunos pronunciamientos, corresponderá a los Tribunales nacionales interpretar la importancia de la omisión, del diferencial negativo, así como de otros datos. Datos estos que tienen relación con la definición del propio índice y, si en su caso, se hubiera remitido a la Circular concreta para acceder al contenido íntegro de dicha definición.

Ahora bien, aunando lo dispuesto en la normativa bancaria y la doctrina del TJUE, una mera remisión no sería suficiente para garantizar la comprensión que se exige. Para ello podría hablarse de la necesidad de que se hubiera suministrado la información de forma reforzada, que es el objetivo perseguido por la normativa bancaria, pero también por el TJUE.

Las incógnitas para descifrar consistirán en el valor que se otorgue a dichas omisiones, no solo en relación con la falta de transparencia, sino también en la posible apreciación de una abusividad directa. Corresponderá al TS establecer pautas que permitan evaluar, caso por caso, la inexistencia de transparencia y posible abusividad.

Asimismo, se ha destacado en este comentario la utilidad de que una falta de transparencia en elementos esenciales del contrato no conduzca al juicio de abusividad, sino directamente a la nulidad de la cláusula intransparente.

Por último, otra cuestión que tiene relevancia y que ha de contar con un pronunciamiento es la propia naturaleza jurídica de dichas Circulares. Lo anterior

podría permitir la aplicación del art.8 de la LCGC por contravención de normas imperativas.

IV. RESOLUCIONES

- STS 241/2025 de 30 de enero y STS 242/2025 de 30 de enero
- STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23
- STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23.
- STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22
- STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22.
- ATJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22.
- ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20.
- ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21.
- STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018.
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16
- STS 564/2020 de 27 de octubre

NOTAS

[1] Una diferencia entre el tipo de interés nominal y tasa anual equivalente puede verse en el siguiente enlace: https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/latae/tae_prestamo.html. Por otro lado, basta recordar que el IRPH constituye una media de TAEs en la cual cada entidad tenía el mismo peso en la configuración del IRPH.

[2] Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En adelante, Circular 5/1994 y Circular 8/1990.

[3] En la práctica el IRPH, a diferencia del Euribor, siempre ha venido acompañado de un diferencial menor. Hecho este que de una forma u otra podría haber influido en la decisión de optar por un índice u otro.

[4] Es útil remitir el contenido de este considerando a la undécima nota, por cuanto lo dicho en esta nota completaría el significado de este considerando.

Puede resaltarse que la traducción de este considerando no es la más pertinente. Para ello resulta útil remitirse a la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16. En el considerando cuarenta y siete de esta sentencia se estipula: " *Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo"*. Esto debe relacionarse con el diferencial negativo del Anexo de la Circular 5/1994. Pues de lo que se expresa en este considerando, se considera que el diferencial negativo tenía, en estos contratos, una naturaleza de información esencial.

[5] Por ejemplo, también se valora si los datos son fácilmente accesibles en los considerandos veintiocho, treinta y treinta y cuatro del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21; o Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22, considerando cuarenta y cuatro. Asuntos relativos al IRPH.

[6] Tal consideración se encuentra en el siguiente enlace:
https://www.boe.es/informacion/aviso_legal/index.php

[7] Mención esta sobre la comprensibilidad que aparece en la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, en el considerando 51, o en el 48 del Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22. Por otro lado, los términos precisión y comprensibilidad deben aludir a que se indicó de forma exacta dónde se encuentra el índice que se pretendía contratar, pero también si se suministró de forma precisa y comprensible la información suficiente para poder comparar. Terminología esta que no le es ajena al TJUE, pues, por ejemplo, alude a criterios precisos y comprensión en los considerandos cincuenta, setenta y nueve y ochenta y dos, de la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23.

[8] En otras palabras, el consumidor atenderá al TIN aplicable, el cual se forma por el índice de referencia más el diferencial, así como la TAE, que contiene lo anterior, así como gastos y comisiones. Entender estos conceptos, así como diversos factores que pueden incidir en la fluctuación del índice ses fundamental para contratar con pleno conocimiento.

[9] Pues, a diferencia de lo que se apreció en el considerando 53 de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH no resultaban fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo, pues el mismo TJUE, debido a la información recibida, yerra al decir que la definición y elementos de las diversas modalidades de IRPH se encuentran en la Circular 8/1990. Hecho este que se ha demostrado que no resulta ser así, por cuanto la definición y las bases del IRPH se encuentran en la Circular 5/1994.

[10] No se valora si desde un punto de vista jurídico la aplicación de un diferencial negativo constituye una mera recomendación u obligación. Tampoco el TJUE se puede pronunciar sobre tal factor, pues será el juez nacional el encargado de interpretar el valor del preámbulo y del Anexo IX de la Circular 5/1994, la cual recoge diferentes diferenciales según la duración

del contrato y otros datos; también una fórmula para los casos que no encajasen en la tabla del anexo. Tampoco cabe olvidar que el diferencial negativo ya se mencionó en la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018. Pues el Juzgado, en su segunda cuestión prejudicial aludió a: "*Explicar cómo se configura […] el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional [debe] conocer y transmitir que [debe] aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor*". Sin embargo, el TJUE no llevó a cabo una valoración directa. Por lo tanto, podría decirse que hasta este momento no se ha puesto de relieve como un elemento esencial de cara a la comprensión del índice que se contrata el debatido diferencial negativo. De la misma manera, el diferencial negativo se vuelve a mencionar en las cuestiones prejudiciales analizadas por el Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-244/22, o Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020. Igualmente, con mayor claridad el TJUE menciona, en numerosas ocasiones, el diferencial negativo en la STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22.

[11] Postura esta que resultaría coherente con lo expresado en algún considerando por el TJUE. Por ejemplo, en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el considerando cincuenta y cinco, donde se estipula: "*Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional*". Idea que se repite en el considerando veinticinco del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21. También en el considerando treinta del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20; considerando cuarenta y cinco del Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22. Por otro lado, es importante tener en cuenta que, aunque el TJUE aluda en la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23, que la información podría resultar fácilmente accesible, lo anterior parece ser que no sería óbice para que se cumpla lo dicho en esta nota. En otras palabras, el TJUE repite esta idea en el considerando noventa y dos, de la sentencia objeto de análisis, haciendo referencia a la necesidad de que se cumpla, en el caso concreto, la normativa nacional. Este hecho, como bien se sabe, corresponde al juez nacional verificarlo.

[12] Además, dicha norma únicamente operaría en el ámbito de la publicidad, que puede ser tenida en cuenta, pero no en el proceso de información precontractual de un cliente que ya decidió contratar. La diferencia es clara, el tablón se dirigiría a un público indeterminado, mientras que aquí se discute la información precontractual respecto de sujetos que decidieron contratar un préstamo indexado a IRPH.

[13] También que las propias entidades modulen dicho diferencial, según el caso, en función del perfil del prestatario.

[14] Téngase en cuenta que el art.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994 debe completarse con su art.1.3, precepto este donde se estipula el límite cuantitativo para que la remisión de dicho folleto sea obligatoria.

[15] Sin olvidar la mención explicativa del preámbulo de la Circular 5/1994.

[16] No obstante, esta norma no reflejaría únicamente la realidad de un diferencial negativo, pues el ajuste podría considerarse de otro modo. Sin embargo, el ejemplo idóneo es el IRPH por su composición TAE, de modo que mediante esta norma se pretende evitar la duplicidad de pagos, por ejemplo, restar determinadas cantidades para evitar que se abonen comisiones dos veces; una que viene en la composición del índice y, la otra, la propia del prestatario para recibir el préstamo. Sin embargo, este ajuste parece que se conseguiría de forma idónea a través de la aplicación de un diferencial negativo.

[17] Factor este esencial que aparece a lo largo de los pronunciamientos del TJUE en la materia. Por ejemplo, en el considerando 56 de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018.

[18] Pero para ello, tal como se ha estipulado en el considerando cincuenta y dos de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, es necesario que el: *"juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo*". Lo cual vuelve a poner de relieve la importancia del diferencial negativo, siendo este un elemento que podría haber incidido en la decisión de contratar un préstamo indexado al IRPH.

[19] El problema de la comprensión se ha de relacionar con los propios conocimientos que se le presupone al consumidor medio. Parece que en la práctica el consumidor medio, al menos décadas atrás, no estaba familiarizado con términos como TAE, índice de referencia, etc. Lo cual invita a pensar, ¿para cumplir con los requisitos de las Órdenes, era necesaria una información reforzada? Es decir, la mera remisión a la normativa pudo no ser suficiente, así como tampoco una reproducción literal de sus preceptos, pudiendo haber sido necesaria una explicación de sus elementos más fundamentales. Por ejemplo, explicar en qué consiste una TAE, qué podría suponer que el IRPH estuviera compuesto por medias TAE en las cuales cualquier entidad gozaba del mismo peso para su configuración. Esta correlación con el consumidor resulta ardua, pues es imposible establecer, de manera nítida, la frontera y requisitos para cumplir con los objetivos de la normativa bancaria, así como con la posibilidad de comparar a la cual siempre se hace mención en Derecho de Consumo.

Para el TS, no existe un elenco cerrado de medios que permitan considerar el cumplimiento de transparencia material, de modo que deba atenderse a diversos medios para verificar tal cumplimiento (STS 564/2020 de 27 de octubre)

[20] También el propio TJUE, quien ya manifestó en su respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, en STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22, la pertinencia, de si se suministró la información, referida a la necesidad de aplicar un diferencial negativo, o si esta fuera suficientemente accesible para un consumidor medio. Hecho este, según el considerando sesenta y nueve, que incidiría en el juicio de transparencia y abusividad de la cláusula en cuestión.

[21] Vivienda de protección oficial.

[22] Considerando 113 de la sentencia que se analiza. Uno de los principales debates en relación con la buena fe del prestamista siempre se ha reconducido a la utilización de un índice de carácter oficial. Sin embargo, varios son los puntos para tener en cuenta con relación a este aspecto. Es cierto que se trata de un índice confeccionado por el Banco de España, no obstante, su utilización no tiene un carácter imperativo. Por otro lado, la propia normativa bancaria establece una serie de deberes, los cuales evidentemente inciden en la transparencia y comprensión del índice. Es evidente que un índice confeccionado por la administración pretende reflejar un presupuesto equilibrio entre las partes, con sus diferentes riesgos según aquello que se contrata. Pero para que ello sea así han de cumplirse las obligaciones, o al menos, avisar de ciertas recomendaciones que pudieran tener relevancia en la decisión que tomase el potencial prestatario. Con lo cual, puede no haber buena fe, por parte del prestamista, a pesar de la utilización de un índice oficial.

[23] También hay que tener en cuenta lo dicho en el Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020, donde se manifiesta: *"Por otro lado, el examen de la existencia de un posible «desequilibrio importante» no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51)*".

[24] Se es consciente que la utilización del vocablo incorporación podría conducir a que la solución sea reconducir al control de transparencia a la incorporación. Quizás, para evitar tal debate, podría ser más útil referirse a que dichas condiciones serán nulas de pleno derecho, tal como se hace en la nueva redacción del art.83.2 del TRLGDCU.

[25] Esta opción es conforme con la jurisprudencia del TJUE, pues corresponde al juez nacional verificar si el contrato puede subsistir una vez declarada la abusividad de una cláusula concreta. En realidad, el meollo de la cuestión tiene una vasta relación con el efecto disuasorio. Pues nadie duda que en caso de declararse nula una cláusula, por contravenir la Directiva 93/13, esta no debería integrarse si el contrato puede sobrevivir sin la misma. Ahora bien, si se reconduce el debate a los intereses de demora, una vez declarada dicha cláusula abusiva, en caso de impago del prestatario, ¿debería acudirse al Derecho supletorio?

Esta cavilación podría suponer repensar la doctrina del TJUE en la materia. Diferenciarse, en su caso, entre dos planos, uno civil y otro administrativo, a través del cual podría cumplirse el efecto disuasorio, pero recurriendo a sanciones de naturaleza administrativa. Esta solución daría lugar a la aplicación del Derecho dispositivo, es decir, a la eliminación de la cláusula de intereses de demora, en caso de mora, a la aplicación de la norma dispositiva; pero para cumplir con el efecto disuasorio sería necesario recurrir al Derecho administrativo sancionador.

[26] Por ejemplo, la nulidad de la comisión de apertura en diferentes préstamos, así como otras cláusulas de gastos, supone que las TAEs comunicadas al Banco de España para la publicación de la media del IRPH no fueran correctas.

[27] Esta expresión debería entenderse como tipos de TAEs aplicadas y no TINs.

[28] El TJUE cuando de elementos esenciales del contrato se trata, se ha encontrado con una dificultad notoria. Al basarse la principal pauta del control de abusividad en acudir al Derecho supletorio, el dilema en estos casos es que difícilmente puede recurrirse a dicha comparación, pues no suele existir Derecho supletorio que regule tales aspectos. Es interesante que esta senda elegida por el TJUE, de ofrecer algunos criterios de comparación, parece que se va adaptando a las circunstancias del caso. Ejemplo de ello la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23. Se dice en el considerando ochenta y cuatro que: *"también pueden tenerse en cuenta otros elementos para apreciar la existencia de un desequilibrio importante, tales como las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de celebración del contrato controvertido"*.

[29] Salvo que finalmente se sostenga que las cláusulas no transparentes materialmente sean nulas, lo que implicaría que no sea necesario realizar el juicio de abusividad.

Podría establecerse un paralelismo entre lo que reproduce esta sentencia y las STSs 241 y 242 de 30 de enero de 2025. La clave de la abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de crédito revolving se basó en la falta de explicación (sobre todo) del sistema de amortización así como del anatocismo y del efecto "bola de nieve" que podría darse en estos casos. Con lo cual, al igual que ocurrió con las cláusulas suelo y multidivisa, se declara la nulidad de dicha cláusula (el interés remuneratorio) por no ser inocua para el consumidor.

En el caso de los contratos de préstamos indexados al IRPH, en algunos supuestos, la nulidad de dicha cláusula podría derivarse de no haber explicado la relevancia del diferencial negativo en ese contrato. Es decir, al igual que en el revolving (donde de haberse explicado el sistema de amortización, la decisión del consumidor pudo haber sido otra), en el IRPH la recomendación del BDE consistía en aplicar un diferencial que aparecía en la tabla del Anexo IX de la Circular 5/1994. Dicha tabla no era exhaustiva e incluso contenía una fórmula para obtener el correspondiente diferencial negativo.

Al no explicarse este dato, podría llegarse a afirmar que dicha cláusula no era inocua, pues en el marco de una negociación individual, un consumidor medio no hubiera aceptado su incorporación de haber sabido que, al no aplicarse el diferencial recomendado, su préstamo resultaría más caro.

[30] Es cierto que la representación TAE no es tan cristalina cuando se utilizan tipos variables, a diferencia de los fijos. No obstante, la evolución pasada de tales índices podría ayudar a hacerse una idea respecto a qué podría suceder en el futuro. A ello también coadyuvaría la comprensión del índice, los diversos elementos por los cuales se establece, y cuáles podrían ser los factores que harían que dicho índice puede fluir al alza o a la baja.

[31] Por ello es pertinente y útil lo dicho en la nota anterior. El consumidor debe entender qué contrata y cuáles son los hechos que podrían conducir a una fluctuación del índice. Esta es una de las claves de los índices variables, poder entender los factores que pueden incidir, en cada tipo de índice, una subida al alza o a la baja.

[32] La consideración de la naturaleza jurídica de las Circulares 8/1990 y 5/1994 puede tener una incidencia relevancia de cara a la validez de la cláusula que incorpora el IRPH. Para ello resulta útil y pertinente recordar la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art.48.2 que: "*2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:…*". Esto implica analizar si desde el punto de vista competencial tales obligaciones debieron de recogerse en Órdenes y no en Circulares. En cuanto a las Órdenes parece nítido que cabía utilizarlas para regular los derechos y obligaciones entre las partes; una interpretación auténtica de este hecho se encuentra en el preámbulo la Orden de 12 de diciembre de 1989. Es decir, el meollo de la cuestión puede encontrarse en el sujeto que dicta la norma de rango administrativo, pues la Ley 26/1988 habilita al Ministro de Economía y Hacienda para que proceda a regular tales relaciones y no al Banco de España. Esto supondrá que los Tribunales deban dilucidar si cabía delegación a favor del Banco de España, de modo que este regulase a través de sus reglamentos relaciones de Derecho privado. En función de la interpretación que se otorgue a esta cuestión podría aplicarse el art.8 de la LCGC, y obtener así la nulidad del contrato, ya sea porque no se aplicó el diferencial negativo o no se trasladó el folleto informativo, cuando este fuere obligatorio en virtud de la cuantía prestada.

[33] Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Un debate que puede ser interesante resultaría en la aplicación de esta disposición, pero añadiendo el diferencial negativo que correspondería según la tabla del Anexo de la Circular 5/1994. Hay que tener en cuenta que en la disposición adicional decimoquinta se establece: "*3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo*". Supone esto que en el supuesto de hecho de que no se hubiera pactado un índice sustitutivo, o si el pactado desapareciese, correspondería aplicar el IRPH entidades. El problema de esta disposición es que toma los datos comunicados por las diferentes entidades, la cuales como se sabe, no aplicaron los diferenciales negativos de la Circular 5/1994.

[34] De modo que parece que debería aplicarse la disposición adicional que se cita en la nota *ut supra*.

[35] Sin embargo, el TJUE sostiene que el análisis de la subsistencia del contrato debe basarse en criterios objetivos y no subjetivos. Véase la STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22, considerandos ochenta y dos, ochenta y tres y ochenta y seis.

[36] Se descarta la idea por la cual se declare nula la cláusula que estipule el interés, pero se mantenga válido el diferencial añadido. Varios son los argumentos, en primer lugar, de

declararse nula la cláusula por la que se incorpora el IRPH, pero que el contrato siga siendo válido, que el diferencial se siga aplicando constituiría una suerte de *blue pencil* de la cláusula en cuestión, con lo cual esta debería declararse nula en su totalidad. Por otro lado, el efecto disuasorio volvería a estar presente, pero también la normativa bancaria la cual, según como se observe, recomendaba/obligaba la aplicación de un diferencial negativo.

[37] También corresponde recordar, que en el Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21, en su considerando cuarenta y seis se dijo: "*Es necesario recordar a este respecto que, por una parte, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de dicha Directiva, abarca no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes independientemente de su elección, sino también las que son de carácter supletorio, es decir, las que se aplican por defecto, cuando las partes no hayan pactado otra cosa*". *Ibidem* considerando cincuenta y cinco del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020. Por otro lado, en el Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22, el TJUE vuelve a recordar que corresponde al juez nacional valorar si el contrato en cuestión puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Aunque puede llamar la atención que haya observado, según los datos remitidos por el juez que planteó la cuestión prejudicial, que en estos casos el contrato podría subsistir sin la cláusula controvertida; véase para ello el considerando 74.

[38] Tampoco debe olvidarse que el art.65 del TRLGDCU estipula: "*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*". Cuando resulte de aplicación este precepto, según cuando se celebró el contrato, debería considerarse que el olvido de aplicar o mencionar el diferencial negativo, dada su importancia, constituiría una información precontractual relevante, de modo que podría integrarse el contrato según lo que dispone este precepto.

1.6. Responsabilidad civil

Accidente en la estación de esquí: responsabilidad contractual o extracontractual

Accident at the ski resort: contractual or extra-contractual liability

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA

*Profesora de Derecho Civil. UCM**

RESUMEN: Como consecuencia del accidente producido en fecha 18 de enero de 2025 en la estación de esquí de Astún, nos planteamos la delimitación de la responsabilidad civil en la práctica de este deporte para poder determinar si es contractual o extracontractual. Atendiendo a la normativa y la doctrina, será contrato lo expresamente pactado y en su marco operará la responsabilidad contractual siempre que el hecho originador de la misma se produzca en los términos de lo pactado en el contrato aunque genera dudas en estos supuestos ya que se entiende que existe responsabilidad extracontractual cuando el daño sea producido por incumplimiento de deberes generales de conducta, independientemente de las obligaciones que existieran entre las partes, como consecuencia de ello, hemos debido analizar los elementos de la responsabilidad civil. En principio, según los elementos estudiados, entendemos que en este caso estaríamos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual, aunque lo analizamos detenidamente al entender que la línea entre ambos tipos de responsabilidades es muy fina, debiendo valorar si cabe reclamación de responsabilidad por daños y la indemnización de los mismos.

ABSTRACT: As a result of the accident that occurred on 18 January 2025 in the Astún ski resort, we are considering the delimitation of civil liability in the practice of this sport in order to determine whether it is contractual or non-contractual. According to the regulations and doctrine, the contract will be what is expressly agreed and within its framework, contractual liability will operate provided that the event giving rise to it occurs under the terms agreed in the contract, although this raises doubts in these cases as it is understood that there is non-contractual liability when the damage is

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044≠

caused by breach of general duties of conduct, regardless of the obligations existing between the parties, as a result of which we have had to analyse the elements of civil liability. In principle, according to the elements studied, we understand that in this case we would be dealing with an assumption of contractual civil liability, although we will analyse it carefully as we understand that the line between both types of liability is very fine, and we must assess whether it is possible to claim liability for damages and compensation for the same.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil contractual. Responsabilidad civil extracontractual. Indemnización por daños corporales y morales.

KEYWORDS: Contractual civil liability. Non-contractual civil liability. Compensation for personal injury and non-material damage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIFICIL DELIMITACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.—III. EL CONTRATO DE TRANSPORTE Y SUS DEBERES GENERALES DE PROTECCIÓN. JURISPRUDENCIA DEL TS EN CASOS SIMILARES.—IV. ACCIDENTE REGISTRADO EN LA ESTACIÓN DE ESQUÍ DE ASTÚN: ROTURA DEL ENGRANAJE DEL TELESILLA.—V. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES (CORPORALES Y MORALES).—VI. POSIBILIDAD DE CONSIDERAR EL HECHO DENTRO DEL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN.—VII. RECLAMACIÓN QUE PODRÍA ENTABLARSE POR LOS PERJUDICADOS CONTRA LA SOCIEDAD TITULAR DE LA ESTACIÓN DE ESQUÍ O CONTRA SU ASEGURADORA.—VIII. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. EL PUNTO DE VISTA DE LA ESTACIÓN DE ESQUÍ.—IX. LA DOCTRINA Y EL ACERCAMIENTO ENTRE LAS DOS ESFERAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.—X. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA: DEFENSA QUE PODRÍA TENER EN CASO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA.—XI. CONCLUSIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.—XIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XIV. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

El pasado sábado 18 de enero se produjo un accidente en un telesilla de la estación de esquí de Astún (Huesca), en la zona de Canal Roya, que dejó varios heridos, entre ellos dos graves. Según se indicó desde el Gobierno de Aragón, tuvo lugar pasadas las 11 de la mañana y debido a un problema con el cable, consecuencia de lo cual el telesilla se precipitó unos 15 metros.

Este accidente tan reciente, (pues escribimos este comentario apenas dos días después del accidente cuando dos de las heridas graves se encuentran hospitalizadas) nos da la pauta para estudiar y analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con esta cuestión, jurisprudencia que no es coincidente.

Es sabido que la responsabilidad civil consiste en la reparación del daño causado. Una de las cuestiones principales de esta materia es la difusa división entre la *responsabilidad civil contractual* y la *extracontractual* que deja múltiples situaciones que pueden ser incluidas en ambas esferas de responsabilidad y tal y como

pone de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA al señalar que "constituyen pretensiones de distinta naturaleza y fundamento o son en realidad la misma pretensión," lo cual posibilita jugar con una u otra según más convenga.

En relación con el accidente que nos ocupa de esquí y las características del citado deporte hay que tener en cuenta que su práctica en las instalaciones de esquí se inicia desde que se abona el forfait hasta que desciendes por las pistas.

II. LA DIFICIL DELIMITACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad es la obligación que surge por la necesidad de resarcir las consecuencias de los actos propios o ajenos que hayan resultado lesivas a los derechos o intereses de otra persona. Para comenzar definiendo la responsabilidad surgida, hemos de analizar si la misma proviene como responsabilidad contractual o extracontractual. A fin de concretar las diferencias entre la acción de responsabilidad civil contractual y la acción de responsabilidad civil extracontractual cabe señalar que la línea entre ambas, en la mayoría de ocasiones y supuestos, no es tan clara como podría parecer.

El CC diferencia ambas responsabilidades en sus artículos 1902 y 1903, amparado además por la jurisprudencia por la que se definen ambos tipos de responsabilidades. Tradicionalmente se denomina *responsabilidad contractual* aquella en la que el daño deriva del incumplimiento de una obligación contractual, mientras que la responsabilidad *extracontractual* deriva de la existencia misma del daño sin que la víctima y el causante estén vinculados por una relación jurídica previa[1].

El artículo que regula la responsabilidad civil contractual es el artículo 1101 CC que establece que *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*." Referente a dicho artículo la jurisprudencia estableció ya en la sentencia del TS de 5 de enero de 1949 que el sancionador de la infracción contractual es aplicable a toda clase de obligaciones cualquiera que sea su origen.[2] Mientras que la responsabilidad civil extracontractual vendría regulada en el artículo 1902 CC que afirma que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."*

Se entiende que existe *responsabilidad contractual* si se cumplen determinados requisitos de forma simultánea, y así lo señala YZQUIERDO TOLSADA, especificando que para que exista es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima, y que el daño resulte de su incumplimiento[3].

El primero de los requisitos es que, entre las partes que hoy resultan ser dañador y víctima, debe existir un contrato o relación contractual. El segundo requisito hace referencia a la validez del contrato ya que no es suficiente que exista entre la víctima y el dañador un contrato, sino que el mismo deberá ser válido. Será necesario, como tercer requisito, que el contrato vincule al responsable con la víctima. Y, por último, los daños deben haberse ocasionado a causa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es materia del contrato.[4]

La responsabilidad contractual deriva de un incumplimiento imputable al deudor en virtud de un título, es decir, cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular. La STS 75/1969 de 24 de julio de 1969, FJ único, determinó que habrá responsabilidad contractual siempre y cuando se cumpla un doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual y que los daños sean debidos a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato.[5]

Tal como menciona GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *sólo es contrato lo expresamente pactado, que sería la órbita estricta y operará la responsabilidad contractual cuando el hecho originador de la misma se produzca dentro de los términos de lo pactado en el contrato, en contraposición con la responsabilidad extracontractual que presupone la ausencia de relación previa entre las partes6*. Esta afirmación trasladada a la cuestión que ocupa nuestro estudio, es relevante al objeto de fijar en qué momento nos encontramos ante un supuesto contractual y fijar así la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil surge para resarcir a la persona que resultó dañada, en sus intereses o derechos, fruto de la relación contractual. Tal como señala YZQUIERDO TOLSADA, *el hecho dañoso viene producido precisamente como resultado del incumplimiento de un contrato*.[7]

Sin embargo, se entenderá que existe *responsabilidad extracontractual* cuando el daño sea producido por incumplimiento de deberes generales de conducta, independientemente de las obligaciones que existieran entre las partes. Esta responsabilidad deriva de la causación de un daño sin que medie relación contractual alguna, es decir, que implica la transgresión de una norma o ley en sentido amplio. La citada STS 75/1969 de 24 de julio de 1969, determinó que surge responsabilidad extracontractual cuando con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta dimanante o, de la regla general *alterum non laedere*.

Es relevante la calificación de la responsabilidad principalmente por el hecho de que varía mucho el plazo que existe para llevar a cabo la acción de responsabilidad civil según sea esta contractual o extracontractual. Pero es cierto que las consecuencias que derivan de la clasificación son muchas, entre otras: el grado de culpa exigible; la legitimación para reclamar indemnización; el alcance de los daños indemnizables; o, las causas de extinción de la obligación.

Como bien indica GONZALEZ HERNÁNDEZ, consideramos relevante señalar que algunos autores y sentencias se inclinan a favor de la unificación de los dos bloques de responsabilidad ya que consideran que la distinción no tiene sentido porque ambas buscan el resarcimiento del daño. *Trasladan preceptos de un bloque y otro y aplican el art.1104 CC en asuntos declara naturaleza extracontractual cuando "obligación" significa en este precepto el conjunto de la reglamentación de intereses establecida por las partes. Lo mismo ocurre cuando la jurisprudencia ha aplicado el art. 1101 del C. Civil al campo de la responsabilidad extracontractual, propios de la responsabilidad contractual. Declara la STS de 4 de diciembre de 2007 que este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las*

disposiciones del CC que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual.8

Continúa YZQUIERDO TOLSADA este análisis indicando que lo cierto es que, aunque la responsabilidad civil contractual y la extracontractual sean cosas distintas, *tampoco es que vengan a conformar compartimentos estancos9*, por esa misma razón a continuación analizaremos los elementos presentes en ambas responsabilidades y las diferencias.

Podemos identificar entonces tres elementos de la responsabilidad civil: en primer lugar, la acción u omisión antijurídica; en segundo lugar, el daño, y, en tercer lugar, la relación de causalidad. A estos tres requisitos exigibles para que surja responsabilidad civil deberá unirse el factor de atribución que, una vez acreditada la responsabilidad, justificará la imputación del daño causado a un patrimonio concreto. Estos elementos son comunes a ambos tipos de responsabilidades mencionados con anterioridad, por ello es necesario analizarlos en primer lugar para posteriormente ver las diferencias entre ambos regímenes.

Respecto a las acciones contractual y extracontractual existen diversas diferencias, la mayoría de ellas producto de la jurisprudencia o doctrina. La primera gran diferencia entre ambas se refiere al plazo de prescripción de la acción que mientras que en la contractual es de 5 años, en la extracontractual es de tan solo un año, tal y como establecen los artículos 1964.2 y 1968 del Código Civil respectivamente.

En cuanto a la prueba de la culpa, en la contractual existe la presunción de culpa, mientras que en la extracontractual hay que probar la culpa del agente al no existir un contrato previo que establezca ciertas obligaciones entre las partes. Siguiendo con la culpa, en la responsabilidad civil contractual puede haber grados de culpa, mientras que en la extracontractual independientemente del grado de culpa se incurre en la responsabilidad integral.

Otra diferencia radica en que el acreedor contractual no tiene crédito privilegiado en el concurso, mientras que el perjudicado en la responsabilidad civil contractual ostenta un crédito privilegiado general tal y como establece el artículo 280.5 del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo de la Ley Concursal que establece que "5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual por daños causados antes de la declaración de concurso distintos de aquellos a que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 242, las liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública reguladas en el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, cualquiera que sea la fecha de la resolución judicial que los declare. Si los daños estuvieran asegurados, el crédito del asegurador por subrogación, regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario."

En cuanto al resarcimiento del daño, en la responsabilidad civil contractual es el que viene estipulado en el artículo 1107 CC que establece que "Los 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". [10]

El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual consiste en devolver al afectado o víctima al estado inmediatamente anterior a la

producción del daño causado, siempre y cuando la cuantificación del daño no suponga un enriquecimiento injusto de su patrimonio, en nuestro supuesto se buscaría el resarcimiento integral de los perjudicados por el accidente de esquí.[11]

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Mientras que en la extracontractual se delimita en el artículo 1902 CC donde la regla es que se debe reparar todo el daño causado, sin tener en cuenta la gravedad de la conducta del causante.

Tras el breve repaso de todas las características y diferencias entre ambos tipos de responsabilidad civil examen La conclusión de estas diferencias es que la responsabilidad civil extracontractual es preferente y tiene ciertas ventajas que he ido exponiendo, pero tiene la gran desventaja de tener un plazo de prescripción de tan solo un año, lo que en la práctica supone un problema, pues si los perjudicados lo desconocen puede que no lleguen a tiempo a reclamar. Este argumento determina que tanto por desconocimiento o desidia del perjudicado o de sus abogados, se acuda a la responsabilidad civil contractual que tiene un plazo mayor, de cinco años, lo que supone que se pierdan todos esos pequeños privilegios de los que se puedan disfrutar en la responsabilidad extracontractual.

Para considerar un daño sufrido como objeto de responsabilidad civil contractual en el caso de los esquiadores que sufren un accidente tienen que darse cuatro requisitos, según lo que hemos expuesto anteriormente.

El primer requisito se centra en la necesaria existencia del contrato entre las partes. Para utilizar una estación de esquí y poder disfrutar de las instalaciones existentes en ella debe abonarse el correspondiente forfait con el cual se permite tanto el acceso como el uso de las instalaciones, especialmente de los telesillas que sirven para poder subir a la parte superior de la pista e iniciar el descenso. También conlleva el seguro que viene asociado al mismo, y que cubre la atención primaria, y la asistencia sanitaria en caso de accidente dentro de las pistas, al ser un deporte que conlleva un riesgo y que puede provocar accidentes en caso de no ser realizado con una diligencia apropiada por parte de los esquiadores. Además, si la persona no tiene el material necesario para realizar el deporte, dentro de este forfait, se incluye pagando una cantidad extra la posibilidad de alquilar un equipo y se pueda esquiar. En resumen, podemos afirmar que hay un contrato entre el esquiador, que quiere disfrutar de las instalaciones, y la estación de esquí.

Otro de los requisitos es que sea un contrato válido. Suponemos que se cumplirá este requisito pues si se ha abonado el forfait para poder disponer de las instalaciones y la empresa ofrece el uso de sus pistas a cambio de la retribución económica implica que es un contrato celebrado entre ambos de forma válida puesto que el consentimiento se prestado de forma lícita.

El tercer requisito se centra en que el contrato produce efectos entre las partes que los otorgan, como indica el artículo 1257 del Código Civil. Hay una vinculación entre la estación y las víctimas. Tras el abono por las víctimas por el uso de la estación ambas partes se comprometen a realizar una serie de acciones y también a asumir una responsabilidad hacia los usuarios de las instalaciones durante el tiempo en el que el contratante disfrute de las instalaciones de esquí.

Por último, está la cuestión de que el daño derive del incumplimiento del contrato. Este punto es el que más problemas plantea, y ello porque expondré y determinaré que clase de responsabilidad beneficia más al esquiador y si se puede

conseguir la aplicación del mismo por las condiciones del accidente, y, el plazo otorgado para reclamar la responsabilidad civil de la estación de esquí. Para ello acudiremos a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que puedan arrojar un poco de luz sobre el supuesto.

III. EL CONTRATO DE TRANSPORTE Y SUS DEBERES GENERALES DE PROTECCIÓN. JURISPRUDENCIA DEL TS EN CASOS SIMILARES

Resulta interesante echar un vistazo a la STS de 20 diciembre 2004.[12] El supuesto de hecho de ésta se centra en una agresión que se realizó dentro de una estación de metro de Hospitalet de Llobregat en Barcelona. Resulta evidente que una vez que los usuarios acceden a las instalaciones de la estación, la empresa y los servicios de seguridad deben realizar las medidas oportunas para mantener su seguridad. Y en este caso no resultó así, pues se produce una agresión a una usuaria y no había en esa parada ni empleados de metro ni vigilantes de seguridad. La usuaria-víctima estaba desprotegida, llegando incluso a recorrer 45 metros sin que nadie pudiese prestarle ayuda. Parada donde, además, la presencia de seguridad era necesaria por los antecedentes delictivos que se habían producido en ella.

El dato fundamental se centra en que la agresión se produce sin lugar a dudas dentro de la órbita del contrato de transporte. Servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva por la Compañía "Ferrocarril Metropolitá de Barcelona, S.A.".

La sentencia sienta doctrina al declarar que, al comprar tu billete de metro, no solo se abona la realización del viaje en tren de una estación a otra, sino que desde que se entra en las instalaciones se debe ofrecer una serie de servicios (de información para llegar al destino), de vigilancia y seguridad que te puedan ayudar o proteger ante cualquier altercado o problema que te pueda surgir, y, de limpieza para mantener las estaciones en un estado higiénico óptimo. El Alto Tribunal insiste en la importancia de los "deberes de protección" que deben incluirse en el contrato puesto que la compañía de transportes está obligada a velar por la seguridad de los usuarios en la utilización de los servicios que la compañía gestiona.

La doctrina sentada por esta sentencia nos recuerda la *función integradora* del contrato, contenida en el artículo 1258 CC que amplía el contenido obligacional expresamente pactado por los interesados *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

Precepto que tiene como finalidad la protección de la parte contractual más débil, y es consecuencia de una *concepción social de la función del contrato*. Así pues, el artículo 1258 CC establece que hay especiales deberes de conducta en favor de la parte más débil y que en los deberes de protección que asume metro incluye la protección mediante funciones de vigilancia y control, que en este caso claramente no se llevaron a cabo. Se le imputa a la compañía de transporte el haber "incurrido en una grave omisión que ha permitido que se produjera un resultado dañoso previsible"

Este supuesto de hecho de la STS es totalmente extrapolable al abono del forfait en una estación de esquí. Indirectamente, nos pone de manifiesto que desde el

momento de su abono no solo se está pagando la utilización de los telesillas, que te llevan a la pista del nivel que desees, sino también la utilización de todos los servicios de las instalaciones, como puede ser los servicios de información y ayuda del equipo de personas que te posibilitan realizar la actividad de esquí, como todo lo relativo a la propia estancia en la pista de esquí. Aquí se incluye a los encargados del correcto funcionamiento de toda la maquinaria, de todo tipo de personal, sin olvidar al equipo médico que pueda desplazarse y llegar a tiempo a ayudar a los esquiadores en caso de que haya cualquier accidente.

En el caso de la noticia del accidente de Astún, la estación de esquí deberá probar que todos los remontes mecánicos, las cintas transportadoras, los cables metálicos, los telesquíes y los telesillas funcionaban de forma correcta, lo cual reduce bastante el número de posibilidades que pudieron fallar y llevar a que los esquiadores terminasen siendo objeto del accidente. Además, deberán probar que han cumplido sus obligaciones contractuales en todo momento (revisiones periódicas de los mecanismos…).

Un supuesto similar, a este accidente es el que tiene por objeto la STS de 23 de marzo de 1988[13] que trata de un caso en el que un esquiador tuvo un accidente mientras se encontraba esquiando en la pista de esquí de Baqueira Beret y en el que la estación de esquí no informó a los esquiadores de forma puntual y veraz.

El esquiador formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Viella contra la estación de esquí y su aseguradora, reclamando una indemnización por los perjuicios derivados de las lesiones que contrajo en el accidente. En dicha instancia se condenó a la estación y a la aseguradora a satisfacer al actor la indemnización por los días de baja, los gastos de curación, los de adecuación de su vivienda habitual, y las secuelas de su paraplejia. El asunto pasó posteriormente a la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona tras el recurso de apelación de tanto actor como parte demandada, en esta instancia, se absolvió a la aseguradora y condenó a Baqueira Beret al pago de quince millones trescientas noventa y dos mil seiscientas sesenta y cinco pesetas, resolución contra la que se interpuso recurso de casación por parte de Baqueira Beret S.A.

El TS declaró que no había lugar al recurso, y ello porque señaló que, al ser una empresa destinada a la explotación de un valle destinado a la práctica del esquí, su misión es la de llevar a cabo actividades encaminadas a facilitar su práctica y, por ello, la empresa debe tener las pistas debidamente acondicionadas, numeradas y señalizadas mediante el oportuno balizamiento y que si, tal y como ha reconocido el representando legal de Baqueira, que antes de abrir se comprueba que las pistas se encuentren en buenas condiciones, dice el TS que "era obligación suya que si alguna pista se encontraba helada o no estaba en condiciones tendrían que haberla cerrado al público colocando vallas o cuerdas y haberlo informado en carteles y altavoces".

Posteriormente, la STS declara que la estación de esquí debería haber cumplido todas las funciones integradoras del contrato que hemos aludido más arriba, con base en el art. 1258 CC, y que, contrario a que lo que creía la empresa de que sus funciones se limitaban al transporte, el Tribunal establece que: "las obligaciones asumidas por Baqueira Beret, S. A. y aceptadas por sus clientes no se circunscribían como aquélla entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a

las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas".

Por estos motivos se desestimó el recurso en su totalidad y se impuso a Baqueira las costas.

En resumen, la estación de esquí tiene como obligación fundamental la de comprobar continuamente el estado de las pistas para preservar la seguridad de los esquiadores que estén disfrutando de las instalaciones. En caso de que una de las pistas no esté en un estado óptimo para poder descender por ella debería ser cerrada de una forma clara, para que las personas presentes puedan saber que dicha pista es peligrosa y no utilizarla. La estación de esquí debe asegurarse de que la información sea clara y llegue a los esquiadores mediante el vallado de la pista, la correcta señalización de que dicha pista está fuera de servicio, y, la colocación de paneles informativos, o, incluso el uso de altavoces en caso de que la estación de esquí disponga de ellos.

En conclusión, el pago de la estación de esquí, y, especialmente por el tipo de deporte que es, origina que las obligaciones contractuales entre la estación y la persona que pretende esquiar *no se limiten al simple uso de las instalaciones, sino que conlleva una serie de medidas de seguridad que deben ser llevadas a cabo por la estación de esquí y que están incluidas dentro del contrato que firman ambas partes al realizar el pago y la entrega del abono de acceso a las instalaciones*.

IV. ACCIDENTE REGISTRADO EN LA ESTACIÓN DE ESQUÍ DE ASTÚN: ROTURA DEL ENGRANAJE DEL TELESILLA

El origen del accidente objeto de análisis se ha producido, según los primeros indicios que relatamos dos días después de haberse producido el accidente, al salirse de su *engranaje la rueda que sujeta las sirgas del telesilla en la pista de Canal Roya,* y donde se vieron afectadas una treintena de personas, de las que dos resultaron con heridas de gravedad y ocho leves.

Evidentemente estamos ante uno de los principales deberes de protección del contrato realizado con la estación de esquí de los que estamos hablando.

Los esquiadores quedaron expuestos por el gran riesgo que supone el haberse salido de su *engranaje la rueda que sujeta las sirgas del telesilla en la pista.* Daños de los que es responsable la estación de esquí y que conlleva una indemnización para nuestro esquiador accidentado.

¿Estaríamos ante un caso fortuito? ¿Llevaba la estación de esquí una relación de las necesarias revisiones de la maquinaria? Suponemos que sí, porque las no revisiones o las mal efectuadas originan daños que son totalmente previsibles y evitables, por el peligro que entrañan.

En principio, y según lo expuesto consideramos que estaríamos ante un supuesto de *responsabilidad civil contractual por incumplimiento de los deberes esenciales de la propia estación de esquí, al no haberse llevado a cabo las medidas de seguridad necesarias y pudiendo exigir los esquiadores una indemnización acorde a las lesiones sufridas*.

Según señala el Heraldo de Aragón, para dilucidar las causas del suceso se han abierto tres investigaciones por parte del Gobierno de Aragón, la propia estación y la Policía Judicial de la Guardia Civil de Huesca.[14]

Desde el Gobierno de Aragón han confirmado que la instalación había pasado las inspecciones pertinentes; *la ordinaria*, antes de empezar la temporada, de la que se encarga la empresa y manda la documentación al departamento correspondiente, en este caso el de Transporte y Fomento. Y, *la exhaustiva*, que se produce cada cinco años y en la que se desmonta "pieza a pieza", el Ejecutivo ha verificado también que se hizo en 2021. Ahora queda pendiente que el jefe de sección de Transporte por Cable se desplace hasta a la estación invernal con la guardia civil a inspeccionar *in situ* la instalación y tratar de aclarar "lo que pasó".

Además, la empresa se ha encargado de otro informe cuyo resultado deberá trasladar a la Diputación General de Aragón.

Por su parte la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Huesca se ha encargado de otra investigación que pondrá en conocimiento del Juzgado de Instrucción 2 de Jaca en un atestado una vez que esté concluido.

Responsabilidad exigible que origina la indemnización de los daños causados a los esquiadores, pues recordemos que han sido una treintena de personas las que se han visto afectadas, de las cuales dos resultaron con heridas de gravedad y ocho leves.

V. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES (CORPORALES Y MORALES)

Los daños no patrimoniales son aquellos que carecen de notas pecuniarias y dentro de estos encontramos: por un lado, los daños no patrimoniales no personales que son los infringidos a la persona jurídica; y, por otro lado, los daños no patrimoniales personales que incluirían los daños corporales y los daños morales.

Los daños personales corporales serán aquellos daños que produzcan cualquier alteración que de alguna forma afecte a la salud de quien los sufre, puede ser corporal o psíquico, o que reduzca la integridad personal del afectado.

Estos daños, deberán ser probados, para su reparación, con datos objetivos. La intervención médica mostrará las repercusiones, además de establecer el nexo de causalidad y argumentará las secuelas o el tratamiento correspondiente en cada caso.

Señala YZQUIERDO TOLSADA[15] que es tendencia que los daños corporales surgidos se reclamen a través de la responsabilidad civil extracontractual a pesar de que el daño derive de un contrato. Además, se suele introducir la indemnización por la pérdida de ganancias presentes y futuras.

En esta materia es referente la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados[16] ya que supuso una innovación en la reparación de los daños personales por responsabilidad civil en el campo de los accidentes de tráfico. Esta aportó un sistema de valoración y reparación de los daños y perjuicios causados a las personas a través de un seguro obligatorio que reparase al menos los daños corporales o materiales ocasionados en los supuestos

de accidentes de tráfico. Esta normativa ha sido actualizada con la Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación añadiendo dos principios fundamentales: el primero, el principio de reparación íntegra, el cual tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos; y, el segundo, el principio de vertebración que requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales[17].

Los daños personales morales son aquellos que afectan a bienes o derechos asociados a la esfera íntima espiritual de la persona. Estos daños son difícilmente reparables, ya que no puede borrarse el daño realizado al honor, a la reputación, a la vida, al físico, pero sí que se consideran indemnizables a raíz de la STS 142/1912 de 6 de diciembre de 1912[18]. En dicha sentencia el Alto Tribunal sentó doctrina reconociendo el derecho protegido, recalcando la necesidad de regulación de la responsabilidad civil que surge como consecuencia de estos daños, amparó el caso en la regulación existente pese a no existir norma expresa, determino que la indemnización tenía función resarcitoria y determinó que el quantum indemnizatorio debería valorarse por el juzgado en atención a las circunstancias y necesidades de cada caso[19].

Sin embargo, la vía de reparación de los daños siempre es la misma, lo será de forma económica, aunque su cuantificación presenta problemas, ya que en la valoración de los daños influirá una valoración subjetiva, por ejemplo, en el supuesto de daños físicos dos médicos diferentes podrían valorar de forma distinta unas secuelas estéticas o funcionales. Aun así, la producción de un daño físico, como consecuencia de la jurisprudencia existente y el seguimiento del baremo establecido en la ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación[20], es más fácil de cuantificar que la producción de un daño al honor en donde habrá que acreditarse el daño psíquico causado así como identificar cómo se ha visto afectado el desarrollo normal de su día a día.

VI. POSIBILIDAD DE CONSIDERAR EL HECHO DENTRO DEL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. PRESCRIPCIÓN

En la STS de 10 de junio de 1991 se analiza el supuesto de un joven de 16 años que había pagado el forfait y estaba utilizando las instalaciones, y sufrió un accidente por un descarrilamiento y caída del cable de la instalación por causas no suficientemente determinadas. Como consecuencia de ello se le causó lesiones graves que le dejaron secuelas neurológicas en la extremidad superior derecha consistentes en una parálisis braquial casi completa que le impidieron el normal desarrollo de su vida y actividades laborales y lectivas.

En esta sentencia se determina que la culpa del demandado «no nace de un defectuoso cumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato de transporte (…) sino de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones (…) de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de

una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación…».

Por lo tanto, vemos que hay una línea muy fina entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual y que ni si quiera el Supremo se consigue poner de acuerdo, al catalogar supuestos muy similares en una u otra sin definir bien la diferencia.

La cuestión de la determinación de la responsabilidad civil como contractual o extracontractual es importante en relación con la prescripción, por la diferencia entre 5 y 1 año que hay entre ambos tipos de plazos prescriptivos de las acciones derivadas de uno u otra responsabilidad.

En principio hay que concretas cuál es el *dies a quo* del plazo (cuando comienza a contar), si es desde que se produce el accidente, o, desde que lo supo el perjudicado. Respecto a esto el artículo 1968, 2.º CC establece que "…prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado".

Cuestión que puede ser importante, sobre todo si las personas perjudicadas por el accidente, no tienen la oportunidad de reclamar la acción antes, debido a su condición médica y a que no podía conocer su estado de salud de forma definitiva hasta que le llegó el parte de lesiones definitivo. Aunque en este caso, de las 10 personas que tuvieron que ser asistidas en diversos centros médicos, 8 fueron dadas de alta en seguida y las dos jóvenes de 18 años que estaban más graves en la UCI, el 20 de enero de 2025 pasaron a planta en los dos centros hospitalarios, continúan estables y su evolución es favorable. Una de las jóvenes está ingresada en planta en el Hospital Miguel Servet y la otra en el Clínico de Zaragoza.

VII. RECLAMACIÓN QUE PODRÍA ENTABLARSE POR LOS PERJUDICADOS CONTRA LA SOCIEDAD TITULAR DE LA ESTACIÓN DE ESQUÍ O CONTRA SU ASEGURADORA

Los perjudicados deberían reclamar contra la estación de esquí, y, subsidiariamente, contra su aseguradora por responsabilidad civil extracontractual pues les favorece más, siempre que no dejen pasar el plazo de un año desde el accidente. Retraso que puede tener su origen, por ejemplo, en la gravedad de las lesiones y el retardo en la realización del parte de lesiones, documento necesario para reclamar la responsabilidad civil.

Se podría sostener esta posibilidad recurriendo a la STS ya vista de 10 de junio de 1991, al ser un supuesto en el que aun habiendo fallos claros en las instalaciones de la pista de esquí consideraron que el accidente no estaba dentro de la relación contractual. Veremos si en nuestro caso objeto de estudio, la propia estación, o, el Gobierno de Aragón, o, la Guardia Civil en sus tres informes prueban o no que todas sus instalaciones funcionaban correctamente.

Más difícil es acreditar que el accidente se ha producido dentro del contrato, como una de las obligaciones que la estación de esquí contrae con los esquiadores, como mantenía la STS de 23 de marzo de 1988.

Y es en este punto donde debemos recordar la posible aplicación los artículos 400 y 71.4 de la LEC. El artículo 400 LEC habla sobre la *preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos,* y, en su apartado primero, establece que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Por otro lado, el artículo 71.4 LEC establece que el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada.

De este modo, los esquiadores para proteger sus derechos podrán solicitar en primer lugar la reclamación derivada de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC), y, de forma subsidiaría la responsabilidad civil contractual, para el supuesto de que el juez considere que no se trata de una responsabilidad civil extracontractual. Así, podrán tener también la opción de recibir la indemnización correspondiente por esta vía, ya que los hechos son de extrema gravedad y las posibles secuelas pueden serlo también.

Por otro lado, de acuerdo con el principio *iura novit curia*, el juez puede determinar el derecho aplicable a una controversia independientemente de las normas que hayan sido solicitadas por las partes, por lo que podrá determinar que se aplique un tipo de responsabilidad u otra según estime conveniente.

En el supuesto de que el juez considerara que los hechos son constitutivos de una responsabilidad civil contractual, llevará el asunto como tal, aunque yo haya establecido en mi fundamentación jurídica que se trata de un caso de responsabilidad civil extracontractual, lo cual quita valor al trabajo de argumentación de los abogados. Así se establece en la STS de 6 mayo 1998, que afirma que: «la moderna jurisprudencia ha acuñado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*». *21*

VIII. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. EL PUNTO DE VISTA DE LA ESTACIÓN DE ESQUÍ

El daño del que venimos hablando, debe estar relacionado con la acción u omisión, concretamente debe existir una relación de causa a efecto, entre la conducta y el daño debe haber relación de causalidad. Es decir, debemos acreditar que el daño se ha ocasionado como consecuencia de la acción u omisión que es la conducta, porque si esta relación no es probada, no surgirá la responsabilidad.

El término *factor de atribución*, hace referencia a las razones que permiten asignarle responsabilidad al deudor por el incumplimiento. Dichos factores pue-

den ser: subjetivos (imputabilidad del incumplimiento por culpabilidad: culpa o dolo) u objetivos (teoría del riesgo).

Hacemos referencia a los factores subjetivos porque el Tribunal Supremo reconoce que nuestro sistema de responsabilidad se asienta en la culpa. La culpa se encuentra definida en el primer párrafo del artículo 1.104 del CC indicando que *la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*. Exigiéndose así que la producción del daño sea reprochable por culpa o negligencia. Además, cuando la obligación no exprese la diligencia debida, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. En relación con el artículo 1.105 del CC, podemos extraer que se responde de los sucesos previsibles y evitables.

En función de la culpa podemos establecer dos modelos de responsabilidad dentro de la imputación subjetiva según lo establecido en los artículos 1902 a 1910 del CC: en primer lugar hablamos de la responsabilidad por culpa probada que es la que encontramos en el artículo 1902 CC; y, en segundo lugar de la responsabilidad por culpa presunta lo cual se establece en el artículo 1903 CC y se determina que ello podría ser bien porque la ley contiene la inversión de la carga de la prueba o porque las circunstancias permiten el juego de las presunciones de hecho. Se añade, por último, la imputación objetiva como modelo de responsabilidad en el cual el demandado solamente logrará exonerarse si demuestra una circunstancia que rompa el nexo de causalidad[22].

Respecto de la *imputación objetiva* como segundo criterio de imputación hablamos de la teoría del riesgo y para ello nos basamos en la STS de 10 de mayo de 2006[23] en la cual se indica: en primer lugar, que para la aplicación de esta doctrina se exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios; y, en segundo lugar, se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, debiendo referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos.

Es decir, este segundo criterio se fundamente en el riesgo que se genera de las actividades que sean peligrosas. Se considera que la creación de una situación de riesgo puede derivar en un daño por culpa de dicho riesgo, por tanto, el creador tiene el deber de indemnizar al sujeto que sufra el daño[24].

Obviamente, a la empresa que gestiona la estación de esquí buscará probar el buen estado de sus instalaciones y la realización correcta de sus servicios. De no conseguirse, querrá pagar la mínima cantidad posible haciendo que las consecuencias del accidente sean lo menos costosas y negativas posible para la empresa.

A pesar de ser un deporte peligroso el esquí, el número de accidentes en España no es demasiado elevado, ni el número de fallecidos. En la temporada de esquí 2021/2022 tan solo hubo10 fallecidos en las estaciones de esquí. Esto es en gran medida por la gran calidad y seguridad que ofrecen las estaciones de esquí en nuestro país y por el gran control que tienen sobre sus instalaciones y clientes. La gran mayoría de accidentes que se producen en las mismas se deben a las imprudencias de los esquiadores, y, por tanto, son totalmente ajenas al control que puede llevar a cabo la estación y fuera de su responsabilidad.

A fin de determinar el tipo de responsabilidad hay que conocer diversas cuestiones, por ejemplo, para incluirlo dentro de la responsabilidad contractual habría

que tener en cuenta las cláusulas que vienen incluidas en el forfait y que pueden suponer la exención o la disminución de la responsabilidad por parte de la empresa en determinados supuestos de accidente, especialmente en los que la estación de esquí no haya tenido responsabilidad directa, como *podría ser un fallo de los telesillas*. Dichas cláusulas son fundamentales de cara a plantear la defensa de la empresa, ya que en función de las mismas puede variar su responsabilidad por el accidente y ayudar a determinar si sería más ventajosa para ella la responsabilidad civil contractual o extracontractual, aplicando las mismas al tipo de accidente para poder sacar una situación ventajosa para la empresa o incluso hacer que no tenga ningún tipo de responsabilidad por el mismo.

Otra cuestión sería analizar si podría haber tenido lugar *alguna negligencia* que se pueda demostrar, siendo fundamental la prueba de su existencia, tales como la existencia de que las instalaciones estuvieran descuidadas, de ahí que se hallan solicitado tres informes de tres partes diferentes, como ya hemos indicado.

Una diferencia entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual es la culpa, ya que mientras en la esfera contractual hay presunción de culpa, bastando con que se prueba que existía esa obligación contractual entre las partes, en la extracontractual hay que probar la culpa del agente. Y, además hay que tener en cuenta la moderación de la culpa, tal y como indica el artículo 1103 del CC "La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos", mientras que en la extracontractual no, incurriendo en responsabilidad integral, no pudiendo limitar la responsabilidad a los daños previstos o que hubieran podido preverse.

En resumen, si la responsabilidad civil extracontractual ofrece un tratamiento más favorable a los perjudicados, la responsabilidad civil contractual puede ser ligeramente más favorable a la estación de esquí, siempre que podamos acreditar que la empresa cumplió totalmente sus obligaciones con el esquiador y que fue este quien cometió algún tipo de error o negligencia que llevó al accidente, no teniendo por tanto la empresa que indemnizar al mismo al haber cumplido ésta con todas las responsabilidad a las que se compromete al contratar una persona el uso de sus instalaciones y aún tras el accidente del esquiador puso a su disposición los medios sanitarios y de auxilio con los que cuenta de cara a salvar la vida de los esquiadores accidentados.

IX. LA DOCTRINA Y EL ACERCAMIENTO ENTRE LAS DOS ESFERAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Son muchas las razones que llevan a una parte de la doctrina a sugerir un acercamiento entre las dos esferas de Responsabilidad Civil y la unificación de los regímenes de resarcimiento. Por un lado, se encuentran las razones de orden sustantivo. La existencia de dos regímenes tan sustancialmente distintos no se justifica en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos reclama una mayor protección de la persona. Si indemnizar es dejar a la víctima indemne, es decir, en la misma situación que antes

de la causación del daño, podrá haber diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores.

Por otro lado, se hallan las razones de orden sistemático. La acción u obligación de que se habla en responsabilidad extracontractual es el incumplimiento del contrato en la responsabilidad contractual. El art. 1.101 CC habla también de causalidad, de daños y de culpa, al igual que lo hace el 1.902 CC. En la STS de 5 de enero de 1949 la jurisprudencia establece que el artículo 1.101 CC sancionador de la infracción contractual es aplicable a toda clase de obligaciones cualquiera que sea su origen.

Por último, se encuentran las razones de orden práctico. Son muy abundantes los casos claros, en los que basta con comprobar la existencia o no de vínculo contractual entre el dañador y la víctima para calificar de responsabilidad. Pero no son pocos los supuestos en los que se discute ante qué tipo de responsabilidad estamos. Se plantean supuestos de demandados cuyos daños encuentran difícil tratamiento en la esfera contractual, pero si encajan en la responsabilidad extracontractual (aunque exista contrato) o, los que, ante una acción extracontractual prescrita tratan de colorear de contractual lo que no lo es. Para ello debemos plantearnos el ámbito de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, tal y como establece YZQUIERDO TOLSADA "si desapareciesen las razones por las que el daño contractual y el aquiliano vienen a ser tratados de manera tan diferente, el problema ya no se plantearía en términos de concurso: ni de pretensiones ni de normas. Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas comunes (…), sino a la misma normativa."

X. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA: DEFENSA QUE PODRÍA TENER EN CASO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA

La Aseguradora a fin de evitar hacer pago alguno a los accidentados acreditará y reiterará que la estación de esquí cumplió con todas las obligaciones contractuales, y que toda la maquinaria e instalaciones estaban funcionando con normalidad.

Habrá que analizar el contrato que liga a la estación de esquí y a la aseguradora. Pues puede ocurrir que en la póliza de seguro se establezca que la aseguradora únicamente cubrirá la responsabilidad civil extracontractual.

XI. CONCLUSIONES

I. Hemos querido poner de relieve en este accidente, como el Tribunal Supremo, resuelve casos y sienta jurisprudencia totalmente contradictoria en casos muy similares.

II. Hay zonas fronterizas entre los dos tipos de responsabilidad, que deberían ser cuanto unificadas evitando las distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual. El daño para el perjudicado es el mismo, sea contractual o extracontractual y lo que éste quiere es que le sea indemnizado acorde a las pérdidas que éste le haya producido, de este modo se unificarían las características de prescripción, prueba, grado, etc.

XI. BIBLIOGRAFÍA

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (3.a ed.). Civitas. 1993.

DIEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil.: Vol. II. Tomo 1*. (10.a ed.). Tecnos. 2015.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, *XLVI*, 2013. 203-214.

REGLERO CAMPOS, L. F.: *Tratado de responsabilidad civil* (3.a ed.). Thomson Reuters Aranzadi. 2006.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual" en *Derecho de Daños. Tomo I.* Tirant Lo Blanch. 2021. pp. 55-94.

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (6.a ed.). Dykinson. 2020.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. (2.ª ed.). Dykinson. 2016.

XII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, sentencia de 10 de mayo de 2006 (ref. RJ 2006/3967)
- STS, Sala Primera, sentencia de 20 de diciembre de 2004. Número Sentencia: 1193/2004 Número Recurso: 3605/1998. Ponente: Antonio Romero Lorenzo.
- STS, Sala Primera, sentencia de 6 mayo 1998. Num. 394/1998. Ponente: José Luis Albácar López. TOL7.581
- STS, Sala Primera, sentencia de 10 de junio de 1991. Núm. 451. Ponente: Pedro González Poveda.
- STS Sala de lo Civil de 23 de marzo de 1988. Ponente Antonio Sánchez Jauregui
- STS, Sala Primera, sentencia 75/1969 de 24 de julio de 1969, FJ único.
- STS, Sala Primera, sentencia de 5 de enero de 1949 Ponente: Acacio Charrín y Martin Veña. Numroj: STS 16/1949. Ecli: ECLI:ES:TS:1949:16.
- STS, Sala Primera, sentencia 142/1912 de 6 de diciembre de 1912

XIII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Código Civil
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 Código Civil
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo de la Ley Concursal
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
- Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

NOTAS

[1] SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual" en *Derecho de Daños. Tomo I*. Tirant Lo Blanch. 2021. pp. 55-94. Y, REGLERO CAMPOS, L. F.: *Tratado de responsabilidad civil* (3.a ed.). Thomson Reuters Aranzadi. 2006.

[2] STS, Sala Primera, Sección Primera, de 5 de enero de 1949. Ponente: Acacio Charrín y Martin Veña. Numroj: STS 16/1949. Ecli: ECLI:ES:TS:1949:16, que ya señaló que "CONSIDERANDO que ni por el texto del artículo 1.101 del Código Civil ni por la sentencia antes citada que le interpreta, puede sostenerse que sus preceptos sean aplicables solamente a las obligaciones contractuales, ya que se refiere a todas las obligaciones sin distinguir su origen, y, por lo tanto, alcanza igualmente a todas las obligaciones que, según el artículo 1.039 del mismo Cuerpo, no nacen solamente de los contratos, sino también de los actos y omisiones ilícitos…"

[3] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (6.a ed.). Dykinson. 2020.

[4] Numerosas sentencias amparan esta definición, tales como la Sentencia del Tribunal Supremo 7088/1986 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de diciembre de 1986; Sentencia del Tribunal Supremo 7354/2008, (Sala de lo Civil, Sección 1), de 22 de diciembre de 2008; o, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1969.

[5] STS 75/1969 de 24 de julio de 1969, FJ único.

[6] GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, *XLVI*, 2013. 203-214.

[7] YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. (2.ª ed.). Dykinson. 2016.

[8] GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas"… cit. pp. 203-214.

[9] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual. … cit.*

[10] Nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado in natura o por medio del equivalente económico, en esta línea, el Tribunal Supremo en sentencia 247/2015 declara:

"La entidad del resarcimiento abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como *restitutio in integrum*.

Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 viene condicionada a una doble contingencia: *la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio* (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994); asimismo, ha manifestado que la cuestión relativa a la existencia o no de daños y perjuicios es de mero hecho y, por tanto, la apreciación de la misma corresponde al Tribunal de instancia"

[11] Hablamos de desproporcionalidad en el resarcimiento cuando se fija un quantum indemnizatorio superior al daño causado.

En este escenario, hacemos nuestras las palabras del Tribunal Supremo en sentencia 420/2020, la cual establece:

"En los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil se establecen tales límites. Y así, en el art. 10:104, bajo el epígrafe «reparación en forma específica», se señala que: «En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte». Y, en el

art. 10:203, concerniente a la «pérdida, destrucción y daño de cosas», norma, en su apartado (1), que: «Cuando una cosa se pierde, destruye o daña, la medida básica de la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable». En los daños materiales, la reparación del objeto dañado es la forma ordinaria de resarcimiento del daño sufrido. Ahora bien, este derecho a la reparación in natura no es incondicional, sino que está sometido a los límites de que sea posible —naturalmente no es factible en todos los siniestros— y que no sea desproporcionado en atención a las circunstancias concurrentes. O dicho de otra manera, siempre que no se transfiera al patrimonio del causante una carga económica desorbitante. La forma de resarcimiento del daño pretendida ha de ser razonable y la razón no se concilia con peticiones exageradas, que superen los límites de un justo y adecuado resarcimiento garante de la indemnidad de la víctima. En definitiva, el derecho del perjudicado a obtener la reparación del daño como cualquier otro no puede ser ejercitado de forma abusiva o antisocial (art. 7 del CC), sino que queda circunscrito a la justa compensación, encontrando sus límites en la proporcionada satisfacción del menoscabo sufrido al titular del bien o derecho dañado. Incluso, la sentencia 79/1978, de 3 de marzo, que se viene citando como manifestación de un incondicionado derecho de opción del perjudicado para exigir la reparación in natura, utiliza como razonamiento la proximidad del precio del valor de reparación del vehículo siniestrado y el de sustitución de otro similar en el mercado, al señalar que «[…] como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente, como se da por acreditado en el quinto considerando de la sentencia de primer grado»; es decir, que la precitada resolución no dejaba de contemplar ni, por lo tanto, descartaba que fueran objeto de ponderación y correlativo tratamiento específico los supuestos de antieconómicas reparaciones"

[12] STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de diciembre de 2004. Número Sentencia: 1193/2004 Número Recurso: 3605/1998. Ponente: Antonio Romero Lorenzo.

[13] STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de marzo de 1988. Ponente Antonio Sánchez Jauregui.

[14] https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2025/01/20/heridas-graves-accidente-telesilla-astun-salen-uci-1793438.html

[15] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual. 2016… cit.*

[16] Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-1995-24262

[17] Artículo 33 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=-BOE-A-2015-10197

[18] Sentencia del Tribunal Supremo 142/1912, de 6 de diciembre de 1912, FJ único.

[19] YZQUIERDO TOLSADA, M. *Responsabilidad Civil Extracontractual. 2022… cit.*

[20] Debemos destacar que este baremo tiene una aplicación orientativa con otros sectores o ámbitos diferentes a los accidentes de circulación y así lo señala la Sala del Tribunal Supremo en su sentencia n.º 223/2013, de 12 de abril, (ref. ECLI:ES:TS:2013:1907): *«(...) si bien es cierto que la sentencia de 2 de marzo de 2006 (ref. 2194/99) citada en el motivo mantuvo, como otras anteriores, que el criterio de valoración no era aplicable en ámbitos de la responsabilidad civil ajenos a la circulación de vehículos a motor, no lo es menos que posteriormente, y hasta ahora, la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante de sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones»*.

[21] STS, Sala Primera, sentencia de 6 mayo 1998. Num. 394/1998. Ponente: José Luis Albácar López. TOL7.581

[22] Entre otros: DIEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil.: Vol. II. Tomo 1*. (10.a ed.). Tecnos. 2015; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*

(3.a ed.). Civitas. 1993; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). *Responsabilidad Civil Extracontractual… cit.*

[23] *«[c]on reiteración esta sala ha declarado que la aplicación de la doctrina del riesgo como fundamento de la responsabilidad extracontractual exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (SSTS de 6 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9636]; de 24 enero de 2003 [RJ 2003, 612]), circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad (SSTS de 13 de marzo de 2002 [RJ 2002, 1890]; de 6 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 6745], entre otras). Se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC (LEG 1889, 27), el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley (S. 3-IV2006); reproche que, como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745), ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumplen, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto»*.

[24] DIEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil.: Vol. II. Tomo 1*. (10.a ed.). Tecnos. 2015.

1.7. Concursal civil

El plan de pagos tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre[1]

The payment plan after Law 16/2022, of September 5

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El concurso del deudor persona física puede concluir mediante convenio, mediante liquidación (con exoneración del pasivo insatisfecho, en su caso) o mediante un plan de pagos. Esta tercera solución al concurso de persona física es objeto de estudio en este trabajo en lo relativo a la naturaleza y contenido del plan de pagos, su duración, su aprobación y su posible impugnación, así como su eficacia. Mediante el plan de pagos se produce una reestructuración del pasivo que la ley considera exonerable mediante quitas forzosas o aplazamientos en los pagos. El pasivo no exonerable debe satisfacerse por el deudor a sus vencimientos y no es objeto del plan de pagos. Mientras que los deudores que titulen deuda exonerable únicamente pueden solicitar la revocación de la concesión provisional del beneficio de la exoneración, los acreedores que titulen deuda no exonerable mantienen sus acciones frente al deudor. Como señala la ley, las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal. Con la eficacia de la resolución que aprueba el plan de pagos, cesan los efectos de la declaración de concurso, siendo sustituidos por los que establezca el propio plan de pagos (p.e., limitaciones en las facultades de administración o disposición del deudor). No obstante, se mantiene la prohibición de devengo de intereses, salvo para los créditos con garantía real hasta el valor de la misma.

ABSTRACT: The bankruptcy of a natural person debtor may be concluded by means of an agreement, by liquidation (with discharge of the unsatisfied liability, if applicable) or by means of a payment plan. This third solution to the bankruptcy of a natural person is the subject of study in this work in relation to the nature and content

of the payment plan, its duration, its approval, and its possible challenge, as well as its effectiveness. Through the payment plan, a restructuring of the liability that the law considers exonerable occurs through forced reductions or deferrals in payments. The non-exonerable liability must be satisfied by the debtor when due and is not the subject of the payment plan. While debtors who hold exonerable debt can only request the revocation of the provisional concession of the benefit of the exoneration, creditors who hold non-exonerable debt maintain their actions against the debtor. As the law states, the declaratory and enforcement actions of creditors of non-dischargeable debt or of new obligations assumed by the debtor during the term of the payment plan will be exercised before the bankruptcy judge through the procedures of the bankruptcy incident. With the effectiveness of the resolution approving the payment plan, the effects of the declaration of bankruptcy cease, being replaced by those established by the payment plan itself (e.g., limitations on the debtor's powers of administration or disposal). However, the prohibition of accrual of interest remains, except for credits with real guarantee up to the value of the same.

PALABRAS CLAVE: Plan de pagos, exoneración del pasivo insatisfecho

KEYWORDS: Payment plan, fresh start

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MOMENTO PARA SOLICITAR LA SOLUCIÓN DEL CONCURSO MEDIANTE PLAN DE PAGOS.—III. REQUISITOS DE LA SOLICITUD.—IV. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL PLAN DE PAGOS.—V. DURACIÓN DEL PLAN DE PAGOS.—VI. APROBACIÓN DEL PLAN DE PAGOS.—VII. ÍMPUGNACIÓN DEL PLAN DE PAGOS. LEGITIMACIÓN Y CAUSAS. 1. El plan de pagos no garantiza el pago de la parte de crédito que habría sido satisfecha en la liquidación concursal. 2. El plan de pagos no incluye la realización y aplicación al pago de activos no necesarios para la actividad empresarial o de la vivienda habitual. 3. Se formula oposición al plan por acreedores que representen el 80 % del pasivo exonerable. 4. el plan de pagos no destine al pago de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que exceden del mínimo legalmente inembargable. 5. No concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración.—VIII. EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DEL PLAN DE PAGOS.—IX. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE PAGOS.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El deudor persona natural, sea o no empresario, puede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos y sin previa liquidación de la masa activa. Se trata de la tercera solución al concurso de persona física (convenio, liquidación o ejecución colectiva con posible exoneración posterior del pasivo insatisfecho, o plan de pagos).

Al plan de pagos se refiere la Subsección 1.ª, de la Sección 3.ª, del Capítulo II, Título XI, Libro Primero del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en la versión que le ha dado la Ley

16/2022, de 5 de septiembre, por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva de Reestructuración e Insolvencia), artículos 495 a 500 bis TRLC.

II. MOMENTO PARA SOLICITAR LA SOLUCIÓN DEL CONCURSO MEDIANTE PLAN DE PAGOS

Aunque la Ley no lo indica, es preciso para que pueda solicitarse la exoneración del pasivo insatisfecho que se haya declarado el concurso y tramitado la fase común (con formación del inventario y de la lista de acreedores). Así, de acuerdo con el artículo 296 bis TRLC "dentro de los quince días siguientes al de presentación del informe de la administración concursal con los documentos anejos, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto poniendo fin a la fase común del concurso, con simultánea apertura de la fase de liquidación si todavía no estuviera abierta". Pero la apertura de la liquidación no procederá si se hubiera presentado propuesta de convenio, esté o no admitida a trámite o si se hubiera solicitado la exoneración del pasivo insatisfecho con arreglo a un plan de pagos (art. 296 bis.2 en relación con los artículos 486.1.º y 495 TRLC).

Parece, pues, pese a las dificultades de interpretación sistemática que plantean los artículos 296.bis, 413.1.3.º, 415.1, 495.2 TRLC, que debe entenderse que "la solicitud de exoneración mediante plan de pagos puede presentarse en cualquier momento antes de que se acuerde la apertura de la fase de liquidación de la masa activa y, por otro, que en esta especial modalidad de exoneración el derecho a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, si concurren los presupuestos y requisitos establecidos en la ley" no nace como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación "sino desde la misma declaración de concurso". De manera que "paralelamente a la solicitud de exoneración por esta modalidad el concurso seguirá tramitándose y, si no se hubiera presentado aún, deberá presentarse el informe provisional, presentar los textos definitivos si hubiere lugar a ello, dictarse la resolución que ponga fin a la fase común, formarse la sección de calificación y resolverse la misma. Solo tras ello podrá decidirse la solicitud de exoneración", de manera que "lo único que se paraliza por haberse presentado esta solicitud es la apertura de la fase de liquidación" [2].

III. REQUISITOS DE LA SOLICITUD

El artículo 495.1 TRLC indica que en la solicitud el deudor deberá aceptar que la concesión de la exoneración se haga constar en el Registro Público Concursal durante el plazo de cinco años o el plazo inferior que se establezca en el plan de pagos, debiendo acompañarse a la solicitud las declaraciones presentadas o que debieran presentarse del IRPF correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, y las de las restantes personas de su unidad familiar. A la solicitud debe acompañarse la propuesta de plan de pagos y, en su caso, el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor

o de la nueva que pretenda emprender, con relación de los bienes y derechos que considere necesarios para el desarrollo de una u otra.

El escrito en que se solicite la exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos debe presentarse "con firma de Abogado y de Procurador por ser preceptiva su postulación conforme establece el artículo 510 TRLC", debiendo personarse expresamente en el procedimiento caso de no estar personado el deudor, y debiendo acreditar en dicho escrito que cumple "con los presupuestos y requisitos para ser considerado un deudor de buena fe"[3].

El requisito de aportar las declaraciones del IRPF "guarda relación con el análisis objetivo que debe de realizarse… sobre el cumplimiento futuro del plan" (art. 498.2 TRLC)[4]. De hecho de la aportación de tales declaraciones o de su inexistencia "pudieran deducirse obligaciones de alimentos para el concursado que habrá que considerar a la hora de hacer el juicio de ponderación para el cumplimiento objetivo del plan que requiere la norma"[5].

IV. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL PLAN DE PAGOS

En relación con la naturaleza del plan de pagos el Tribunal Supremo en STS 1379/2022, de 6 de abril de 2022, y con relación al texto del TRLC anterior a la Ley 16/2022, había señalado:

"Efectivamente, la ley no especifica en qué consiste un plan de pagos, pero la propia significación de los términos empleados, así como el contexto de la expresión y finalidad de la institución permiten delimitar sus contornos. Desde el punto de vista gramatical, "plan de pagos" da idea de cómo se piensan satisfacer unas obligaciones. El contexto, una exoneración de deudas en cinco años, durante los cuales han de satisfacerse una serie de obligaciones no afectadas por la exoneración, muestra que este plan ha de explicar de qué forma se realizará el pago de estas obligaciones durante estos cinco años …".

Son varios los extremos que debe contemplar el plan de pagos, de acuerdo con el artículo 496 TRLC.

En primer lugar, *el calendario de pagos de los créditos exonerables*, que según la propuesta del deudor, vayan a ser satisfechos dentro del plazo establecido para el plan, el cual puede extenderse hasta cinco años, según los casos (art. 497 TRLC). Por definición, el plan de pagos no permitirá el pago de toda la deuda exonerable (que lo es toda aquella no incluible en el artículo 489 TRLC), sino que supone una reestructuración de la deuda exonerable con previsión de quitas forzosas para los acreedores, además de aplazamientos en los pagos. Como señala el artículo 499.1 TRLC, la exoneración se extenderá a la parte del pasivo exonerable que conforme al plan, vaya a quedar insatisfecha[6].

Toda la deuda exonerable vence anticipadamente con la resolución judicial que conceda la exoneración provisional (art. 496.bis.1 TRLC), pero al mismo cabe aplazar el pago de la misma según el calendario que prevea el deudor

En el pago de esta deuda exonerable deberá respetarse el orden de pago de los créditos legalmente establecido (arts. 429 a 440 TRLC), salvo que el acreedor preterido o postergado preste su consentimiento expreso, consentimiento este que debería aportarse junto con el plan de pagos para su valoración judicial.

Podrán preverse en el plan de pagos la realización de daciones en pago de bienes o derechos a los acreedores de créditos exonerables pero siempre que dichos bienes o derechos no resulten necesarios para la realización de la actividad empresarial o profesional que piense continuarse o emprenderse, que su valor razonable, calculado conforme a lo previsto en el artículo 273, sea igual o inferior al crédito que se extingue o, en otro caso, que el acreedor integre la diferencia en el patrimonio del deudor y siempre que se cuente con el consentimiento o aceptación del acreedor, consentimiento o aceptación que deberá aportarse junto con el plan de pagos para su valoración judicial. Dichas daciones en pago también deberán respetar el orden de pago de los créditos legalmente establecido.

El plan podrá establecer pagos de cuantía determinada, de cuantía determinable en función de la renta y recursos disponibles del deudor o combinaciones de unos y otros.

En segundo término, el plan de pagos deberá *relacionar en detalle los recursos previstos* para su cumplimiento, así como para la satisfacción de la deuda no exonerable a sus vencimientos, de las nuevas obligaciones por alimentos, de las derivadas de la subsistencia del deudor o las obligaciones que genere su actividad empresarial o profesional. Dichos recursos consistirán en la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor y la vivienda habitual del deudor y su familia (arts. 498.bis.1.2.º y 497.2.1.º TRLC), salvo que la duración del plan de pagos se extienda a cinco años para conservar la vivienda habitual y ello sea aceptado por los acreedores (*arg*. *ex* art. 498.bis.1.2.º TRLC)[7], prestando especial atención a la renta y recursos futuros disponibles del deudor y su previsible variación durante el plazo del plan.

En todo caso, el plan de pagos no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor (art. 496.2.4.º TRLC).

Finalmente, el plan de pagos deberá incluir *el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender*, indicando los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para una u otra.

V. DURACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

El artículo 497 del TRLC es el que regula esta cuestión indicando que "la duración del plan de pagos será, con carácter general, de tres años. No obstante, la duración del plan de pagos será de cinco años en los siguientes casos: 1.º Cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda de su familia. 2.º Cuando el importe de los pagos dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor".

La doctrina científica se ha planteado si el precepto quiere significar que los planes de pagos pueden "ser sólo de tres o cinco años, sin término medio"[8].

GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG consideran que "la lectura del precepto merece una interpretación flexible que enlace el texto de la Directiva con la reforma y que, con base en la facultad que el artículo 498.2 TRLC concede al juez para aprobar el plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones

que estime oportunas, se permita en la práctica judicial que la duración del plan de pagos pueda ser inferior a los tres o cinco años (en los supuestos excepcionales del art. 497.2 TRLC) cuando se proponga por el propio deudor o se verifique por el juez que éste presenta las condiciones económicas para hacer frente a la totalidad de las deudas exonerables en unos plazos inferiores" ya que "no tiene sentido, … prolongar el riesgo de impago a los acreedores afectados"[9].

Sin embargo, para SENDRA ALBIÑANA "la duración del plan de pagos no se establece como fórmula máxima sino como duración incontestable e invariable del plan de pagos para cada uno de los supuestos regulados en el artículo", pues "el tiempo verbal utilizado (*será*) en la literalidad de la norma para la fijación de ambos plazos no deja lugar a dudas"[10].

La prolongación del plan hasta los cinco años encontraría "su razón de ser en un mayor gravamen para los acreedores (caso de que el plan prevea el pago mediante rentas determinables) o en una mayor ventaja para el deudor (conservación de su vivienda habitual)"[11].

Nos inclinamos por la opinión de SENDRA ALBIÑANA ya que partimos de la realidad de un deudor concursado (que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles) o que prevé que no podrá cumplirlas regular y puntualmente en un plazo inminente (art. 2.3 TRLC). Por lo tanto, la prolongación del plan de pagos hay que pensar que permitirá satisfacer una mayor cuota de deuda exonerable.

El plazo del plan de pagos comenzará a correr desde la fecha de la aprobación judicial (art. 497.3 TRLC). Lo que hay que poner en relación con el artículo 498 y 498 ter TRLC según los cuales el juez concederá o denegará la exoneración provisional con aprobación del plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones oportunas, consten o no en las alegaciones de los acreedores. La resolución judicial que conceda la exoneración provisional producirá efectos desde el término del plazo para la impugnación del plan de pagos, si no se hubiera deducido, o desde la fecha de la sentencia judicial que la rechace.

VI. APROBACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

De acuerdo con el artículo 498 TRLC, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la propuesta de plan de pagos a los acreedores personados, a fin de que, dentro del plazo de diez días, puedan alegar cuanto estimen oportuno *en relación con la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración* o *con la propuesta de plan de pagos presentada*. Los acreedores personados podrán proponer el establecimiento de medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de disposición o administrador del deudor, durante el plan de pagos.

Presentadas las alegaciones por los acreedores, o transcurrido el mencionado plazo, el juez, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en los artículos 486 a 488 TRLC, del contenido del plan de pagos y de las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido, denegará o concederá provisionalmente la exoneración del pasivo insatisfecho, con aprobación del plan

de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas, consten o no en las alegaciones de los acreedores.

A diferencia de lo que ocurría en el antiguo artículo 496 TRLC, de la propuesta de plan de pagos no se da traslado a la Administración Concursal, cuando el crédito por sus honorarios impagados podría quedar afectado por el plan de pagos, lo que le obligaría a personarse como acreedor en el procedimiento con Abogado y Procurador[12].

El traslado se produce a todos los acreedores personados en el procedimiento o que puedan personarse, permitiéndoles presentar alegaciones en relación con la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para obtener la exoneración y en relación con el plan de pagos presentado, pudiendo solicitar el establecimiento de medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de administración y disposición del deudor durante la vigencia del plan hasta el punto que de ser admitidas por el juez dichas medidas "su desobediencia durante el cumplimiento del plan de pagos, impide conceder al deudor la exoneración definitiva (art. 500.2 TRLC)"[13].

Según lo expuesto es posible que acreedores por deuda no exonerable realicen alegaciones al plan de pagos y a la concurrencia de los requisitos para ser merecedor del beneficio. Por ejemplo, podrían efectuar alegaciones a la inembargabilidad de la vivienda habitual[14].

Hay que tener presente que la aprobación del plan "impide el devengo de intereses de los créditos no exonerables y además, debe conllevar una suerte de juicio de probabilidad —siquiera preliminar— de su cumplimiento y de la atención de los créditos no exonerables", por lo que está justificado que tales acreedores realicen alegaciones en esta fase del procedimiento[15].

De acuerdo con el artículo 487.2 TRLC "si en este momento procesal la sección de calificación del propio concurso aún se está tramitando", el juez deberá suspender "la decisión sobre la exoneración del pasivo insatisfecho hasta su firmeza"[16].

Ni las alegaciones al plan de pagos ni las relativas a la concurrencia de los requisitos que permiten acceder a la exoneración generan un incidente concursal[17].

La resolución judicial que concede la exoneración provisional aprueba un plan de pagos. "Ese plan de pagos, desde luego, no tiene porqué ser el propuesto por el deudor ni el alternativo que hayan podido presentar los acreedores. Tampoco tiene porqué incluir las alegaciones hechas por tales acreedores, sino que será decisión del juez aprobar un plan de pagos que considere oportuno para ese deudor tras haber examinado las alegaciones que se haya podido presentar y haya valorado las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido"[18].

El juez debe valorar el contenido del plan y las posibilidades objetivas de cumplimiento, así como la atención de los créditos no exonerables a su vencimiento.

Aunque el juez puede modificar el plan presentado de oficio, p.e., imponiendo quitas menores, no parece que pueda imponer cesiones de bienes no previstas[19].

Si el juez no aprobase el plan de pagos no podrá conceder la exoneración provisional y por lo tanto, procederá seguir el concurso para abrir la liquidación[20].

VII. IMPUGNACIÓN DEL PLAN DE PAGOS. LEGITIMACIÓN Y CAUSAS

A diferencia de lo previsto en el artículo 498 TRLC, el artículo 498 bis TRLC no concede legitimación para impugnar el plan de pagos a los acreedores titulares de crédito no exonerable, extendiendo aquella solo a los acreedores afectados por el plan (o sea los acreedores por deuda exonerable)[21]. Si bien, según lo explicado antes, no habría inconveniente en extender a aquellos acreedores la legitimación para impugnar en la medida en que la aprobación del plan de pagos también afecta a sus créditos (*arg. ex* art. 498.bis.1.2.º TRLC).

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el cauce del incidente concursal. De las impugnaciones presentadas se dará traslado al deudor y al resto de acreedores para que puedan formular oposición (art. 498.bis.2 TRLC).

La sentencia que resuelva la impugnación deberá dictarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que hubiera finalizado la tramitación del incidente y será susceptible de recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 498.bis.3 TRLC).

En cuanto a las causas de impugnación el artículo 498 bis TRLC prevé cinco causas de impugnación de la exoneración provisional, disponiendo que el juez no la concederá de concurrir cualquiera de ellas[22].

1. El plan de pagos no garantiza el pago de la parte de crédito que habría sido satisfecha en la liquidación concursal

Como ha señalado la doctrina "es comprensible que si el acreedor recupera en un escenario liquidatorio un porcentaje mayor de su crédito del que va a recibir si se cumpliera el plan de pagos aprobado pueda impugnarlo. No tiene por qué aceptar menos si puede cobrar más"[23].

Esta causa de impugnación "permite a los acreedores verificar sus derechos y atender a la mejor defensa de sus créditos. No en vano no debe olvidarse que para la aprobación del plan de pagos no ha sido considerada su voluntad en relación a la propuesta, dado que no se ha venido a realizar votación alguna o conjunción de voluntades a modo de acuerdo sobre el contenido del plan de pagos formulado"[24].

Como indica CUENA CASAS "para que sea válido el plan de pagos debe cubrirse un *pago mínimo,* cual es la parte de crédito que necesariamente habría recibido el acreedor si se hubiera abierto la liquidación concursal. No vale un calendario de pagos en función de las posibilidades del deudor, sino que se debe garantizar un pago mínimo. Habría que calcular primero cuánto cobraría ese acreedor en caso de que el deudor acuda al itinerario de liquidación. Para que se puedan cumplir las previsiones del legislador será necesario que esté correctamente configurada la masa activa y pasiva del concurso, que conste en las actuaciones una valoración actualizada de los bienes o derechos de contenido patrimonial del deudor para que así pueda fijarse cuál sería esa hipotética cuota de liquidación a la que se refiere la norma"[25].

2. El plan de pagos no incluye la realización y aplicación al pago de activos no necesarios para la actividad empresarial o de la vivienda habitual

El artículo 498.bis.2.º TRLC indica que podrá impugnarse la concesión de la exoneración provisional cuando "el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable".

El deudor debe satisfacer el pasivo exonerable en la forma determinada en el plan, el pasivo no exonerable a sus vencimientos, y las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia y las que genere su actividad empresarial o profesional.

"Si algún acreedor observara que se ha distraído u omitido alguno de los activos embargables del cumplimiento de esas obligaciones podrá denunciarlo justificándolo en sede de impugnación"[26].

Están legitimados para plantear esta impugnación los titulares de crédito exonerable que representen un cuarenta por ciento del total de este tipo de pasivo (vaya o no a ser satisfecho con el plan de pagos). Basta la concurrencia de esta legitimación y que el plan haya excluido la realización de la vivienda habitual o cualquier otro bien no necesario para la actividad empresarial o profesional, para que pueda impugnarse el plan por esta causa, debiendo el juez estimar sin más consideraciones la impugnación[27], lo que provocará la apertura de la liquidación y la enajenación en la misma de la vivienda habitual[28] y del resto de bienes. Es decir, no cabría si un bien ha sido distraído u omitido que se corrigiese el plan de pagos, lo que supone un incentivo para que el deudor actúe de buena fe al relacionar los recursos disponibles.

En mi opinión sería posible en este incidente concursal (art. 498.bis.2 TRLC) ejercitar tanto la acción de nulidad por simulación absoluta (ventas aparentes para poner bienes a nombre de terceros, p.e.) como la acción rescisoria de enajenaciones en fraude de acreedores (*arg. ex* art. 238 TRLC, al no ser parte en el incidente de impugnación del plan de pagos la administración concursal)[29].

3. Se formula oposición al plan por acreedores que representen el 80 % del pasivo exonerable

Si acreedores que representen más del 80 por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos, se oponen al plan de pagos impugnándolo, el juez deberá denegar la exoneración provisional, salvo que el juez, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, lo imponga.

Esta causa de impugnación del plan de pagos no requiere argumento alguno, pero es lógico que los acreedores expongan las razones de su oposición (repitiendo, abundando o trayendo a colación argumentos que no se expusieron en el trámite de alegaciones previo a la resolución judicial a que se refiere el artículo 498.2 TRLC).

Para GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG "introducir un motivo de impugnación sin causa concreta para luego permitir, en atención a las particulares circunstancias del caso, la imposición del plan es desconocer que el Juez ya habrá analizado esas circunstancias al decidir aprobar el plan de pagos. Por lo tanto, si ya se estudió la propuesta de plan de pagos presentada por el deudor, las alegaciones de los acreedores personados y se introdujeron (o no) modificaciones por el Juez parece repetitivo… tener que resolver una demanda incidental para decidir sobre lo mismo.

En definitiva, mucho se tendrá que convencer en una impugnación por este motivo, más allá de ser presentada por más del ochenta por ciento del pasivo exonerable afectado, para variar el criterio ya fijado por el juez"[30].

No obstante, hay que tener en cuenta que el plan de pagos aprobado por el juez puede no ser el mismo presentado por el deudor (fruto de las modificaciones introducidas de oficio por el juez, o a petición de los acreedores), por lo que resulta lógico que los acreedores puedan impugnar esa propuesta diferente de plan aprobado por el juez. Desde este punto de vista, no resulta reiterativa la actividad judicial y su criterio puede variar a la vista de las alegaciones efectuadas si se alcanza un quórum de oposición de un 80 por ciento (esto es, puede el juez decidir no imponer el plan de pagos inicialmente elaborado e impuesto por él y que atendían a las particulares circunstancias del caso).

Pero a la hora de desestimar la impugnación presentada por ese quórum del 80 por ciento del pasivo exonerable, según SENDRA ALBIÑANA, bastaría que concurrieran como circunstancias justificativas "una mejor atención de los créditos en el plan de pagos respecto del tratamiento que recibirían en liquidación o la propia finalidad de la norma, en tanto en cuanto << rehabilita >> al deudor para el inicio de una misma actividad empresarial o profesional"[31].

4. El plan de pagos no destina al pago de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que exceden del mínmo legalmente inembargable

El artículo 498.bis.4.º TRLC señala que podrá impugnarse el plan de pagos cuando no se destine "a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos".

Por lo tanto el plan de pagos, aunque propiamente se refiera a la deuda exonerable, deberá hacer previsión de cómo van a satisfacerse las nuevas obligaciones del deudor adquiridas durante el plan de pagos y que son relativas a alimentos, su propia subsistencia o las derivadas de su actividad profesional o empresarial. En relación con estas obligaciones la cuantía destinable a las mismas va a ser objeto de limitación judicial al señalar el artículo 498.bis.4.º "siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias", lo que supone que pudo haber una determinación del juez al respecto tomada de oficio o fruto de las alegaciones de los acreedores, que puede revisarse en sede de impugnación del plan de pagos.

El deudor debe satisfacer a su vencimiento la deuda no exonerable lo que también deberá ser previsto en el plan de pagos, en el sentido de que los recursos destinados al pago de la misma se detraen de los disponibles para hacer frente al plan de pagos de la deuda exonerable.

Finalmente se exige destinar (salvo el mínimo legalmente inembargable *ex* art. 605 y ss. LEC), todas las rentas y recursos disponibles del deudor que resten al pago de la deuda exonerable.

De hecho, el artículo 496.2 TRLC señala que la propuesta de plan de pagos deberá relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, "con especial atención a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su previsible variación durante el plazo del plan", lo que será particularmente importante en el caso de que el plan de pagos se extienda a 5 años porque el importe de los pagos de la deuda exonerable dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor" (art. 497.2.2.º TRLC).

Parece, pues, que si el plan de pagos no pudiera atender mínimamente el pago de la deuda exonerable (*arg. ex* art. 500.2 TRLC) no debería haber sido aprobado por el juez (debiendo abrirse la fase de liquidación), permitiendo esta causa de impugnación controlar si efectivamente se prevé la destinación al pago de la deuda exonerable la *totalidad* de las rentas y recursos previsibles, o sea, *futuros,* del deudor (sueldos, pensiones, rentas que produzcan bienes muebles o inmuebles, la partición de una herencia ya causada y aceptada por el deudor, ganancias producidas por la actividad empresarial o profesional, etc.), que queden tras la atención de las deudas mencionadas antes, y que no tengan el carácter de "inembargables"[32].

Mientras que la causa segunda de impugnación se refiere a activos existentes en el patrimonio del deudor al tiempo de la aprobación del plan de pagos, esta causa se refiere a activos futuros.

Se trata de que los acreedores puedan impugnar el plan de pagos cuando la deuda exonerable que podría satisfacerse sería superior a la indicada en el plan de pagos[33].

5. No concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración

Esta causa de impugnación parece lógica ya que sería posible que el juez al aprobar el plan de pagos no hubiera tenido en cuenta circunstancias relevantes que evidenciaran la mala fe del deudor.

Como señala CUENA CASAS, "parece partirse del escenario de que se ha alegado y el juez lo ha desestimado [en el trámite del artículo 498 TRLC] o que el acreedor no presentó alegaciones antes de que se concediera la exoneración y se le brinda una nueva oportunidad"[34].

VIII. EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

Como señala FERNÁNDEZ SEIJO "no hay ninguna previsión legal que expresamente habilite al deudor para poder modificar el plan de pagos y adecuarlo a las alegaciones o pretensiones razonables de los acreedores. Antes de que se dicte

sentencia rechazando el plan presentado, el deudor podría allanarse a lo pretendido de contrario o llegar a alguna fórmula transaccional que permitiera modificar o ajustar un plan de pagos que corre un riesgo objetivo de no ser aprobado. Pero no hay disposición legal [por la] que el juez pueda habilitar un nuevo plazo para que el deudor presente un nuevo plan de pagos"[35].

En consecuencia, de darse alguna de las causas de oposición del artículo 498 bis.1. 1.º a 4.º TRLC, el juez no aprobará el plan de pagos, pudiendo el deudor modificar el itinerario de exoneración al de previa liquidación (art. 500.bis TRLC). Si el motivo de impugnación es uno de los previstos en el artículo 498.bis.1.5.º TRLC el juez denegará al deudor el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho[36].

IX. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

El artículo 498 ter TRLC establece que la resolución judicial que conceda la exoneración provisional producirá efectos desde el término del plazo para la impugnación, si no se hubiese deducido, o desde la fecha de la sentencia judicial que la rechace.

Desde la eficacia de la exoneración provisional, cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio plan de pagos (p.e., medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de administración y disposición del deudor durante el plan de pagos)[37].

Aunque no se menciona expresamente en la ley, dicha resolución debería ser inscrita en el Registro Público Concursal y en los Registros en los que se hubiera anotado la declaración de concurso (Registro de la Propiedad, Registro Civil, etc.) de manera que se diera publicidad a dichas medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de administración y disposición del deudor[38].

Además, aunque la ley no menciona el cese y rendición de cuentas del administrador concursal, "parece lógico que así se acuerde para poder alzar los efectos de la declaración de concurso y permitir que el deudor recupere sus facultades patrimoniales", salvo que el propio plan imponga limitaciones como hemos indicado[39].

"No tiene sentido que el administrador concursal mantenga su cargo durante los años que dura el plan. Si el plan se incumpliera y se revocara la exoneración, el administrador concursal será repuesto en su cargo y tendrá que asumir las tareas de liquidación"[40].

Los deberes de colaboración e información subsistirán hasta la exoneración definitiva. Con periodicidad semestral el deudor informará al juez del concurso acerca del cumplimiento del plan de pagos, así como de cualquier alteración patrimonial significativa[41].

Los créditos afectados por la exoneración se entenderán vencidos desde la eficacia de la resolución judicial que concede la exoneración provisional (art. 496. bis.1 en relación con el art. 498.ter.1 TRLC). La exoneración provisional se extenderá a la parte del pasivo exonerable, que, conforme al plan, vaya a quedar insatisfecha (art. 499.1 TRLC) "ya que la parte afectada por el plan lo que quedaría sería aplazada o fraccionada"[42]. Esto es "los créditos sujetos al plan se someterán al mismo, y los créditos no afectados por el plan serán reclamables de inmediato

[si estuviesen vencidos], pero con la salvedad de que el juez del concurso pasa a ser competente para las reclamaciones de esos acreedores, tanto las acciones declarativas como de ejecución"[43].

En efecto, el artículo 499.2 TRLC indica que "las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal".

Como es posible que los créditos exonerables hayan vencido con anterioridad a la fecha en que produce efectos la resolución judicial de aprobación del plan de pagos, para cuantificar exactamente los mismos se descuenta "el tipo de interés legal aplicable al lapso de tiempo transcurrido entre el vencimiento del crédito tras la exoneración provisional obtenida, y aquella fecha establecida primitivamente para el vencimiento del crédito"[44].

Por otro lado, el artículo 496.bis.2 TRLC preceptúa que los créditos exonerables no devengarán intereses durante el plazo del plan de pagos y el artículo 496. bis.3 TRLC que los créditos no exonerables tampoco devengarán intereses, salvo que gocen de garantía real, hasta el valor de la garantía, conforme a las reglas establecidas en el Capítulo II, Título XI, Libro I del TRLC, o sea, con arreglo al artículo 492 bis TRLC[45]. Por lo tanto, "aunque la Ley afirma que se alzan los efectos de la declaración de concurso, se mantiene la paralización del devengo de intereses"[46].

En cuanto a los efectos del plan de pagos sobre las deudas con garantía real, el artículo 492 bis TRLC contempla dos posibles escenarios:

1. Que se haya ejecutado la garantía antes de la aprobación del plan de pagos. En este caso, el resto de crédito con garantía real no satisfecho con la ejecución se someterá al plan de pagos[47].

2. Que la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos. "En estos casos para definir el plan de pagos y los créditos incluidos en el mismo, en el concurso tendrá que cuantificarse qué parte de ese crédito con garantía real debe considerarse crédito con privilegio especial, calculado conforme a las reglas de determinación del valor razonable de la garantía previstas en el artículo 272 y siguientes". Ello deberá realizarse en el informe de la administración concursal. De este modo se cuantifica la parte de crédito no exonerable[48]. Las cantidades que excedan del valor razonable del bien, tendrán la consideración de crédito ordinario y quedarán sometidas al plan de pagos[49].

En este caso, si el deudor ha cumplido con los vencimientos de cuotas durante el concurso, se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas en el contrato, pero la cuantía de las cuotas de principal, y en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de deuda pendiente hasta el valor de la garantía (art. 496.bis.3 TRLC). A la parte de deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el art. 496.bis, es decir, se entenderá vencida la deuda con la eficacia de la resolución que apruebe el plan de pagos y determine la exoneración provisional, y no devengará intereses durante el plazo del plan de pagos. Dicha parte de deuda recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha mediante el plan de pagos quedará definitivamente exonerada con arreglo al artículo 500 de la Ley Concursal[50].

No obstante, como los créditos con garantía real no son exonerables dentro del límite del privilegio especial con arreglo al artículo 489.1.8.º de la Ley Con-

cursal, si se produce la ejecución de la garantía (porque dejasen de satisfacerse las cuotas en los términos del artículo 492.bis.2.1.º TRLC durante la vigencia del plan de pagos o bien posteriormente, dado que se ha producido una novación del contrato que continuará vigente tras la exoneración definitiva), como señala el artículo 492.bis.3 TRLC, cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada[51].

X. CONCLUSIONES

I. El plan de pagos se refiere a una reestructuración de la deuda exonerable mediante quitas forzosas o aplazamientos en los pagos. El cumplimiento del plan de pagos supondrá la exoneración definitiva de la parte de deuda exonerable que con arreglo al propio plan vaya a quedar inatendida.

II. El plan de pagos supone también una reestructuración o novación modificativa de las deudas con garantía real, no exonerables hasta el límite del privilegio.

III. La concesión de la exoneración provisional y la aprobación del plan de pagos es impugnable por los acreedores que titulen no solo deuda exonerable sino también deuda no exonerable, afecta a estos acreedores que deben ver satisfechos sus créditos a su vencimiento.

IV. Con la eficacia de la resolución que aprueba el plan de pagos se produce el vencimiento anticipado de los créditos exonerables y cesan los efectos de la declaración de concurso que son sustituidos por los que se establezcan en el propio plan de pagos, manteniéndose el efecto de la paralización del devengo de intereses, tanto para los créditos exonerables como no exonerables, con la salvedad de los créditos con garantía real hasta donde alcance el valor de la garantía.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 295/2022, de 6 de abril de 2022
- SAP de Palma de Mallorca, Sección n.º 5, 824/2023, de 13 de diciembre de 2023
- AJM n.º 3 de Barcelona 748/2022, de 19 de diciembre de 2022

XII. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M y FERNÁNDEZ SEIJO, M. (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física.* Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal.* Las Rozas (Madrid). Editorial La Ley.

GARCÍA OREJUDO, R. N. y RAFÍ ROIG, F-X. (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho.* Tirant lo Blanch, Valencia.

SENDRA ALBIÑANA, A. (2023). *El nuevo régimen de segunda oportunidad.* Editorial La Ley. Las Rozas (Madrid).

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-100, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuena Casas.

[2] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 219–220. SENDRA ALBIÑANA anticipa el *dies a quo* para la solicitud del plan de pagos a la presentación de la solicitud de concurso por el propio deudor y fija el *dies ad quem* en el momento inmediatamente anterior a la apertura de la liquidación (SENDRA ALBIÑANA, 2023, 214).

[3] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 220–221.

[4] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 218.

[5] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 219.

[6] A este respecto señala la SAP de Palma de Mallorca, Sección n.º 5, 824/2023, de 13 de diciembre de 2023: "El deudor concursado se alza contra la Sentencia por la que la Magistrado-Juez del concurso desestima la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho por no aprobar el plan de pagos. Entiende el apelante que la resolución debe revocarse por cuanto, en contra de lo que en ella se razona, el plan de pagos presentado se ajusta a las exigencias del artículo 496 TRLC y que, aun cuando no se aprobara el plan de pagos, debería reconocerse el derecho de exoneración de pasivo insatisfecho. SEGUNDO.-La Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, obliga a acudir a la regulación del derecho de exoneración de pasivo insatisfecho contenida en los artículos 486 y siguientes TRLC en redacción posterior a la reforma. En el supuesto de autos, la solicitud del deudor responde al régimen especial de exoneración por aprobación de un plan de pagos sin liquidación de masa activa conforme a los artículos 495 y siguientes. Al regular el contenido del plan de pagos el artículo 496 prevé que la propuesta de plan de pagos deba incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos exonerables que según esa propuesta vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan y relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de su subsistencia o las que genere su actividad, con especial atención a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su previsible variación durante el plazo del plan y, en su caso, el plan de continuidad de actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender y los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para una u otra. *La Sentencia apelada razona que el plan de pagos no responde las exigencias del artículo 496 al no comprender el pasivo exonerable, sino el pasivo no exonerable*. Se constata que es así cuando se acude al plan de pagos que se propone por el deudor. En él se hace constar que la cantidad no exonerable sobre la que se solicita plan de pagos es la de 4.349,05 euros que es la parte no exonerable conforme al artículo 489.1.5.º TRLC del crédito de que es titular TGSS. Se solicita una duración de tres años para el plan de pagos con una cuantía de 120,80 euros mensuales. Como recursos previstos menciona una pensión no contributiva. El régimen de exoneración de pasivo al que acude el deudor, sin liquidación de masa activa, exige la aprobación del oportuno plan de pagos. *El artículo 496 TRLC prevé que el calendario de pagos a incluir en el plan que se proponga debe ir referido a los créditos exonerables, sin perjuicio de que deba también recoger los recursos previstos para la satisfacción de los no exonerables*. En el calendario de pagos que se ofrece por el deudor no hace mención a los créditos exonerables, con independencia de cuál sea su naturaleza, por lo que no puede ser aprobado al no ajustarse a la norma que lo regula. Siendo ello así, debe mantenerse la resolución impugnada, sin que pueda concederse el derecho de exoneración de pasivo insatisfecho en la modalidad a la que acude el deudor sin la aprobación de un plan de pagos".

[7] Se entiende que los acreedores aceptan un plan de pagos en tales términos si no impugnan el plan de pagos con arreglo al art. 498 bis.1.2.º TRLC. Si acreedores que representaran un 40 % del pasivo total exonerable impugnaran el plan por no incluir la realización y

aplicación al pago de la deuda de la vivienda habitual, el juez deberá estimar la impugnación ex art. 498.bis.1 TRLC y no conceder la exoneración. Como señalan GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG "esta modalidad de exoneración permite [al deudor],… mantener la propiedad de su vivienda habitual o la de su familia. Sin embargo, vemos que es causa de impugnación del plan de pagos aprobado que acreedores que titulen un porcentaje minoritario (cuarenta por ciento) del pasivo total de carácter exonerable no consientan que el deudor no haya contemplado la realización, y aplicación al pago de la deuda, de la referida vivienda habitual" (GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 243). "Además, la causa de impugnación no parece otorgar margen al Juez para resolver en sentido contrario a lo solicitado pues, en realidad, solo se espera de él que observe que no se ha realizado la vivienda y que los actores representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable. Esas y no otras consideraciones son las que en principio deberían tenerse en cuenta para estimar la demanda" (Op. cit., 244).

[8] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 229.

[9] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 230.

[10] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 225-226.

[11] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 226.

[12] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 232.

[13] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 233. Efectivamente, el artículo 500.2 del TRLC prevé que aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho si el incumplimiento del plan resultara de accidente, enfermedad, u otros acontecimientos graves e imprevisibles, que afecten al deudor o a quienes con él convivan, *"siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones o prohibiciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de cesión en pago, que se establezcan en el plan de pagos", de lo contrario no procederá dicha concesión excepcional de la exoneración definitiva.* Y el artículo 499 ter TRLC prevé como causa de revocación de la exoneración provisional el incumplimiento del plan de pagos, lo que incluye el incumplimiento de las medidas de limitación o prohibición de las facultades de administración o disposición o las medidas de dación en pago previstas en el mismo (*arg. ex* art. 499 ter en relación con el art. 500.2 TRLC). SENDRA ALBIÑANA considera posible que se estableciese en el plan la prohibición de transmisión de ciertos bienes, como fórmula de garantía para atender el cumplimiento del plan (SENDRA ALBIÑANA, 2023, 229).

[14] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 228.

[15] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 229. De acuerdo con el artículo 496 bis.3 TRLC "los créditos no exonerables tampoco devengarán intereses, salvo que gocen de garantía real, hasta el valor de la garantía, conforme a las reglas establecidas en este capítulo".

[16] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 234.

[17] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 234.

[18] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 235.

[19] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 231.

[20] Así lo entienden GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, ante el silencio del legislador (*vid.*, GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, págs., 236 a 238).

[21] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 232.

[22] CUENA CASAS considera que no habiendo "precepto que se ocupe de manera expresa de los requisitos necesarios para que sea válido un plan de pagos", tales requisitos "hay que inducirlos *a contrario sensu* del art. 498 bis TRLC que regula las causas de impugnación del plan de pagos" (CUENA CASAS en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 240).

[23] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 240.

[24] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 234.

[25] CUENA CASAS en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 242. Por su parte, señala FERNÁNDEZ SEIJO que "la cuota, hipotética, que correspondería al acreedor en la liquidación concursal no puede calcularse a partir de las expectativas de ingresos futuros del

deudor, de nuevas iniciativas, sino sólo a partir del dato cierto del valor del activo que pueda reflejarse en el inventario. La liquidación concursal tiene un plazo de duración tasado y, aunque en la práctica las liquidaciones pueden demorarse más allá de lo razonable, no hay en la normativa concursal ninguna disposición que permitiera mantener una liquidación abierta para ir aplicando los ingresos recurrentes del deudor (piénsese en un deudor que tuviera un salario o renta muy superior al mínimo inembargable). A la hora de valorar la expectativa de cobro no debería tenerse en cuenta sólo la concreta expectativa de cobro del acreedor impugnante, sino del conjunto de acreedores afectados por el plan de pagos. Para valorar esa expectativa tendrían que aplicarse las reglas sobre preferencias de pago concursales, ya que el plan de pagos en principio no puede alterar el orden de pagos concursal" (FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 164–165).

[26] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 242.

[27] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 242–245.

[28] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 236.

[29] Para FERNÁNDEZ SEIJO, este precepto no puede significar que el plan de pagos se convierte en un plan de liquidación "no supervisado por la administración concursal", dado que el artículo 496.2 TRLC advierte que el plan de pagos no puede consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, lo que podría tener lugar en el caso de un deudor consumidor (que no tiene bienes necesarios para una actividad empresarial o profesional) y que no tiene vivienda en propiedad. "Parece lógico defender que el juez debe valorar la viabilidad objetiva del plan a partir del contenido del mismo, de la cuantía de los créditos no exonerables, de los activos inventariados en el concurso y de la *previsión de ingresos futuros*. La tipología de algunos concursos de personas físicas que se han presentado en los juzgados tras la reforma permite identificar algunos concursos en los que la masa pasiva exonerable es relativamente reducida (en muchos casos por debajo de 10.000 euros), por lo que el plan de pagos opera como un aplazamiento o fraccionamiento, aprobado por el juez, para evitar apremios singulares. Un deudor con ingresos recurrentes que superaran el mínimo inembargable podría afrontar un plan de pagos sin tener que vender elementos valiosos de su patrimonio" (FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 165).

[30] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 246.

[31] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 236.

[32] Indica FERNÁNDEZ SEIJO: "El ordinal 4.º [del artículo 498 bis TRLC] obliga al deudor a destinar un porcentaje adecuado de sus ingresos no embargables. Para establecer ese porcentaje adecuado de los ingresos (la ley habla de destinar la totalidad de las rentas y recursos previsibles), debe tenerse en cuenta: a) Que deben descontarse las cantidades que se correspondan con rentas, salarios, pensiones o ingresos recurrentes que no sean embargables. b) Que también deben descontarse los ingresos que el deudor tenga que aplicar al pago de los créditos no exonerables. c) Que, además, el deudor debe hacer una previsión de gastos y obligaciones ajenas al concurso que puedan surgir durante el cumplimiento del plan. No se trata sólo de los gastos básicos para el alimento y manutención propio, así como el de las personas a cargo del deudor, sino también los gastos de obligaciones básicas para mantener la actividad del deudor. Esas obligaciones básicas deben quedar acreditadas por el deudor, pero dispone de cierta flexibilidad, en el sentido de poder incluir no sólo lo imprescindible, sino también lo razonable para que pueda llevar una vida normal, acorde a sus circunstancias personales" (FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 166).

[33] GARCÍA OREJUDO y RAFÍ ROIG, 2023, 247.

[34] CUENA CASAS en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 244.

[35] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 167.

[36] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 166.

[37] "El plan de pagos y la exoneración se aprueban bien porque no se haya planteado ninguna impugnación al plan o se ha rechazado la que en su caso se haya planteado y el reconocimiento del derecho a la exoneración del pasivo. En el primer caso, el juez habrá dictado un auto acordando la exoneración provisional de deudas del deudor, aprobando la rendición

de cuentas que tendrá que haber presentado el administrador concursal y la conclusión del concurso, alzando los efectos de la declaración del mismo. En el segundo caso, si se planteó algún incidente de impugnación se ratificará la aprobación del plan de pagos y la conclusión del concurso en la sentencia firme que se dicte en el incidente correspondiente. En cualquiera de los dos casos la resolución judicial tiene como efecto principal la conclusión del concurso, el cese del administrador concursal, previa aprobación de la rendición de cuentas, y el alzamiento de los efectos de la declaración de concurso. Por lo tanto, como regla general, el deudor recuperará plenamente sus facultades patrimoniales, es decir, podrá disponer de su patrimonio sin limitación alguna. Ya hemos visto que en el mismo plan de pagos el deudor podrá proponer limitaciones a sus facultades patrimoniales o esas limitaciones podrá fijarlas el juez, normalmente a instancia de los acreedores, si hubo observaciones al plan de pagos" (FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 259–260).

[38] *Cfr.*, FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 167–168. *Vid*., art. 4.14.º Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y art. 72.2.º de la misma, según el cual "se inscribirán en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales".

[39] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 168.

[40] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 168.

[41] "Aunque la norma hace referencia a la presentación de esos informes al juez, lo lógico es que los informes se trasladen a los acreedores personados para que conozcan los mismos. No habilita la norma un trámite específico de impugnación de esos informes semestrales, pero el contenido de los mismos podría servir a los acreedores para denunciar el incumplimiento del plan o la modificación del mismo. También es lógico que tanto el juez como los acreedores afectados puedan reclamar al deudor la presentación de los informes si se produce demora" (FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 168).

[42] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 169. "Para que la resolución judicial dictada despliegue todos sus efectos correctamente será conveniente que en dicha resolución se reflejen los créditos que quedan afectados por el plan de pagos. … El nuevo régimen de la exoneración no exige que se haga referencia al relacionar los créditos exonerados a la clasificación concursal ya que podrán exonerarse tanto créditos concursales de cualquier clase, no excluidos por el mandato del artículo 489, como algunos créditos concursales que hubieran resultado impagados durante la vigencia del concurso" (FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 261).

[43] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 168. "No hay pautas procesales en la Ley, aunque parece que el juez del concurso mantiene competencias residuales una vez reconocida la exoneración provisional y concluido el concurso. Estas competencias residuales no sólo deben afectar a la acción de revocación del reconocimiento del beneficio, sino a cualquiera otra incidencia que pudiera afectar a la determinación de los créditos exonerables, sometidos al plan de pagos, y no exonerables, también a la acción de modificación del plan de pagos o a la concreción de los efectos que conlleva la exoneración provisional del pasivo insatisfecho" (FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 260). "Además, el legislador parece que no permite que los acreedores de créditos no exonerables puedan acudir a los trámites ejecutivos ordinarios, incluso impide que pudieran acudir a los trámites de la ejecución de títulos judiciales que permite al citado artículo 484.2 del TRLC, ya que el 499.2 remite expresamente al incidente concursal. Es decir, remite a un procedimiento declarativo en el que el deudor puede oponerse antes de ejecutarse cualquier ejecución" (FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 264). En este sentido, señala el AJM n.º 3 de Barcelona 748/2022, de 19 de diciembre: "En el presente caso, consta el cumplimiento por el deudor de las obligaciones formales a que se refiere el art. 501.3 TRLC y no constan en el procedimiento la concurrencia de alguna de las excepciones o prohibiciones de los arts. 487 y 488 del TRLC, por lo que procede acordar la exoneración de los créditos exonerables con la extensión a que se refiere el art. 489 TRLC y los efectos regulados en los arts. 490 a 492 ter TRLC. En este sentido, los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la presente

solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho no podrán ejercer ningún tipo de acción frente al deudor para su cobro, salvo la de solicitar la revocación de la exoneración. Por otro lado, y respecto de los acreedores por créditos no exonerables, estos mantendrán sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos".

[44] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 224.

[45] SENDRA ALBIÑANA, 2023, 225.

[46] FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 169.

[47] FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148.

[48] FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 149-150.

[49] FERNÁNDEZ SEIJO, en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

[50] FERNÁNDEZ SEIJO, en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

[51] *Cfr.,* FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151, que señala: "Esta segunda regla [del artículo 496.bis.2.2.ª TRLC] determinará que la aprobación de los planes de pagos conlleve ajustes en los títulos de constitución de las garantías reales. Suponiendo, en la práctica una reestructuración de la deuda hipotecaria pendiente …"

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Voto y vicio del consentimiento del socio

Voting and lack of shareholder`s consent

por
FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El vicio del consentimiento en el voto como supuesto de impugnación del acuerdo social y del negocio de suscripción.

ABSTRACT: The lack of consent in the vote as a case of challenge to the corporate agreement and the subscription business.

PALABRAS CLAVE: Voto, vicio del consentimiento del socio, impugnación de acuerdos sociales y del negocio de suscripción.

KEYWORDS: Vote, lack of consent, challenge to the corporate agreement, subscription business

SUMARIO: I. EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL VOTO DEL SOCIO.—II.BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL VOTO DEL SOCIO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023 (Roj: SAP M 9773/2023 – ECLI:ES: APM:2023:9773) nos ofrece un caso particular de vicio del consentimiento (error) alegado por un socio en su voto mediando el cual pretendió la impugnación del correspondiente acuerdo social. En la instancia, por diversas cuestiones, se desestimó la existencia de error vicio del consentimiento.

En la alzada (FJ Noveno) la Audiencia Provincial de Madrid nos revela la tradicional doctrina existente sobre la influencia del error vicio del consentimiento sufrido por un socio para desestimar la acción de impugnación del correspondiente acuerdo social, del siguiente modo:

"En este punto, debemos advertir que la causa de impugnación invocada —sustentada en vicio del consentimiento— resulta improcedente con arreglo al régimen legal de impugnación de acuerdos sociales.

De hecho, la desaparecida distinción entre acuerdos nulos y anulables también resultaba ajena a las respectivas categorías referidas a la teoría del negocio jurídico.

No debemos olvidar que lo impugnable son los acuerdos sociales contrarios a la Ley —además de los que resulten contrarios a los estatutos, al reglamento de la junta o al interés social—, y esta contravención debe derivar del procedimiento en la adopción del acuerdo o de su contenido.

La Ley de Sociedades de Capital establece por lo tanto un régimen especial de impugnación de acuerdos sociales, sin que pueda ser aplicado por esta vía el régimen de nulidad de los contratos previsto en el Código Civil. En relación a los acuerdos del consejo de administración la STS de 9 de julio de 1999 ya tenía declarado que el régimen especial de impugnación de acuerdos es el previsto en el ámbito del Derecho de sociedades, resultando inaplicable el régimen de nulidad y anulabilidad previsto en los artículos 1.301 y ss. CC, que tampoco es un régimen concurrente o que se pueda introducir como causa de impugnación directa o indirectamente. Y esto precisamente sirve a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta al alcance dela impugnación de acuerdos sociales.

Lo que puede sustentar la impugnación —del acuerdo, no olvidemos— son las normas previstas para la convocatoria, constitución o régimen de mayorías, además del contenido de los acuerdos. Y la mención ala validez del voto o al cómputo se refiere por ello a la legitimidad de la "emisión" del voto (representación, condición de socio, prohibiciones de voto, accionista moroso, etc.), es decir, al ejercicio del derecho de voto sin poder hacerlo según el Derecho societario, y al propio cómputo, en su proyección, en ambos casos, sobre el régimen de mayorías —artículo 204.3.c) TRLSC—, no al proceso de formación de la voluntad del socio. La "validez" del voto no permite introducir causas de impugnación amparadas en el régimen de nulidad del Código Civil en relación a los requisitos de validez de los contratos.

No resulta admisible que la impugnación del acuerdo se refiera, no a la emisión del voto en sí, sino al sentido por el que el socio emite válidamente su voto y a la influencia que sobre dicho voto hubiera podido proceder de terceros (por acuerdos previos o no, o por manifestaciones de otros socios) o al error de quien emite el voto, formación de la voluntad del socio que resulta ajena a la sociedad y al procedimiento de adopción del acuerdo social. Nótese que las referencias a estas cuestiones en la STS 183/2009, de 27 de marzo, afectan a supuestos errores derivados de los propios documentos que se someten a la junta."

Esta circunstancia debía dar lugar sin más a la desestimación del recurso, puesto que afecta a los presupuestos mismos de la acción de impugnación y al régimen legal aplicable, que tiene naturaleza de orden público y es controlable de oficio."

Como decíamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid citada recoge el sentir tradicional de la doctrina mercantilista sobre la imposibilidad de impugnar un acuerdo social en el caso de que el socio haya padecido un vicio del consentimiento, aunque y probablemente por las circunstancias del caso, no termina de ofrecernos la solución íntegra al problema en sede de impugnación del correspondiente acuerdos social consistente en la admisibilidad de dicha im-

pugnación cuando el voto viciado hubiera sido decisivo para la adopción de dicho acuerdo social.

En ese sentido, Uría[1] ya nos mostró el parecer mayoritario doctrinal al respecto, cuando dijo que: <Pero la doctrina dominante afirma, con razón, que si la emisión del voto está viciada (por violencia, error, etc.), el voto es nulo y podrá ser impugnado el acuerdo si aquél hubiera sido decisivo para la formación de la mayoría>.

Del mismo modo y más recientemente, Alfaro Águila-Real[2] se refiere al respecto diciendo: <que los vicios del consentimiento sufridos por los miembros del órgano individualmente considerados no perturben los efectos del acuerdo. Los problemas correspondientes (que los miembros del órgano voten un acuerdo engañados, por error o bajo intimidación o violencia) se resuelven considerando impugnables los acuerdos así adoptados, no aplicando las consecuencias de la existencia de un vicio del consentimiento (anulabilidad que no es más que una nulidad que sólo puede ser aducida por la parte que ha sufrido el vicio del consentimiento). De ahí que sólo sean relevantes cuando los hayan sufrido miembros del órgano cuyos votos hayan sido decisivos para la adopción del acuerdo 35). No por analogía con la «relevancia» del error o del dolo para anular un contrato (el contratante que sufre el error o el dolo no habrían contratado si hubieran conocido los hechos reales o si no hubieran sufrido el engaño o lo habrían hecho en condiciones diferentes) sino porque no se han respetado las reglas organizativas que determinan cuándo el acuerdo expresa la voluntad de la persona jurídica:- cuando el contenido del acuerdo puede remitirse a la voluntad —expresada por medio del voto— de la mayoría de los miembros del órgano. La libre formación de la voluntad de cada uno de ellos es sólo relevante si el voto de ese miembro fue decisivo para la adopción del acuerdo. Con las normas sobre impugnación del correspondiente acuerdo social no se está protegiendo la libertad de decisión de un contratante, sino que se está verificando que el acuerdo puede «referirse» o imputarse al órgano y, por tanto, a la persona jurídica. Si el acuerdo fuera un contrato, el art. 159.2 LSC no debería aplicarse al miembro del órgano que ha sufrido el dolo o el error relevante al emitir su voto. Y, obviamente, no es así. También el socio que votó a favor del acuerdo por error o dolo queda vinculado por el acuerdo. Y este socio, incluso si su voto fue decisivo para la adopción del acuerdo, no podrá considerar que el acuerdo no existe ni pedir una declaración de nulidad del acuerdo sino que habrá de impugnar el acuerdo social para que se considere no adoptado en los plazos de prescripción y conforme a las reglas de legitimación y de procedimiento de la impugnación de acuerdos sociales (art. 206 LSC)>.

No sin dejar de ser cierto lo anterior, en nuestra opinión, la solución propuesta tanto por la Audiencia Provincial de Madrid como por la doctrina mercantilista citada (con adopción del parecer mayoritario al respecto) nos muestra una solución parcial al problema, ya que cuando no pueda efectuarse la impugnación del acuerdo social por el votante viciado por no resultar su voto decisivo sobre el particular, ¿qué alternativa pudiera haberse tenido para lograr lo pretendido?. En nuestra opinión, la solución pasaría por la impugnación del correspondiente negocio de suscripción subyacente haciendo valer la causa de nulidad o anulabilidad correspondiente.

Para poder hacer valer la anterior alternativa, resulta conveniente realizar una aproximación a la naturaleza jurídica del voto del socio así como a la del acuerdo social.

Como afirma Mambrilla Rivera [3] en un meritorio y particularizado trabajo dedicado a este particular, <El voto es un derecho, de carácter político o administrativo, intransmisible con independencia de la cualidad de socios, de carácter instrumental, considerado generalmente como un derecho del accionista de naturaleza inderogable, que permite al socio participar y contribuir a la formación de la voluntad social, previa la observación de las exigencias legales, y en su caso, estatutarias.>, entendiendo con Girón Tena [4] que el acuerdo social es un acto colectivo de naturaleza colegial en los que la voluntad de los socios, exteriorizada a través de los votos son concomitantes pero no interdependientes.

Así, Girón Tena [5]nos enseñó que el voto ha de ser tratado dentro de la categoría general de los actos jurídicos, afirmando que: <aunque su destino sea el de ser elemento de un acuerdo, (los votos) tienen independencia como actos jurídicos de los sujetos que los emiten y, por tanto, han de ser tratados según la doctrina general de los actos jurídicos>

El voto así entendido es configurado como un derecho con el que el socio persigue la defensa y realización de los intereses en el marco común, por parte de Mambrilla Rivera tras al análisis de las tesis institucionalistas y contractualista habidas al respecto (vid. op. cit. pág. 188), quien siguiendo a Carnelutti [6] lo denomina por ello como <derecho subjetivo colectivo>.

Por lo tanto, ubicándose el voto dentro de la categoría de los actos jurídicos, o sea, de las declaraciones de voluntad tendentes a la producción de efectos jurídicos, emitida la misma en ejercicio del mencionado derecho subjetivo colectivo, observamos sin más que como toda declaración de voluntad, el voto, puede ser defectuoso por diversas causas (ej. dolo, error…) y ello nos ha de llevar necesariamente no sólo a la incidencia del voto en el acuerdo social para cuya perfección se hubiera emitido, sino también a la incidencia de la voluntad viciada mediante dicho voto en el negocio jurídico subyacente a dicho acuerdo social.

La práctica jurisprudencial nos ha ofrecido ejemplos que nos pueden servir para entender lo anterior.

En este sentido, resulta interesante el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 218/2018 de 12 de abril 2018, Rec. 1143/2015 (RJ\2018\1727), en la que se analizó con la legitimación *"ad causam"* para el ejercicio de la acción dirigida no contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital sino contra el negocio «instrumental» que lo ejecuta, susceptible de ser objeto de la acción por un tercero que resulte perjudicado; en un caso de simulación habida al sustraerse la totalidad del patrimonio de una sociedad solvente por un precio irrisorio a los efectos de seguir gestionando dicho patrimonio con la sociedad beneficiaria constituida ex profeso para dicha finalidad o propósito fraudulento.

Al margen de otras consideraciones, en lo que ahora nos ocupa, el Tribunal Supremo nos ofrece como la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), falla inadmitiendo el recurso de apelación entendiendo que en este caso se tenía que haber impugnado el acuerdo social correspondiente para hacer valer la causa de

simulación que se esgrimía en el caso de Autos, cuando se pronunció en segunda instancia del siguiente tenor:

«[...] Pues bien, examinada la controversia objeto de estos autos principales concluye esta Sala que el acuerdo societario de ampliación de capital necesita, para ser atacado, impugnarlo en su raíz, esto es, impugnar el acuerdo mismo, para desde ahí descender al propio negocio jurídico de ampliación de capital, de tal suerte que, si bien el socio puede impugnar el acuerdo de incremento de capital, no puede hacer lo propio respecto del negocio jurídico en sí, pues aquí regiría el principio de relatividad contractual que consagra el art. 1.257 C.C. El socio, en definitiva, tiene abierta la vía de impugnación del acuerdo así como también, luego se verá, la acción social e individual de responsabilidad frente a los administradores para el caso que se entienda que el acuerdo adolece de alguno de los vicios que puedan invalidarlo o cuando, tal y como aquí sostiene la recurrente, concurra una simulación específica que genere su nulidad radical. En definitiva, no sería posible impugnar el acto, negocial sin hacer lo propio, con el previamente, con el acuerdo societario. Para el ejercicio de esta última acción sí estaba perfectamente legitimada la hoy actora ex art. 206 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues se concede legitimación a estos estos efectos incluso a los terceros que acrediten interés legítimo. La tesis contraria supondría derrumbar un negocio jurídico que a los ojos de terceros seguiría teniendo eficacia en razón de haber quedado debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En definitiva, si el negocio jurídico genera una relación interpartes, la actora hoy recurrente, desde su mera condición de socio en la entidad Iranzo Servicios Inmobiliarios, s.l., no tendría legitimación para solicitar la nulidad del repetido negocio jurídico y ello por cuanto no participó, obviamente, en dicho negocio: jurídico de ampliación. No nos encontramos, por otra parte, ante un tercero perjudicado por un negocio jurídico sino ante un socio que pretende obtener sin haber intervenido en el acuerdo de ampliación de Capital representando a la sociedad, la nulidad de tal negocio jurídico, todo lo cual se entiende no sin desconocer las efectivas particularidades del referido negocio, que, por el juego de la prima de emisión establecida, consagra un incremento de capital en 1.440,80 euros a cambio de aportaciones no dinerarias tasadas en 672.660,80 euros.»

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo admite la legitimación activa cuestionada sobre la base de admitir la posibilidad de impugnar en función de la concreta causa de nulidad alegada el acuerdo de suscripción de la ampliación de capital sin tener que pasar por la impugnación del acuerdo social correspondiente, razonando del siguiente modo:

"2. El motivo debe ser estimado.

En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio «instrumental» que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado."

Otro caso que nos puede valer al efecto que ahora nos ocupa es el analizado en su día por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 411/2019 de 1 marzo de 2019 (JUR 2019\78075), que ya suscitó nuestro interés en

su momento, [7] donde se contempló un supuesto que nos ofrecía la oportunidad de plantear y atender someramente, al menos, problemas tan notables que aparecen en un supuesto de ampliación de capital en el que puede plantearse al menos en la práctica si efectivamente puede caer, en función de las circunstancias del caso, bien dentro de la normativa prohibitiva de la asistencia financiera, bien en el ámbito de aplicación de otra normativa societaria digna de atención o incluso dentro del más vasto campo de las categorías de la ineficacia contractual, pasando por la categorización previa de la naturaleza jurídica del acuerdo social de ampliación de capital y la distinción de las distintas fases que puede apreciarse en la misma, a saber, la fase de aumento y la fase de ejecución de la ampliación de capital.

En el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 se enjuicia una ampliación de capital que es suscrita por el socio mayoritario mediante la asistencia financiera (préstamo) de la propia sociedad que amplia capital a la que no acuden los dos socios minoritarios de la sociedad con rechazo al ejercicio de su derecho de adquisición preferente, resultando que uno de los socios minoritarios interpone demanda en la que sostuvo que la ampliación de capital se llevó a cabo con la asistencia financiera de la demandada, por lo que solicitó la nulidad del acuerdo. Subsidiariamente, solicitó que se acordara la nulidad del acto de suscripción de las participaciones.

La Audiencia Provincial estimó la petición subsidiaria del Suplico consistente en la impugnación del negocio de suscripción de las participaciones sociales creadas en la ampliación de capital no estaba afectada por la caducidad del plazo de impugnación del acuerdo social.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su meritada sentencia entiende correctamente también a nuestro juicio que hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, con eco en la referida sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

<<En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio "instrumental" que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado>>.

Ya mostramos en su momento nuestro disentir con la expuesta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona puesto que entendemos que la nulidad del negocio de suscripción de participaciones sociales o acciones, en su caso, creadas como consecuencia de la ampliación de capital acordada podría haber sido tomada en cuenta más que por la aplicación de la normativa propia de la prohibición de la asistencia financiera por la concurrencia en el caso de una vulneración de las normas del desembolso de las aportaciones, o incluso, por la existencia de un ilicitud causal si la ampliación se hubiera acordado y ejecutado mediante asistencia financiera aprovechando la insuficiencia patrimonial de los minoritarios para acudir igualmente sin recursos propios al ejercicio del derecho de suscripción pre-

ferente con claro tratamiento discriminatorio en la operación en su conjunto respecto del mayoritario que sin esfuerzo con recursos propios acude a la ampliación de capital con fondos sociales que se le prestan y con el ánimo de dilución de los minoritarios. A saber, en estos casos pueden entrar en juego normas de ineficacia negocial propias como los artículos 6.3, 6.4 y 1275 del Código Civil, sentando que ante ello el plazo de ejercicio de la acción ya no es el propio de la impugnación de acuerdos sociales y sí del de ineficacia del negocio jurídico.

Como afirma la doctrina, Castellano Ramírez (op. cit. págs. 10 y ss), [8] <Esta distinción entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva permite apreciar en la operación de aumento de capital un proceso o procedimiento jurídico integrado por un conjunto de actos de distinta naturaleza que, vinculados entre sí por una relación de dependencia jurídica, confluyen para la obtención de ese concreto resultado jurídico común: la elevación de la cifra del capital social y la modificación de los Estatutos sociales (…) Así, la consideración de la operación de aumento del capital como un proceso con dualidad de fases y la calificación de la fase de ejecución como fase externa, cobran máxima intensidad cuando la operación de aumento se efectúa con cargo a nuevas aportaciones, especialmente, si tiene lugar la emisión de nuevas acciones. En efecto, la complejidad que presenta el contenido de la fase de ejecución de este tipo de ampliación —que, por esta razón, tomamos como modelo paradigmático a lo largo de este trabajo—, permite apreciar con mayor claridad aquella dualidad de fases y las múltiples cuestiones que puede suscitar la fase de ejecución. El contenido de la fase de ejecución aparece aquí claramente desglosado en una serie de actos jurídicos concatenados entre sí y recíprocamente dependientes: la suscripción de las nuevas acciones emitidas, el desembolso de las mismas en la cantidad establecida en las condiciones de emisión, y la adjudicación de dichas nuevas acciones a los suscriptores. Unos son actos cuya realización corresponde a personas distintas de la sociedad en sí (la suscripción y el desembolso), y otros son actos a efectuar por los administradores en cuanto órgano que tiene atribuida la representación del ente social (la adjudicación de las acciones).> [9]

Pues bien, como razona Castellano Ramírez (op. cit. págs. 25, 26 y 27), <<la *ineficacia directa* de la ejecución del acuerdo de aumento incluye todos aquellos supuestos en los que el vicio o defecto invalidante tiene su origen en la misma fase de ejecución. En estos casos, se parte de un acuerdo de aumento válido que no adolece de vicio alguno que determine su nulidad o anulabilidad, situándose, por contra, el hecho invalidante en la fase de ejecución. La ineficacia de la ejecución del aumento es consecuencia de algún vicio o defecto que afecta de manera directa a uno o varios de los actos de ejecución. (…) Estos vicios o defectos de los actos de ejecución pueden ser de carácter *cuantitativo* o de carácter *cualitativo*. Bajo la expresión *defectos de carácter cuantitativo* se comprenden todos aquellos casos en los que alguno de los actos que, según la clase de aumento de que se trate, es necesario para concluir la ejecución del acuerdo o bien no ha podido ser realizado en absoluto, o bien lo ha sido sólo en parte. La existencia de defectos de carácter cuantitativo en la realización de los actos de ejecución significa, básicamente, que el acuerdo de aumento no ha podido ser ejecutado en toda su extensión o en todo su contenido, impidiendo la realización del resultado jurídico que constituye el objeto del mismo.

A diferencia de éstos, los *defectos de carácter cualitativo* se refieren a la existencia de vicios que determinan la ineficacia de alguno los actos de ejecución ya realizados y que son lo suficientemente relevantes para invalidar la fase de ejecución del aumento. En este caso no se trata de que falte algún acto necesario para la ejecución del acuerdo, ni de que su realización no haya sido completa, sino del hecho de que alguno de los actos de ejecución ya efectuados queda posteriormente invalidado debido a la concurrencia de circunstancias que llevan legalmente aparejada la sanción de la ineficacia (…) La suscripción del aumento adolecerá, en cambio, de defectos de carácter cualitativo, cando, a pesar de haber sido suscrito el total de las acciones emitidas, sin embargo, todas o algunas de estas declaraciones de voluntad en que la suscripción consiste se encuentren afectadas por algún vicio que impide que la suscripción pueda tenerse por eficaz. Sobre la base de la naturaleza negocial de la suscripción de acciones, quedan comprendidas aquí aquellas circunstancias que pueden determinar la nulidad, la anulabilidad o la rescisión de la suscripción. Dado que la realidad y exactitud del aumento depende de la validez y eficacia de los concretos negocios de suscripción, se hace precisa determinar en qué medida la declaración de ineficacia de uno o varios negocios de suscripción, ya sea esta declaración anterior o posterior a la inscripción del aumento, transciende del acto jurídico viciado para afectar a la validez de la fase de ejecución>. [10]

En conclusión, la Jurisprudencia y la Doctrina tienen admitida la viabilidad de la acción de impugnación del negocio de suscripción de la ampliación de capital de forma autónoma a la acción de nulidad del acuerdo societario de ampliación de capital.

En función de lo anterior, ¿podría haberse esgrimido en el pleito resuelto por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023 la nulidad (error) del negocio de suscripción de los estatutos sociales debatido en el mismo si se hubieran evidenciado los requisitos del error vicio del consentimiento en la emisión del voto? En nuestra opinión, sí, con lo que se lograría abrir una vía de impugnación distinta de la del correspondiente acuerdo social, que como hemos visto se reduce única y exclusivamente a los casos en que el voto viciado fuera decisivo para la formación de la voluntad en el acuerdo social en cuestión.

Al respecto y a continuación tratamos la naturaleza contractual de los estatutos sociales, de conformidad con lo analizado al respecto por el profesor Alfaro Águila-Real[11], para razonar lo siguiente:

a) <Los estatutos configuran la organización (distribución de funciones y poderes de decisión) de la sociedad y las relaciones entre la sociedad y sus socios (derechos y obligaciones de los socios). Su contenido mínimo está regulado en el art. 23 LSC e incluye la identificación de la sociedad (denominación domicilio, objeto social, capital y aportaciones), su estructura, las funciones de los órganos sociales (órgano de administración y junta de socios) y los derechos y obligaciones de los socios respecto de la sociedad.>
b) <Además, los estatutos pueden contener los pactos que los socios tengan por conveniente art. 28 LSC con los límites generales a la validez de los pactos contractuales, esto es, la Ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1255 CC) y el límite específico de los principios configuradores

del tipo social elegido, límite cuya virtualidad práctica hemos puesto en duda más arriba al analizar los límites a la libertad contractual en el Derecho de sociedades.>

c) <Los estatutos no tienen eficacia erga omnes ni siquiera cuando se inscriben en el Registro Mercantil
No son diferentes de los contratos en general por el hecho de que tengan "relevancia externa", esto es, porque afecten a terceros. El principio de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC) se aplica con total intensidad a los estatutos sociales. El hecho de que un acto o contrato se inscriba en un registro público —o se documente de una forma especial— no le proporciona "efectos erga omnes". Los efectos erga omnes son propios de los derechos reales. Y los efectos sobre los terceros de la inscripción de un determinado contrato o acto —o la inclusión en los estatutos sociales de un determinado acuerdo entre los socios y su inscripción en el Registro Mercantil— no convierten al pacto en oponible a terceros: los estatutos solo obligan y atribuyen derechos a los socios, no a terceros. Los terceros, especialmente los acreedores, pueden invocar su aplicación pero sólo en los términos del principio de publicidad registral positiva o negativa (art. 21 C de c). Un tercero no puede invocar, por ejemplo, la defectuosa constitución de la Junta de la que ha resultado un acuerdo social que se inscriba en los estatutos ni la inadecuada regulación estatutaria de la separación o exclusión de socios. Los terceros podrán invocar el contenido del Registro Mercantil.>

d) <la sociedad puede acordar con el tercero [art. 1257.2 CC] la injerencia de éste en la vida societaria como tenga por conveniente sin más límites que los derivados del Derecho de Contratos. Se trata, en definitiva, de un contrato entre la sociedad y el tercero.>

De hecho, la naturaleza contractual de los estatutos sociales es lo que lógicamente ha impedido la infracción de su contenido como acceso a casación ante su falta de carácter de norma jurídica.

En este sentido y a título de ejemplo, citamos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1995, Rec. 638/1992 (RJ\1995\4208), razonando sobre ello que:

"QUINTO.— El motivo segundo, con sede, —aunque no lo explicita—, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 8 de los Estatutos, que dice el recurrente, ha sido textualmente respetado por él. En principio, ha de entenderse que el Estatuto Societario no es norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1-1.6 del Código Civil, cuyo quebranto de acceso al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes".

No obstante, no es menos cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) parece atribuirle una doble naturaleza, contractual y normativa. Así, la RDGRN de 23 de julio de 2014 dice que: «De acuerdo con dicha doctrina y como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos "que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital" contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros

(vid. Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente, el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de éste, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos (...). El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo, por su parte (vid. las Resoluciones citadas en el apartado "Vistos" de la presente) ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la "carta magna" o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (vid. Resolución de 16 de febrero de 2013), que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno, con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, "la ley primordial del régimen" de las sociedades (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961)"

En conclusión, sobre la suscripción de los estatutos sociales como parte del contrato social, sí puede proyectarse, en nuestra opinión, el vicio del consentimiento del socio en el voto para la modificación o constitución de los mismos, resultando como decíamos una alternativa válida al sistema de impugnación del acuerdo social en caso de voto viciado cuando el mismo no haya sido decisorio en su adopción.

II. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL. https://almacendederecho.org/los-estatutos-sociales-como-regla-contractual/

ALFARO ÁGUILA-REAL. La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios. Estudios sobre órganos de las sociedades de capital (Volumen I y II) [Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco]. 1.ª ed., noviembre 2017.

CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima.* Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

CARNELUTTI. *Teoria Generale del Diritto,* 3.ª ed.

GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades.*

GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades Anónimas,* 1952.

MAMBRILLA RIVERA. Aproximación al estudio sobre la naturaleza jurídica del voto del accionista, Anales de estudios económicos y empresariales, n.º 1, 1986.

REDONDO TRIGO. Asistencia financiera y ampliaciones de capital. Revista Críti-

ca de Derecho Inmobiliario, año n.º 96, N.º 778, 2020.
RODRIGO URÍA. El derecho del voto del accionista. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 178, marzo, 1943.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2014

NOTAS

[1] Rodrigo Uría. <El derecho del voto del accionista>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 178, marzo, 1943, pág. 165.

[2] Alfaro Águila-Real. <La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios>. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital (Volumen I y II) [Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco]*. 1.ª ed., noviembre 2017

[3] Mambrilla Rivera. <Aproximación al estudio sobre la naturaleza jurídica del voto del accionista>, *Anales de estudios económicos y empresariales,* n.º 1, 1986, pág. 176.

[4] Girón Tena. *Derecho de Sociedades*, pág. 310.

[5] Girón Tena. *Derecho de Sociedades Anónimas,* 1952, pág. 204.

[6] Carnelutti. *Teoria Generale del Diritto,* 3.ª ed. pág. 162.

[7] Redondo Trigo. <Asistencia financiera y ampliaciones de capital>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 96, N.º 778, 2020, págs. 1346-1368.

[8] Castellano Ramírez. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima.* Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

[9] Como expone Castellano Ramírez (op. cit. págs. 21 y 22), <es preciso advertir desde este momento que el recurso a la teoría general del negocio jurídico resulta imprescindible a la hora de abordar el tema de la ineficacia del aumento del capital, dado el carácter negocial implícito en la operación de aumento del capital social, tanto desde el punto de vista del procedimiento jurídico que ésta representa, como en lo que se refiere, en su mayor parte, a los actos individuales que la integran. En sentido amplio, se ha definido el negocio jurídico como un acto, declaración o acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar de forma autónoma una determinada relación o situación jurídica (De Castro, *El negocio jurídico, cit,* p. 25 y ss., en especial, p. 34; Diez-Picazo, *Fundamentos,* I, p. 73; E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico,* 2a ed. (trad. esp.), Madrid, 1959, p. 51 y ss.; L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico* (trad. esp.), Madrid, 1956, p. 58). Si la esencia del negocio jurídico se halla en el hecho de ser una reglamentación *autónoma,* es de destacar que el conjunto de actos que integran la operación de aumento del capital aparece presidido también por el principio de la autonomía privada. Así, en cuanto al *acuerdo* de aumento, constituye opinión unánime la clasificación de los acuerdos sociales, dentro de la amplia categoría de los actos y negocios jurídicos, puesto que constituyen una declaración de voluntad imputable a la persona jurídica, que se encuentra dirigida a producir unos determinados efectos con transcendencia en el mundo del Derecho, discutiéndose únicamente el carácter o naturaleza interna de ese negocio (entre la doctrina civilista, *vid.,* Diez Picazo, *Fundamentos,* I, *cit,* p. 75 y ss.; entre la doctrina mercantilista, por ejemplo, Uría/Menéndez/Muñoz Planas, *La Junta General de accionistas, cit,* p. 50). Además, el carácter negocial aparece reforzado en el caso del acuerdo de aumento del capital, ya que este acuerdo es siempre fruto de la autonomía privada (Rojo, "El acuerdo de aumento", *cit.,* p. 2343, destacando que, en rigor, en ningún caso la Ley obliga a la sociedad a aumentar su capital, lo que hace que dicho acuerdo sea siempre voluntario). Lo mismo cabe afirmar respecto de los actos de ejecución. Por un lado, aunque la ejecución del acuerdo de aumento, al igual que la ejecución de cualquier otro acuerdo social, es un acto debido o forzoso para los administradores de la sociedad (…) no lo es para la sociedad misma, que podrá decidir no ejecutarlo mediante la simple revocación del acuerdo por el mismo órgano competente que lo adoptó. Por otro, la suscripción es siempre una declaración que emana de la libre voluntad del suscriptor (socio o tercero), dado que no existe obligación de suscribir incluso aunque el socio hubiera votado a favor del acuerdo (Rojo, "El acuerdo de aumento", *cit,* p. 2344).

Y lo mismo cabe afirmar respecto del desembolso. En las sociedades de capital el principio de responsabilidad limitada impide obligar a realizar nuevas aportaciones al capital, por lo que el desembolso es siempre fruto del previo consentimiento, expresado, bien a través de la suscripción de nuevas acciones, bien mediante una declaración de voluntad en este

sentido, como ocurre si el aumento del capital se instrumenta mediante la elevación del valor nominal de las antiguas acciones. Sólo el acto de adjudicación de las acciones —acto de ejecución típico— parece escapar de dicho carácter negocial. Tomando como referencia los contratos de compraventa de cosas genéricas, con los que el negocio de suscripción guarda evidentes semejanzas, el acto de adjudicación o de asignación puede ser concebido como un acto de especificación o individualización del objeto del negocio. Respecto de estos actos, dirigidos a separar del género los ejemplares concretos que pasan a propiedad del adquirente (o de cada uno de ellos, en caso de ser varios los que concurren a la adquisición de un conjunto indeterminado de objetos del mismo género), suele negarse su naturaleza negocial, ya que, puesto que el negocio se encuentra ya perfeccionado, son simples *actos debidos,* o, si se prefiere, actos de ejecución del contrato o actos de cumplimiento que no constituyen, propiamente, declaraciones de voluntad negocial *(vid.* Messineo, // *contratto in genere, cit,* p. 73 y ss., aunque reconociendo la existencia de algunos supuestos de actos de individualización que sí admitirían un carácter negocial; en la doctrina española, por ejemplo, J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil,* I, vol. 3.º, 2.ª ed., revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2000, p. 119 y ss.).>

[10] Este autor en la nota a pie de página n.º 27 razona interesantemente lo siguiente: <Dejando al margen los supuestos de ineficacia atípicos *[vid.* De castro, *El negocio jurídico, cit.,* p. 529 y ss.), estos son, en efecto, los supuestos típicos de ineficacia que el Código civil reconoce (arts. 1290-1314). Con intención meramente ejemplificativa, nos limitamos en este momento a citar como supuestos de suscripciones potencialmente ineficaces aquéllas con defecto de forma cuando ésta sea requerida *ad solemnitatem,* las suscripciones simuladas o ficticias, las suscripciones realizadas por personas incapaces, suscripciones en las que se constaten vicios del consentimiento (error esencia!, dolo causante, intimidación o miedo grave), las efectuadas en fraude de terceros o aquellas realizadas con violación de normas societarias —legales o estatutarias— de carácter imperativo.>

[11] Alfaro Águila-Real. https://almacendederecho.org/los-estatutos-sociales-como-regla-contractual/

3. URBANISMO

Los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

Urban development agreements in recent Supreme Court jurisprudence

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: El presente comentario refleja la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de convenios urbanísticos a partir de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013 referida a la denegación de una solicitud de cancelación de la inscripción de una cesión de suelo a favor de un Ayuntamiento con causa en un convenio de planeamiento y gestión cuya revocación se justificó por su consideración como acto de mera liberalidad del cedente.

ABSTRACT: This commentary reflects the most recent case law of the Supreme Court on urban development agreements based on a decision of the Directorate General of Registries and Notaries of 5 August 2013 concerning the rejection of an application to cancel the registration of a land transfer in favour of a City Council based on a planning and management agreement whose revocation was justified by its consideration as an act of mere liberality of the transferor

PALABRAS CLAVE: Convenio, planeamiento, gestión, cesión suelo, revocación, jurisprudencia

KEYWORDS: Agreement, planning, management, land transfer, revocation, jurirsprudence

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE 5 DE AGOSTO DE 2013 RELATIVA A UN CONVENIO URBANÍSTICO DE CESIÓN DE SUELO Y ALTERACIÓN DE PLANEAMIENTO.—II. MARCO NORMATIVO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS.—III. LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1. Consideración inicial sobre la relevancia de la jurisprudencia del Tribu-

nal Supremo en materia de convenios urbanísticos. 2. La naturaleza contractual de los convenios urbanísticos. 3. El principio de indisponibilidad de la potestad de planeamiento en relación con los convenios de planeamiento. 4. El principio indemnizatorio derivado del incumplimiento de los convenios. 5. La naturaleza contractual de la responsabilidad por incumplimiento de los convenios de planeamiento. 6. El plazo de prescripción de las reclamaciones basadas en incumplimientos de convenios urbanísticos. 7. Intereses de demora por resolución de convenio de monetización de cesiones.

I. LA RESOLUCIÓN DE 5 DE AGOSTO DE 2013 RELATIVA A UN CONVENIO URBANÍSTICO DE CESIÓN DE SUELO Y ALTERACIÓN DE PLANEAMIENTO

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013 (BOE de 24 de septiembre de 2013) relativa a la cesión de unos terrenos por un particular a favor de un Ayuntamiento en cumplimiento de un convenio urbanístico permite dar cuenta de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con este tipo de instrumentos urbanísticos.

Así, en efecto, el origen de la cuestión a la que se refiere la resolución se encuentra, conforme se acaba de indicar, en la cesión en escritura pública por parte de un particular a un Ayuntamiento de diversas fincas cuya causa se encontraba en el "*cumplimiento de deberes urbanísticos*", cesión sucesivamente revocada en una nueva escritura pública.

Presentada la escritura en el registro se deniega la práctica de los asientos solicitados dejando constancia de la advertencia formulada en ella por el Notario autorizante sobre la necesidad de su aceptación y consentimiento por el Ayuntamiento para la plenitud de sus efectos jurídicos, así como del acuerdo adoptado reflejado por nota al margen de una de las fincas expresivo de la aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento que implicaba la asunción de una serie de compromisos por el particular, entre los que figuraba la aludida cesión gratuita referida a una serie de elementos de la propiedad horizontal para la validación legal de la propuesta contenida en tal instrumento de planeamiento.

La anterior actuación se habría llevado a cabo, por lo tanto, en cumplimiento de un convenio urbanístico cuyo alcance concreto queda sin embargo indeterminado pues si bien es mencionado como causa de la cesión, poco se dice en la resolución sobre su contenido especifico más allá de unas referencias genéricas conducentes a mantener su vinculación con una alteración del planeamiento según se parece deducirse de su fundamentación.

Así, en efecto, en la resolución se discrepa de la mencionada advertencia efectuada por el Notario por considerar que la cesión gratuita, en cumplimiento de obligaciones urbanísticas, no tiene como causa la mera liberalidad del bienhechor (artículo 1.274 del CC) de tal modo que no cabe la revocación unilateral de la entrega (artículos 623 y 629 del CC) y, por otro lado, se afirma que la inscripción de la cesión inscrita sólo puede cancelarse por sentencia firme o con el consentimiento del titular registral (artículo 82 de la LH).

Finalmente, se recurre la nota negativa de calificación por considerar que no se está en presencia de "*un convenio típico (de planeamiento) sino atípico (de*

gestión) al que es aplicable el artículo 32 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, citando igualmente la sentencia del Tribunal Supremo 3263/12; y, que la registradora no ha tenido en cuenta la circunstancia de que la cesión obligatoria trae causa de un planeamiento urbanístico atípico por lo que debe considerarse la liberalidad del bienhechor pudiéndose revocar conforme a los artículos 623 y 629 del Código Civil, debiéndose tener en cuenta además los artículos 681 y 1.274 del mismo cuerpo legal".

Frente a la revocación unilateral de la cesión por considerar que el carácter atípico del convenio urbanístico en cuyo cumplimiento tuvo aquella lugar justifica la aplicación de las normas del Código Civil sobre revocación de donaciones antes de su aceptación (artículos 629 y 630 del Código Civil), el Centro Directivo puso de manifiesto lo siguiente:

a) Las diferencias existentes entre los convenios urbanísticos de planeamiento y los de gestión a fin de sostener "*que lo realmente trascendente, a efectos de Registro, es que en ambos casos se trata de convenios generadores de obligaciones y de mutaciones jurídico reales susceptibles de provocar una modificación de los libros registrales*" (resolución de 11 de junio de 2012).

b) Si bien el artículo 32 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio dispone que "*Las cesiones de terrenos que no tengan legalmente el carácter de obligatorias o que no resulten de convenios urbanísticos tipificados en la legislación sobre el suelo, se ajustarán a los requisitos formales exigidos para las donaciones de bienes inmuebles*", de ello no resulta que la exigencia de escritura pública cuando no fuera posible la inscripción mediante certificación administrativa permita establecer una asimilación entre los convenios urbanísticos y las donaciones de inmuebles con aplicación del régimen jurídico propio de estas.

c) Lo anterior así se desprende del propio texto del citado artículo 32 al tiempo que deriva del hecho de que una cesión gratuita en cumplimiento de un convenio urbanístico no responde a un ánimo de liberalidad (artículo 618 del Código Civil) pues, aun cuando no existe una contraprestación sinalagmática, sí que se da una contraprestación concretada en una alteración del planeamiento.

d) Por ello la cesión gratuita no es asimilable a una donación aun cuando haya de observar sus requisitos formales, de donde resulta, dice la resolución, "*que habrá de regirse por el conjunto de normas que sean aplicables atendida su naturaleza, contenido y objeto*", por lo que, formalizada aquella en un convenio urbanístico, su modificación no puede tener lugar más que mediando el consentimiento de las partes obligadas por él (artículos 1.089, 1.091 y 1.257 del Código Civil) o en virtud de resolución judicial firme.

II. MARCO NORMATIVO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS

Si bien la regulación legal en materia de convenios recae principalmente en el legislador autonómico que con carácter general ha venido definiendo, con diferente alcance, cuanto atañe a su concepto, naturaleza, objeto y tramitación, desde la perspectiva de la legislación estatal tanto el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 15 de octubre de 2015 (TRLSRU) como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local contienen referencias de interés al respecto.

Del TRLSRU, en efecto, deben destacarse las siguientes:

a) La prohibición de que, en tanto que funciones públicas, la ordenación territorial y la urbanística puedan ser objeto de transacción (artículo 4.1).
b) La prohibición de que los convenios urbanísticos establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados, siendo nula de pleno derecho la cláusula que lo contraviniera (artículo 9.8).
c) En cuanto a su tramitación, la necesidad de su sometimiento a información pública (artículo 25.1) conforme a su consideración como trámite esencial del procedimiento.
d) El carácter jurídico-administrativo de las cuestiones relacionadas con los convenios previstos en la legislación aplicable, incluyendo las referidas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar (artículo 61).

En cuanto a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, resulta de interés que, pese a que su artículo 22.2 fue objeto de modificación por la Disposición adicional novena del TRLSRU, mantuvo la competencia del Pleno municipal para la aprobación inicial de "*los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos*" pese a la aparente limitación de este tipo de instrumentos urbanísticos a la vista del artículo 4.1 de dicho TRLSRU.

Por su parte la legislación autonómica se ocupa en toda su extensión de los convenios urbanísticos con especificación de su objeto y reglas de tramitación, existiendo no obstante destacadas diferencias en lo que se refiere, por ejemplo, a los convenios de planeamiento al quedar matizado el alcance de su admisión conforme al citado artículo del TRLSRU.

Así, mientras leyes como la del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 se decantan por regular la nulidad de los convenios urbanísticos de planeamiento cuyo objeto fuera definir los criterios de ordenación de un futuro planeamiento urbanístico o bien lo condicionara a la efectividad de los deberes legales de cesión con antelación a su aprobación definitiva, otras como por ejemplo la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco admiten, junto a los convenios de ejecución urbanística, los que denomina "*convenios sobre ordenación urbanística*" cuyo objeto es justamente el consistente en la "*determinación del contenido de las posibles modificaciones del planeamiento en vigor*".

Tal es, por lo tanto, el marco legal básico que actualmente se ocupa de los convenios urbanísticos y que debe ser completado con lo dispuesto en la legislación autonómica, marco que, frente a lo que afirma la resolución de 5 de agosto de 2013, en todo caso no permite sostener la atipicidad de los convenios de gestión cuando más bien constituyen por razón de su objeto la modalidad que garantiza el pleno respeto de la potestad de planeamiento, que es el ámbito de la acción de la Administración en el que opera la limitación impuesta por el citado artículo 4.1 del TRLSRU.

III. LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Consideración inicial sobre la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de convenios urbanísticos

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado con profusión de los convenios urbanísticos como manifestación de la capacidad negocial de la Administración y las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, titulares de derechos o intereses legítimos, cuyo objetivo prioritario ha sido *"facilitar la eficacia de la actuación urbanística"* según ha puesto de manifiesto una relevante Sentencia de 29 de enero de 2020 (RJ 521) cuya doctrina ha venido recogiéndose también, entre otras, en la posterior Sentencia de 10 de junio de 2020[1].

Esta última Sentencia, en efecto, referida a la determinación de la norma reguladora del plazo de prescripción de las reclamaciones basadas en incumplimientos de convenios urbanísticos como cuestión de interés casacional objetivo, efectúa un interesante recorrido sobre la evolución de esta clase de convenios.

Así lo hace partiendo de su origen en la década de los setenta del siglo pasado bajo la expresión de urbanismo concertado[2], su eclosión no pocas veces descontrolada durante las dos décadas previas a la crisis económica e inmobiliaria de 2007[3] y, finalmente, su sometimiento a un mayor grado de control a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (art. 3.1, hoy 4.1 del TRLSRU[4]) por haber *"sido origen de innumerables conflictos, de todo tipo"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020, RJ 521), principalmente en cuanto se refiere a los denominados convenios de planeamiento, a los que se acudió de modo recurrente a fin de que la Administración pudiera acceder a prestaciones superiores a las legales y los propietarios, como contraprestación, a una ordenación satisfactoria de sus terrenos[5].

Sucesivamente la misma Sentencia efectúa una síntesis *"desde una perspectiva jurisprudencial"* de los aspectos centrales de los convenios urbanísticos de planeamiento, los cuales, complementados con los considerados en otras Sentencias no citadas en ella, en lo fundamental se corresponden con los siguientes: su naturaleza jurídica contractual, el principio de indisponibilidad de la potestad de planeamiento a través de los convenios, la posibilidad de exigencia de restitución de los suelos cedidos o los importes abonados en caso de incumplimiento, la naturaleza de la responsabilidad por incumplimiento de un convenio de planeamiento y, finalmente, lo referido al plazo de prescripción de las reclamaciones basadas en los incumplimientos señalados.

A estos efectos resulta pertinente señalar que el texto original del que trae causa el actual artículo 4.1 del TRLSRU, esto es el artículo 3.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, fue la primera regulación que puso en entredicho la validez de los convenios de planeamiento dirigidos a prefigurar la ordenación urbanística, lo que en cierto modo reconoció la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2014, de 11 de septiembre cuando, admitiendo la figura, sin embargo puso de manifiesto que *"la interdicción de transacción de la ordenación territorial y urbanística impone una forma de ejercicio unilateral de la función definida como pública, que ha de estar orientada exclusivamente a la satisfacción de los intereses generales"*.

En este sentido no debe pasarse por alto que los convenios de planeamiento en la mayoría de las ocasiones y aunque sólo fuera por su denominación como tales han venido ocultando una evidente naturaleza bifronte pues, lejos de limitarse a la previsión anticipada de determinaciones de estricta ordenación, realmente cobraban sentido en el contexto de la asunción simultánea por el particular de unos deberes superiores a los legales por no ser concebible, como ha puesto constantemente de manifiesto la práctica seguida, que su único objeto fuera la definición de la ordenación desde el momento en que tal cometido era alcanzable por la Administración limitándose a ejercer su potestad de planeamiento sin ninguna necesidad de contar con el concurso de la voluntad de los propietarios de suelo.

Junto a ello, los convenios de planeamiento escondían una consecuencia adicional claramente nociva desde el momento en que el cierre anticipado del contenido de la ordenación por un acuerdo alcanzado sólo con unos propietarios hacía de todo punto estéril la celebración de un trámite tan relevante como es el de información pública en el procedimiento de aprobación de cualquier instrumento tanto de planeamiento como de ejecución (artículo 25.1 del TRLSRU), lo que fue denunciado por la doctrina bajo la expresiva fórmula de que en realidad lo que tales convenios suponían no era más que la sustitución del plan por el pacto para después introducir el pacto en el plan con la consecuencia indicada.

2. La naturaleza contractual de los convenios urbanísticos

Se destacan al respecto las siguientes notas características:

a) Su carácter contractual a fin de intervenir o conformar acuerdos en relación con el planeamiento urbanístico o con su gestión, lo que determina la reciprocidad en la asunción de los respectivos compromisos (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011, RJ 2009) en los términos que señala el Código Civil con su consiguiente exigibilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017, RJ 5262), quedando igualmente sujetos a los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa de su artículo 1261 (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 d febrero de 2007, RC 4283/2003, 30 de abril de 1979, RJ 2234 y 13 de julio de 1984, RJ 4097).

b) La condición del convenio como acto sustantivo independiente del procedimiento de tramitación del planeamiento urbanístico (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997, Ar. 1677, 28 de febrero de 2011, RJ 1849, 6 de febrero de 2007, RJ 3308, 7 de octubre de 2002, RJ 9363, etc.).

c) La configuración de los convenios de planeamiento como actos preparatorios de la modificación del planeamiento pese a que no puedan afectar o condicionar las competencias de la Administración sobre las que no les está dado disponer por vía contractual (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003, RJ 2004).

3. El principio de indisponibilidad de la potestad de planeamiento en relación con los convenios de planeamiento

Sobre el alcance de la del principio de indisponibilidad de la potestad de planeamiento cabe señalar lo siguiente:

a) La imposibilidad de que la potestad de planeamiento pueda verse limitada por los convenios urbanísticos que la Administración pudiera concertar con los administrados, toda vez que su acción ha de responder a las exigencias del interés público conforme a principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2020, RJ 2330).

b) Según lo anterior, no cabe disponer, coartar o limitar la potestad de planeamiento por vía contractual cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que la Administración llegue con los administrados dado el reconocimiento del *ius variandi* y el carácter irrenunciable de las competencias jurídico-públicas, ello sin perjuicio de las consecuencias jurídicas susceptibles de desencadenarse por el apartamiento de convenios anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010, RJ 4473, 20 de noviembre de 2007, RJ 199 y 13 de julio de 1990, RJ 6034, entre otras muchas).

c) Todo ello es igualmente consecuencia del hecho de que el convenio en ningún caso llegue a expresar por sí mismo la satisfacción de un interés general que, en cambio, sí se encuentra reservado a favor del planeamiento dada su legitimidad democrática nacida de su propia naturaleza reglamentaria y de su sometimiento al esencial trámite de información pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015, RJ 5933), hoy, por lo demás, también exigido por el TRLSRU para los convenios urbanísticos.

4. El principio indemnizatorio derivado del incumplimiento de los convenios

En relación con la posibilidad de exigencia de indemnización por incumplimiento de los convenios de planeamiento resulta de interés destacar lo siguiente:

a) Como idea inicial, en relación con la Administración urbanística autora del planeamiento que incumple lo pactado en un convenio urbanístico, el principio indemnizatorio "*se impone como una consecuencia obligada y derivada de las normas de nuestro ordenamiento jurídico*" (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020, RJ 521, 3 de abril de 2001, RJ 4150, 15 de marzo de 1997, RJ 1677, 23 de junio de 1994, RJ 3376 y 21 de septiembre de 1991, RJ 6818).

b) El referido principio indemnizatorio constituye un "*auténtico principio general*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020, RJ 521) cuya formulación es la siguiente: "*la falta de cumplimiento por el poder público comprometido de convenios urbanísticos tendrá las consecuencias indemnizatorias o de otra índole dimanantes del principio de res-*

ponsabilidad si concurren los requisitos para ello" (STS de 15 de marzo de 1997" (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001, RJ 4150).

c) La Sentencia de 29 de enero de 2020 (RJ 521) se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007 (RJ 3308) en cuanto a sus consideraciones sobre las consecuencias ligadas a la quiebra de un convenio urbanístico y la aplicación del Derecho Común en materia de contratos si no queda afectado el ámbito jurídico-administrativo.

Así, dicha Sentencia de 6 de febrero de 2007 hace referencia a la desaparición de la causa del contrato a partir de un hecho sobrevenido e imprevisto que impide de modo definitivo su cumplimiento como circunstancia determinante de la ruptura de la relación contractual, lo que se pone en relación con un convenio que dio lugar a la cesión de unos suelos afectos a equipamientos y espacios libres a la vista de una futura modificación frustrada de un Plan Parcial y un Proyecto de Urbanización, señalando al efecto que tales cesiones "*sólo tienen sentido y encuentran su causa en el marco del proceso de ejecución de la urbanización proyectada*" y descartando todo posible *animus donandi* bajo el cual pretendiera sostenerse su irrevocabilidad conforme resulta de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013,

d) En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1999 (RJ 3650), ante un supuesto de cesión anticipada de terrenos para la ejecución de unos viales a cambio del reconocimiento de unos derechos que luego no se materializaron, afirma que la causa de la primera "*se hace para algo, no por ánimo de liberalidad, y para lo que se hace es para poder aprovechar los beneficios del planeamiento*", lo cual concuerda plenamente con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013 cuando, como se señala más atrás, sostiene que una cesión gratuita derivada del cumplimiento de un convenio urbanístico debe ser contemplada en el marco de una paralela contraprestación concretada en una alteración del planeamiento

e) De lo anterior se desprende, como dice la Sentencia tantas veces citada de 29 de enero de 2020 (RJ 521), que "*efectuada la cesión de unos terrenos para facilitar la ejecución del planeamiento y las futuras compensaciones —este es el objeto declarado en el propio Convenio—, la desaparición de la causa que le sirve de fundamento trae consigo la quiebra del contrato aun cuando ello no sea por razón imputable a unas de las partes contratantes —ya que en este caso se trataría de una resolución por incumplimiento—, por cuanto la ruptura del equilibrio bilateral de las prestaciones arrastraría un enriquecimiento injusto a favor de una de las partes contratantes que, sin nada a cambio, obtendría la titularidad de unos terrenos a costa, bien de los propietarios, o bien de la Administración autonómica que debería indemnizar, sin que ninguna de estas dos partes obtuviese contraprestación del Ayuntamiento que obtiene un beneficio patrimonial a cargo ajeno*".

f) A su vez, acudiendo a la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 10 de febrero de 1997, RJ 1027) que admite la resolución del contrato como único medio de compensación del desequilibrio de las prestaciones y el correlativo enriquecimiento injusto debido

a la modificación de la base del contrato por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevistas, la Sala Tercera admite la aplicación de la misma solución apelando a la ruptura del principio de equidistribución cuando "*se produce una privación singular de terreno en contra del titular y a favor del municipio que nada aporta*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1991, RJ 9394).

g) Por referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (RJ 5967), en caso de incumplimiento nace el derecho a la restitución *in natura* de los suelos cedidos si ello fuera posible y, en su defecto, al pago de su equivalente económico, doctrina igualmente recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 (RJ 521) según la cual, "*no pudiéndose entender la restitución como in natura, procede entrar en el planteamiento de la compensación económica, debiendo insistirse en la aplicación del enriquecimiento injusto para llegar a esta conclusión, ordenando que se reintegre el valor económico del bien aportado*" (en igual sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021, RJ, 4 de abril de 2019, RJ 1258).

h) Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 (RJ 1258), que también se refiere a un convenio de planeamiento por el que un Ayuntamiento se comprometía a clasificar unos determinados terrenos como suelo urbanizable delimitado a cambio de la cesión de parte de ellos por la propiedad, ante la imposibilidad de su cumplimiento por el primero una vez ya formalizada la cesión y sobre la base, de nuevo, del rechazo del enriquecimiento injusto, no siendo posible la restitución *in natura* de los terrenos cedidos reconoce la procedencia del pago a título de responsabilidad contractual de "*una indemnización equivalente al valor de la finca, conforme a su clasificación urbanística en la fecha de la cesión*".

5. La naturaleza contractual de la responsabilidad por incumplimiento de los convenios de planeamiento

En relación con el tipo de responsabilidad concurrente en el supuesto de incumplimiento de un convenio de planeamiento, si contractual o extracontractual, se han pronunciado dos Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 23 de junio de 2021 (RJ 718 y 3018), siendo posible destacar al respecto lo siguiente:

a) La Sentencia de 10 de febrero de 2021 (RJ 718) resuelve un recurso de casación referido a una reclamación de responsabilidad patrimonial frente un Ayuntamiento por incumplimiento de un convenio de planeamiento en la que se solicitó la devolución de determinadas cantidades entregadas en contraprestación por una frustrada modificación del Plan General de Ordenación Urbana que debía incrementar la edificabilidad de una parcela del reclamante.

b) A tal efecto, la Sentencia confirma los pronunciamientos desestimatorios alcanzados en la instancia a partir de la que califica como "*auténtica confusión*" en que incurre la recurrente entre los tipos de responsabili-

dad contractual y patrimonial con el *"doble efecto pernicioso"* de eludir *"el régimen jurídico de la responsabilidad realmente acontecida, la contractual"*, y de impedir la valoración de *"los requisitos de la responsabilidad patrimonial que se reclama"*.

c) A su vez y sin perjuicio de reconocer, según ya se ha adelantado, la no siempre sencilla identificación de *"la realidad de la actuación administrativa"* y la dificultad en la articulación de la reclamación en ocasiones incluso *"conjunta o yuxtapuesta de ambas responsabilidades"*, la Sentencia se refiere a los dos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, en los términos anteriormente señalados.

d) Sucesivamente, reconocida por la Sentencia la naturaleza contractual del convenio de planeamiento con referencia a la Sentencia de 29 de enero de 2020, RJ 521, señala lo siguiente:
"Y estas consecuencias indemnizatorias derivadas del incumplimiento de los convenios, cuando el daño por el que se reclama, como es aquí el caso, tiene su origen en dicho incumplimiento (...), se encuentran regidas por las normas que los regulan que son las que derivan de su naturaleza jurídica contractual y, más precisamente, de contrato suscrito por una Administración pública o, como antes dijimos, "negocio jurídico convencional de naturaleza administrativa".

e) Por lo demás, la Sentencia de 23 de junio de 2021 (RJ 3018), que se remite a la anterior de 10 de febrero de 2021 (RJ 718), reitera la misma posición al entender lo siguiente:
"En consecuencia, respecto de la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión, ha de entenderse que: la alegación de incumplimiento del convenio urbanístico de planeamiento que comporta la aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento, por demora o retraso que el interesado entiende determinante de infracción del artículo 1.256 del Código Civil (LEG 1889, 27) en cuanto supone dejar al arbitrio de la Administración el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho convenio o contrato, no sirve de justificación y fundamento a los efectos de ejercitar una eventual acción de responsabilidad patrimonial, sin que se haya planteado la resolución del convenio y/o exigencia de las correspondientes responsabilidades contractuales."

6. El plazo de prescripción de las reclamaciones basadas en incumplimientos de convenios urbanísticos

Al respecto la Sentencia de 29 de enero de 2020 (RJ 521), tras constatar la inexistencia de norma de derecho administrativo por la que se fije el plazo de prescripción de las reclamaciones basadas en incumplimientos de convenios urbanísticos, se decanta por la aplicación del plazo de cinco años conforme al artículo 1964.2 del Código Civil según su redacción establecida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta doctrina ha quedado igualmente reflejada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020, RJ 2128; 15 de junio de 2020, RJ 1833; 21 de octubre de 2020, RJ 4486; y 10 de diciembre de 2020, RJ 5409.

7. Intereses de demora por resolución de convenio de monetización de cesiones

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2024 (rec. cas. 7145/2022) se ha ocupado del devengo de intereses de demora en el supuesto de resolución de un convenio urbanístico en el que se hubiera pactado la monetización del deber legal de cesión del suelo en el que hubiera de localizarse el porcentaje del aprovechamiento que corresponde a la Administración por ministerio de la ley cuando le fuera imputable a esta su incumplimiento, en cuyo caso la solución difiere en función de la causa de la invalidez del convenio, a cuyo fin "*deberá discriminarse si (...) lo es por causa de resolución, en cuyo caso los intereses se calcularan desde que se reclamen por el perjudicado; o si se trata de una causa de nulidad o anulabilidad del convenio, en cuyo supuesto, los intereses se calcularan desde la fecha en que se hizo el pago de la cantidad reclamada*".

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 5 de agosto de 2013
- RDGRN de 11 de junio de 2012
- STC 141/2014, de 11 de septiembre
- STS de 24 de junio de 2024
- STS de 23 de junio de 2021
- STS de 3 de abril de 2001
- STS de 10 de febrero de 2021
- STS de 10 de junio de 2020
- STS de 29 de enero de 2020
- STS de 29 de febrero de 2020
- STS de 4 de abril de 2019
- STS de 31 de octubre de 2017
- STS de 3 de noviembre de 2015
- STS 13 de junio de 2011
- STS de 28 de febrero de 2011
- STS de 30 de junio de 2010
- STS de 23 de marzo de 2010
- STS de 20 de noviembre de 2007
- STS de 6 de febrero de 2007
- STS de 3 de febrero de 2003
- STS de 7 de octubre de 2002
- STS de 3 de abril de 2001
- STS de 2 de junio de 1999
- STS de 15 de marzo de 1997
- STS (Sala 1.ª) de 10 de febrero de 1997

- STS de 23 de junio de 1994
- STS de 4 de diciembre de 1991
- STS de 21 de septiembre de 1991
- STS de 13 de julio de 1990
- STS de 13 de julio de 1984.
- STS de 30 de abril de 1979

BIBLIOGRAFÍA

EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, J. M., Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2023, págs. 89 y sigs.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., El urbanismo concertado y la Ley del Suelo, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

LASO BAEZA, V., Uso y abuso de los convenios urbanísticos, Revista Directivos Construcción, n.º 161, 2003.

MARTÍN MATEO, R., La gallina de los huevos de cemento, Aranzadi. Navarra, 2007.

PAREJO ALFONSO, L., Doctrina jurisprudencial sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación de incumplimiento de los convenios urbanísticos, Práctica Urbanística n.º 176, mayo-junio 2022.

SÁNCHEZ GOYANES, E., Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentarios al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2022, págs. 184 y sigs.

NOTAS

[1] PAREJO ALFONSO, L., *Doctrina jurisprudencial sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación de incumplimiento de los convenios urbanísticos*, Práctica Urbanística n.º 176, mayo-junio 2022.

[2] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., El urbanismo concertado y la Ley del Suelo, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

[3] MARTÍN MATEO, R., La gallina de los huevos de cemento, Aranzadi. Navarra, 2007.

[4] Sobre el artículo 4.1 ver los respectivos comentarios de EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, J. M. en Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2023, págs. 89 y sigs. y de SÁNCHEZ GOYANES, E. Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentarios al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2022, págs. 184 y sigs.

[5] LASO BAEZA, V., *Uso y abuso de los convenios urbanísticos*, Revista Directivos Construcción, n.º 161, 2003.

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

MUÑIZ ESPADA, E. (2023). *La especialización de los órganos judiciales en Derecho agrario*. Madrid: Reus. 181 páginas.

por

SARA UGENA MUÑOZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho mercantil de la UCLM (Toledo)

La obra objeto de recensión pretende recoger de modo definitivo los nuevos aspectos que pueden impulsar el proceso de creación de tribunales especializados para ventilar los asuntos relativos a la actividad agropecuaria, una vez reconocida la autonomía, o al menos la especialidad, tanto científica como legislativa, además de la didáctica de la materia. Se supera así lo incipiente y parco publicado al respecto hasta la fecha.

En este orden de cosas, el volumen que tengo entre mis manos cumple sobradamente con el objetivo inicial planteado en su introducción: "*la fundamentación jurídica y la defensa de una jurisdicción o tribunales especializados para lo agrario en nuestro ordenamiento, junto a la metodología para su consecución y la delimitación de los hechos, actos y conductas de las que conocería dicha jurisdicción*".

De forma más detallada, sus respectivos capítulos abordan con gran rigor científico y basándose en un estudio pormenorizado del Derecho comparado, los siguientes aspectos:

Su capítulo II, dedicado a los "*Fundamentos jurídicos para la organización de una jurisdicción agraria*" tras constatar la autonomía del Derecho agrario en lo didáctico, lo científico y en lo legislativo, entiende que ha llegado la hora, por sucesión lógica, de reconocerla también en lo jurisdiccional, es decir, en la tutela judicial de los intereses que lleva consigo, como alternativa al proceso civil tradicional. Sentado esto, también se pone de manifiesto que en nuestro ordenamiento aún falta una sistematización de su normativa o una mejor sistematización orgánica como nueva rama del Derecho, siendo pues una tarea urgente la recomposición sistemática de la legislación. Con todo, advierte que la referida reordenación normativa no debe ser necesariamente previa a una organización de su jurisdicción especializada, si bien sería lo más coherente. En resumen, hace hincapié en que se condicionan mutuamente, porque la realización de una autonomía jurisdiccional llevaría necesariamente a exigir una integración legislativa.

A lo largo de su capítulo III relativo a la "*Justificación para una jurisdicción agraria o unos tribunales especializados agrarios*", se expone la jurisdicción agraria como determinante de la autonomía de la materia pues como es reconocido ampliamente por la doctrina, una disciplina no es plenamente autónoma hasta que no se alcanza una independencia jurisdiccional, además de doctrinal, científica y legislativa. Por otra parte, la aplicación del análisis económico al proceso justifica

también una jurisdicción especializada en este ámbito. De hecho, se lograría una mayor profesionalización de los abogados, un mejor estudio del caso, el aumento de la calidad de la motivación de las resoluciones judiciales, una mejora de las garantías de defensa, la disminución de la litigiosidad y la mejor cobertura racional de los vacíos legales. Por último, las características especiales del proceso agrario justifican como poco, la creación de secciones especializadas dentro de las audiencias provinciales o en instancias superiores, dada la superposición de las situaciones civiles y administrativas, la concentración de trámites procedimentales, la coordinación de las instituciones civiles o administrativas laborales y penales, la plenitud judicial y la función probatorio, el dominio del principio de oralidad y una menor formalidad. Aplicándose el principio del *forum rei sitae* con respecto a la competencia territorial.

A continuación, su capítulo IV denominado "*La identificación y delimitación de la materia bajo una jurisdicción agraria*", deja entrever las dificultades para la determinación de los aspectos y conductas que se integrarían para su conocimiento, en tanto es un sistema abierto y en continuo movimiento. Aunque se trate con el rigor de la debida acotación no será rígida su delimitación temática, pues, siendo complejos o inseguros sus límites y los confines de la materia, no pueden apuntarse para todos los supuestos de manera categórica, sino más bien de un modo temporal o circunstancial. De esta forma, el área temática comprende lo agropecuario, agroalimentario, agroindustiral y agroambiental. Es más, en todo caso, individualizando sus elementos, sus ejes principales serán la empresa agraria, los contratos agrarios (en especial los contratos normativos), las cuestiones alimentarias y las relacionadas con el medio ambiente. Ahora bien, no todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria rural formaría parte de esta jurisdicción y tampoco todo lo que suceda en el ámbito rural competería a una jurisdicción especializada, si bien el turismo rural ha estado asociado tradicionalmente a esta materia. Y por lo que respecta al desarrollo rural, su delimitación a estos efectos tendría que reducirse a lo relativo a la gestión de los territorios con fines agrícolas o forestales. Así, por relación se incluirían el derecho de la caza, áreas forestales y régimen de la actividad forestal, acondicionamiento fundiario agrario y forestal, la protección de los recursos naturales, silvicultura, aguas para uso agrario y las actividades agrarias conexas relacionadas. Se concluye esta cuestión anotando la necesidad de una fórmula de compendio normativo para una delimitación sustantiva.

Seguidamente, su capítulo V sobre "*Modelos de organización judicial agraria*", por un lado, subraya como el nuevo Plan de Justicia 2030 es la ocasión más favorable para amparar la especialización y aprovechar la incorporación de una jurisdicción agraria o de unos tribunales agrarios especializados, ya que el objetivo es profundizar en la distinción de los órganos judiciales, en cuanto se requiere una mayor eficiencia y capacidad organizativa del sistema judicial que permita adaptar con flexibilidad su respuesta a las cambiantes necesidades. Por otro lado, recopila la experiencia de los países hispanoamericanos de tradición judicial agraria: Bolivia, Costa Rica, México y Panamá, a modo de aportación de ideas más que como bases para una sistematización de modelos.

Posteriormente, su capítulo VI atinente a "*La tentativa de una conciliación o mediación previa al proceso agrario*" reflexiona sobre si la mediación habría de tener carácter obligatorio antes de acudir a la vía judicial, es decir, valorar el papel

que tendrían que asumir los recursos alternativos de resolución de conflictos, especialmente el modo de hacer valer la mediación, incluso como condición previa para iniciar el procedimiento o como condición de admisibilidad de la demanda, o dejar a criterio del tribunal en función del tipo de litigio el reenvío a la mediación para decidir la cuestión. Destaca la falta de incentivos a la mediación con carácter general en la legislación relativa a lo agrario o agroalimentario y agroambiental, que podrían proceder tanto de facilitar el propio tribunal asistencia jurídica para este fin o a través de la previsión de reducción de costes, pudiendo resultar más improcedente la imposición de sanciones ante la negativa a considerar o utilizar la mediación. Entendiendo que esta mayor promoción podría abordarse desde el propio Ministerio de Agricultura.

Finalmente, el capítulo VII referente a "*El refuerzo del Registro de la propiedad y mercantil en el funcionamiento de unos tribunales especializados agrarios*", tras entender la publicidad registral como instrumento de control de la sostenibilidad e instrumento de desarrollo rural, reivindica un nuevo papel de los Registros en la transformación del sistema agroalimentario, para concluir apostando por la integración de la información de trascendencia agropecuaria para facilitar el ejercicio de las funciones de la jurisdicción agraria. En suma, aboga por la importante aportación que a este tenor ostentan los Registros de la propiedad y mercantiles y de bienes muebles, en cuanto el Derecho agrario tiene su origen esencialmente como Derecho fundiario, está identificado con el Derecho de la empresa agraria y su devenir se ha vinculado al desarrollo tecnológico y al objetivo de la sostenibilidad. Sostenibilidad cuyas externalidades positivas y seguridad toman sus bases de tales Registros, involucrados inexorablemente en el control del cumplimiento y resultado de parte de las actuales obligaciones, especialmente medioambientales, de la nueva PAC.

En función de todo lo anterior, esperemos que a futuro se logre alcanzar la implantación de estos tribunales como medio de fortalecimiento del sistema de justicia, pues vendrían a compensar la escasa atención que dedica la Constitución a la centralidad de la agricultura, a pesar de su esencialidad en la economía y en la propiedad.

Queda pues abierto el debate a discusión, el cual nos recuerda al ya suscitado hace más de 20 años sobre la necesidad de la existencia de los juzgados de lo mercantil en España, que finalmente fueron establecidos mediante la Ley Orgánica 8/2003, del 9 de julio, como parte de la reforma de la Ley Concursal de 2003 y comenzaron a funcionar el 1 de septiembre de 2004, transformando algunos juzgados de Primera Instancia en juzgados especializados en materias mercantiles y concursales. El devenir del tiempo los ha puesto en valor, ojalá podamos afirmar lo mismo en lo sucesivo ante la posibilidad de: una jurisdicción especializada para lo agrario, la creación de tribunales especializados dentro de la jurisdicción civil; o al menos, la formación de secciones especializadas dentro de las audiencias provinciales o en instancias superiores.

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.